

DA VENDA COGENTE DE MEDICAMENTOS PELOS AGENTES PRIVADOS AO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS).

COMPULSORY SALE OF MEDICINES BY PRIVATE AGENTS TO THE BRAZILIAN UNIFIED HEALTH SYSTEM.

Alexandre Augusto Rocha Soares¹
Pedro Durão²

RESUMO: O desabastecimento de medicamentos essenciais no Sistema Único de Saúde tem, dentre outras causas, a recusa da indústria farmacêutica em fornecer medicamentos para o Poder Público, colocando em risco a vida dos usuários do SUS. Diante desse cenário, entes públicos ingressaram com ações civis públicas para obrigar os agentes privados ao fornecimento pelos preços tabelados, o que coloca em discussão a possibilidade jurídica de mitigar os preceitos da livre iniciativa para promover a dignidade da pessoa humana, isto é, se seria possível obrigar um particular a praticar determinado negócio jurídico – a venda de medicamentos – em favor da coletividade. A partir do juízo de ponderação entre os princípios colidentes, trabalha-se com a hipótese de que a dignidade da pessoa humana, vetor axiológico da Constituição Federal, deve prevalecer, em especial diante das peculiaridades do mercado farmacêutico, ou seja, de que as vendas de medicamentos ao SUS são obrigatórias. A técnica de pesquisa foi essencialmente bibliográfica, com fundamento em referenciais teóricos extraídos de livros, revistas e na internet, a despeito da problemática enfrentada possuir escassa bibliografia, pois não foram encontrados referenciais teóricos específicos sobre a venda cogente de medicamentos para o SUS. Busca-se deduzir um comando constitucional implícito que ampare a tese proposta, assim como ocorre na legislação consumerista e na antitruste, as quais possuem disposições semelhantes, a partir da análise de conceitos gerais abarcados pela doutrina pátria, em especial no que toca à livre iniciativa.

PALAVRAS-CHAVE: Judicialização da saúde. Regulação de preços. Choque de princípios. Mercado farmacêutico. Comercialização de medicamentos.

ABSTRACT: The shortage of essential medicines in the Brazilian Unified Health System has, among other causes, the refusal of the pharmaceutical industry to supply medicines to the Public Power, putting the lives of citizens at risk. Regarding this, public entities filed public civil actions to compel private agents to supply at fixed prices, which raises the question of the legal possibility of mitigating the precepts of free enterprise to promote the dignity of the human person, that is, whether it would be it is possible to compel a private individual to practice a certain legal business - the sale of medicines - in favor of the community. Mainly based on the weighting judgment between the two colliding principles (clash of principles), we work with the hypothesis that the dignity of the human person, the axiological vector of the Federal Constitution should prevail especially in view of the peculiarities of the pharmaceutical market,

¹Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Sergipe (UFS). Departamento de Pós Graduação em Direito. Especialista em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG). Graduado em Direito pela PUC-SP e em Jornalismo pela Universidade de São Paulo (USP). Procurador do Estado de Sergipe e advogado.

²Pós-doutorando em Direito pela Universad de Salamanca (Espanha). Doutor e Mestre em Direito. Procurador do Estado de Sergipe. Professor Adjunto da Universidade Federal de Sergipe (UFS). Investigador perante o Grupo de Pesquisa Dimensions of Human Rights do Instituto Jurídico Portucalense (IJP-UPT). Advogado, consultor e parecerista.

that is, that these sales are mandatory. The research technique was essentially bibliographic, based on theoretical references extracted from books, magazines and on the internet, despite the scarce bibliography, since there is no specific theoretical references found on the cogent sale of medicines to the State. We seek to deduce an implicit constitutional command that supports the proposed thesis, as it occurs in consumer legislation and antitrust, which have similar provisions, from the analysis of general concepts covered by the national doctrine, especially with regard to freedom of initiative.

KEYWORDS: Health Judicialization. Price regulation. Clash of principles. Pharmaceutical market. Selling of medicinal products.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Monetização da saúde e sua regulação. 2 Lógica de mercado, livre iniciativa e dignidade da pessoa humana 3. Exame de proporcionalidade e venda cogente. 4. Considerações finais. Referências.

SUMMARY: Introduction. 1 Monetization of health and regulation. 2. Market logic, freedom of initiative and human dignity. 3. Proportionality exam and cogent sale. 4. Final considerations. References.

Introdução

A precariedade do sistema público de saúde brasileiro contrasta com a previsão do art. 196 da Constituição Federal, que consagra a saúde como um “direito do cidadão e um dever do Estado”. O descolamento entre o caráter mandamental da Carta, a qualidade do serviço e as necessidades urgentes de uma população carente de recursos representa um enorme desafio para o Estado brasileiro.

Referido contraste, associado à doutrina neoconstitucionalista, ávida pela concretização de direitos, desemboca na excessiva judicialização da saúde, cujo caráter paternalista conduz a distorções ainda maiores, em especial pela burla à fila de espera por procedimentos.

Um dos problemas mais graves no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS) é a falta sistemática de medicamentos incorporados, inclusive aqueles que deveriam ser dispensados regularmente por serem de uso contínuo. Tal situação provoca prejuízos inestimáveis aos pacientes, que ou compram o medicamento na rede privada (se tiverem recursos financeiros para tal) ou comprometem o seu tratamento. Esse cenário é terreno fértil para a judicialização da saúde.

A falta de medicamentos no âmbito do SUS é inaceitável, pois os fármacos são a matéria prima com a qual os médicos, enfermeiros e auxiliares salvam vidas, levando-se em conta que a maioria dos usuários é incapaz de custear as terapias necessárias na rede privada.

A logística governamental sobre as compras, armazenamento, dispensação e descarte deve ser impecável, portanto, para que a falta de remédios não produza as consequências deletérias óbvias. A regularização da cadeia de suprimentos é de nítido interesse coletivo.

As causas para esse desabastecimento são as mais variadas, conforme a bibliografia consultada. Entre elas, estão: a desorganização dos entes públicos, o planejamento estatal deficiente, irregularidade nos repasses financeiros ou nas remessa de medicamentos feitas por outros entes federados e, no que importa ao presente trabalho, a recusa de particulares em vender os fármacos para o Poder Público. Esta última será o objeto de análise deste artigo, em especial naqueles casos em que operam fabricantes ou fornecedores exclusivos.

O ordenamento jurídico pode e deve fornecer elementos para superar o conflito de interesses entre os pacientes e a indústria. Trabalha-se com a hipótese de que, num mercado com preços tabelados como o brasileiro, a compulsoriedade na venda de medicamentos para o SUS é saída juridicamente aceitável para a colisão de direitos, promovendo o equilíbrio.

A proposta encontra óbice na leitura liberal do princípio da livre iniciativa, uma vez que a venda cogente implica na interferência estatal em negócios particulares. Impõe-se, assim, o juízo de ponderação entre os princípios colidentes – livre iniciativa e dignidade da pessoa humana – para se aferir se, de fato, é juridicamente aceitável a proposta jurídica supra. A dita compulsoriedade esbarraria, pois, no viés ideológico conferido ao princípio da livre iniciativa, devendo haver o juízo de proporcionalidade entre os direitos colidentes: de um lado, o direito à saúde da população; de outro, o direito à livre conformação empresarial.

Desta feita, no presente artigo, será abordada a viabilidade jurídica das vendas cogentes de medicamentos ao Poder Público como mecanismo de superação das dificuldades nas aquisições públicas. A escolha do tema se justifica pela sua relevância e atualidade, tal qual exposto em linhas precedentes.

O presente trabalho tem por objetivo geral concluir se é juridicamente exigível a venda privada de medicamentos para o SUS e, como objetivos específicos, o de analisar a monetização da saúde e sua regulação, e de propor uma reflexão sobre os princípios da ordem econômica no campo da saúde, bem como sobre a possibilidade da venda cogente em si.

A pesquisa foi teórica, valendo-se de materiais bibliográficos, com o amparo de estudos de caso, os quais são essenciais para demonstrar a solidez e a necessidade de ser estudado o âmbito de incidência das normas analisadas (suporte fático). A técnica de pesquisa foi essencialmente bibliográfica, com fundamento em referenciais teóricos extraídos de livros, revistas e da internet, a despeito da problemática enfrentada possuir escassa bibliografia, pois não foram encontrados referenciais teóricos específicos sobre a venda cogente de

medicamentos para o SUS. Busca-se deduzir um comando constitucional implícito que ampare a tese proposta, assim como ocorre na legislação consumerista e na antitruste, as quais possuem disposições semelhantes.

1. Monetização da saúde e regulação.

A saúde, embora seja tema sensível, é monetizada pela indústria. Há uma corrida para a pesquisa de novas drogas motivada não por benevolência, mas pelas projeções de lucro que podem dar os medicamentos inovadores³. O medicamento Viagra⁴, para disfunção erétil, por exemplo, elevou seu fabricante a uma posição privilegiada na indústria. Assim seria com medicamentos eficazes contra calvície, obesidade, diabetes, entre tantos outros que, caso descobertos, alçariam a empresa detentora da patente a um novo patamar financeiro e mercadológico.

A livre iniciativa, fundamento da República, nos termos do art. 1, inciso IV, da Constituição Federal (CF) garante essa faculdade àqueles que desejem investir na pesquisa, desenvolvimento, distribuição e comercialização de medicamentos⁵. No entanto, a atividade empresarial nesse setor deve respeitar os cânones da dignidade da pessoa humana (art. 1, inciso II, CF), a função social da empresa (art. 170, “caput”, CF)⁶, o direito à saúde (art. 196, CF)⁷ e

3CALDEIRA, Telma Rodrigues. *Acesso ao medicamento: direito à saúde no marco da regulação do mercado farmacêutico*. 179f. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Departamento de Serviço Social, Instituto de Ciências Humanas, Universidade de Brasília, Brasília. 2010, p. 17-18.

4Curiosamente, o Viagra foi “descoberto” por acaso. O medicamento em questão era um vasodilatador que estava sendo desenvolvido para moléstias pulmonares. Durante os testes, os pacientes relataram o “efeito colateral”: estavam redescobrendo a vida sexual por conta da remediação pontual da disfunção erétil.

5CALDEIRA. *Acesso ao medicamento*, cit., p.17-18.

6Nesse sentido, GRAU afirma que “No quadro da Constituição de 1988, de toda sorte, da interação entre esses dois princípios e os demais por ela contemplados – particularmente o que define como fim da ordem econômica (mundo do ser) assegurar a todos existência digna – resulta que valorizar o trabalho humano e tomar como fundamental o valor social do trabalho importa em conferir ao trabalho e seus agentes (os trabalhadores) tratamento particular. Esse tratamento, em uma sociedade capitalista moderna, particulariza-se, na medida em que o trabalho passa a receber proteção não meramente filantrópica, porém politicamente racional. Titulares de capital e de trabalho são movidos por interesses distintos, ainda que se o negue ou se pretenda enunciá-los como convergentes. Daí porque o capitalismo moderno, renovado, pretende a conciliação e a composição entre ambos. [...] Valorização do trabalho humano e reconhecimento do calor social do trabalho consubstanciam cláusulas principiológicas que, ao par de afirmarem a compatibilização – conciliação e composição – a que acima me referi, portam em si evidentes potencialidades transformadoras”. GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

7Art. 196, CF: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

a possibilidade ampliada de regulação do mercado farmacêutico (art. 197, CF8)9.

Atendendo ao comando do último dos artigos supra, a Lei nº 10.742/2003, que define normas de regulação para o setor farmacêutico, criou a Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos – CMED, que tem por objetivo 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). Essas regras levam em conta, inclusive, o preço praticado em países desenvolvidos e as peculiaridades do mercado nacional¹⁰.

As funções da CMED estão elencadas no art. 6º e incluem, no que pertine a este trabalho: definir diretrizes e procedimentos relativos à regulação econômica do mercado de medicamentos, estabelecer critérios para fixação e ajuste de preços de medicamentos, estabelecer critérios para fixação de margens de comercialização de medicamentos a serem observados pelos representantes, distribuidores, farmácias e drogarias, inclusive das margens de farmácias voltadas especificamente ao atendimento privativo de unidade hospitalar ou de qualquer outra equivalente de assistência médica, entre outras.

A regulação dos preços busca corrigir falhas de mercado e de Governo¹¹ – estas deveras intensificadas por más políticas públicas¹² -, e é feita por Resoluções da CMED, equilibrando os valores constitucionais já citados¹³. Essa regulação mantém as margens de lucro da indústria em patamares mínimos e máximos razoáveis¹⁴, tendo em vista a necessidade de

8Art. 197, CF: “São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado”.

9A concretização de direitos é um dos maiores desafios da ciência jurídica. No neoconstitucionalismo, a corrente político-jurídica que prega, dentre outras máximas, a força axiológica e normativa da Constituição e a necessidade de dar concretude material aos postulados constitucionais, essa necessidade se convola na judicialização das políticas públicas, com influência decisivamente o ativismo judicial.

10MIZIARA. Regulação do mercado de medicamentos: a CMED e a política de controle de preços. 2013. 229 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 95-96.

11BERNARDO, Pedro José Baptista. *Regulação econômica do mercado farmacêutico*, p. 02-03. Disponível em http://portal.anvisa.gov.br/documents/374947/417142/regula_farmaceutico_2003.pdf/22206f6c-3ecb-43f4-8d2c-fb36c39871d0. Acesso em 07 de abril de 2019.

12POSNER, Richard. *Theories of Economic Regulation. The Bell Journal of Economics and Management Science*, Vol. 5, No. 2. Outono, 1974, p. 04. Disponível em <https://pdfs.semanticscholar.org/f7ce/e2b1bc06f593ca36bb972f438ff7fbbd0dbf.pdf>. Acesso em 22 de maio de 2019.

13MIZIARA. *Regulação do mercado de medicamentos*, cit., p. 70-73.

14POSNER leciona que a regulação de preços é impraticável e, por isso, deve ser evitada. Dada a relevância do autor, transcreva-se: “*The clearest example is the regulation of price levels under public utility and common carrier statutes. These statutes require the agencies to determine the costs of the regulated firms and to hold their prices to those costs, and there are good grounds for believing that the necessary instruments of measurement and control simply do not exist*”. (POSNER. *Theories of Economic Regulation*, cit., p. 339).

reinvestimento da indústria e a de consumo da população¹⁵. Em síntese, é necessário equilibrar o direito à saúde com o direito à livre iniciativa e ao lucro para que um não aniquile o outro¹⁶.

Um parêntese se faz necessário. Parece-nos que, nesta área, mais do que em qualquer outra, o investimento em pesquisa e desenvolvimento é um diferencial competitivo significativo – tanto é verdade que há companhias que investem bilhões para desenvolver medicamentos inovadores para reforçar suas prateleiras. Este fato justificaria, dentre outros, a exclusividade temporária na fabricação ou comercialização de medicamentos.

Em virtude do volume inequívoco de compras do Estado, não seria viável que o setor público praticasse os mesmos preços do setor privado. Como os custos são menores, por ocasião da economia de escala, e como o poder de barganha de um grande comprador sempre é maior, apesar da existência de monopólio temporário (patentes) permitir a definição unilateral de preços¹⁷, os limites de preço para a Administração Pública¹⁸ seriam justificadamente menores do que os de venda ao consumidor. Além disso, a regulação promoveria o acesso aos mais necessitados com a intermediação do Estado.

Diante desse cenário, alguns fornecedores têm, sistematicamente, se recusado a efetuar vendas aos entes públicos, inclusive por dispensa de licitação, alegando, dentre outros, a insatisfação com os preços praticados, embora entendamos que a entrada no mercado farmacêutico implique na aceitação, ainda que tácita, de todas as normas que regulam o setor, inclusive no que tange aos preços praticáveis, precarizando ainda mais o já combalido SUS¹⁹.

15YAMAGISHI, Sergio Hideo. *Gestão da inovação na indústria farmacêutica no Brasil: estudo de múltiplos casos*. Tese (Doutorado na Área de Tecnologia Nuclear – Aplicações) – Instituto de Pesquisas Energéticas e Nucleares. São Paulo, 2014, p. 04-07.

16Há múltiplos interesses em jogo na sociedade, de modo que, se a livre iniciativa é direito do empreendedor, é igualmente direito do mercado e da sociedade uma regulação justa, inclusive com a imposição de obrigações aos particulares. Para cumprir este mister, GONÇALVES, citando MARQUES NETO, entende ser necessário “(i)mediar os conflitos entre diferentes classes de interesses públicos, agindo no sentido de afirmar os interesses difusos; (ii) implementar, a partir de pautas políticas, os direitos difusos, especialmente se estes não estiverem canalizados por meio de grupos ou processos específicos de pressão (...) e (iii) no cumprimento dessas duas dimensões, respeitar os direitos individuais”. (GONÇALVES, Priscila Brolio. *A obrigatoriedade de contratar como sanção fundada no direito concorrencial brasileiro*. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2008, p. 54).

17MANKIW, Nicholas Gregory. *Introdução à Economia*. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2005, p. 303-308.

18São dois os limites estabelecidos para as compras públicas: o preço de fábrica (PF), que é o limite máximo de preço que um laboratório ou um distribuidor pode praticar na comercialização de um medicamento no mercado nacional, e o preço máximo de venda ao Governo (PMVG), que é obtido a partir de fórmula prevista na Resolução CMED n. 04/06.

19No nosso sentir, a saúde pública brasileira passa por um “Estado de Coisas Inconstitucional”. A expressão, cunhada pela Corte Constitucional Colombiana, designa situações de desrespeito sistemático dos direitos fundamentais por todos os órgãos do Estado encarregados de determinado serviço ou política pública. O Supremo Tribunal Federal se valeu da expressão ao julgar a ADPF nº 347/DF, que versava sobre a situação degradante dos presídios brasileiros e determinava providências para regularização, inclusive a liberação de recursos financeiros e orçamentários. Tratar-se-ia da falência generalizada de todo um segmento da atuação do Estado, o que demandaria intensos debates públicos para o delineamento de novos desenhos da política pública fustigada.

A judicialização da saúde^{20 21} tem sido verdadeiro estímulo para essa recusa: no mais das vezes, o Poder Público não consegue efetivar a compra mesmo com uma ordem judicial em vigor, já que, mesmo na pendência do processo, é obrigatória a observância dos preços tabelados de venda ao governo, como disposto na Resolução já citado. Com o descumprimento da ordem na quase totalidade dos casos, o magistrado determina o bloqueio das contas públicas para a compra do medicamento, o que ocorre pelo preço de venda ao consumidor, significativamente maior, pois os valores são usados pelo próprio paciente para aquisição do fármaco²². A lógica é perversa.

Pois bem. Um dos alicerces da autonomia privada é, justamente, a liberdade de contratar, o que envolve a decisão sobre o que contratar e com quem contratar. Ora, sob este prisma, o fornecedor do medicamento está apenas atuando segundo as regras de mercado, pelas quais um vendedor opta por negociar com aqueles que lhe pagam mais pelo seu produto a fim de aumentar seu lucro ao máximo, conforme prescreve a famosa relação inversamente proporcional entre oferta e demanda.

Só que essa lógica não pode ser aplicada “in totum” à indústria farmacêutica. A regulação estatal na área exerce função mediadora entre as demandas sociais e os interesses privados, possuindo caráter social e redistributivo²³, limitando os lucros da indústria em favor do acesso da população a medicamentos como forma de concretização de seu direito à saúde, nos termos dos arts. 196 e 197, CF. Essa liberdade para contratar seria mitigada por outros valores constitucionais, notadamente a dignidade da pessoa humana, conformando a atividade empresarial aos imperativos públicos.

Há autores que não admitem a interferência na liberdade de contratar²⁴, no mais das vezes escorando seu entendimento no caráter ideológico da livre iniciativa, qual seja, na impossibilidade do Estado promover qualquer interferência, seguindo os cânones liberais²⁵. É

20A judicialização da saúde tem feições únicas no Brasil, levando a doutrina pátria a se debruçar sobre o tema, em especial por conta da escassez dos recursos públicos para fazer frente a tratamentos de alto custo.

21De acordo com dados do CNJ, foram distribuídos quase 500 mil demandas na área da saúde nos últimos 10 (dez) anos. Destes, mais de 300 mil versavam sobre medicamentos. Fonte: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/88612-demandas-judiciais-relativas-a-saude-crescem-130-em-dez-anos>. Acesso em 07 de abril de 2019.

22O bloqueio de verbas é uma alternativa viável para concretização do direito à saúde, dada a notória ineficiência das astreintes para compelir o ente público a fornecer o tratamento pleiteado.

23CALDEIRA. *Acesso ao medicamento*, cit., p. 16-20.

24Para BARROSO, “o controle prévio de preços somente poderá ser legítimo diante da ocorrência de situação de anormalidade, de grave deterioração das condições de mercado, com ausência de livre concorrência e colapso da própria livre iniciativa”. BARROSO, Luis Roberto. *A Ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços*. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico. Mai/Jun/Jul 2008, p. 28. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47240>. Acesso em 04 de abril de 2019.

25Ousamos discordar do viés ideológico da livre iniciativa. Esta não deve ser encarada como liberdade absoluta, mas sim como um juízo necessário de conformação às normas postas, sempre com vistas à concretização da dignidade da pessoa humana. Entendemos que as especificidades do mercado farmacêutico, já elencadas, são

forçoso reconhecer o caráter ideológico da livre iniciativa²⁶; contudo, como será visto adiante, esta deve sucumbir aos imperativos constitucionais colidentes, notadamente a dignidade da pessoa humana, em especial no âmbito do mercado farmacêutico²⁷.

É de se reconhecer, ainda, que existem outros métodos²⁸ para atingir aos mesmos fins acima descritos, como o controle de lucros, exercido na Inglaterra. No entanto, o presente artigo busca delimitar a possibilidade de venda cogente no contexto de controle de preços, ou seja, extrai-se a norma jurídica segundo a qual a prática do preço máximo de venda obriga à venda.

2. Lógica do mercado, livre iniciativa e dignidade da pessoa humana.

A dependência estatal de toda a cadeia produtiva da indústria farmacêutica é intensificada pela lógica singular do mercado, em que o retorno sobre investimento é garantido, dentre outros, pela exclusividade temporária sobre a fórmula (patente) ou sobre a distribuição²⁹. Sem eles, contudo, não seria viável a pesquisa e desenvolvimento de novos fármacos, pois sem essa garantia os riscos tornariam a atividade inviável, em especial no caso de medicamentos de alto custo³⁰.

O monopólio conduz à ineficiência e, ademais, permite que esse único produtor determine os preços de mercado³¹. A exclusividade, que viabiliza a existência da indústria da inovação, necessária à qualidade de vida da população, pode conduzir a abusos – como, de fato,

suficientes para, respeitosamente, refutar sua tese.

26As vozes contrárias a esta premissa certamente invocarão a livre iniciativa para combatê-la. De fato, ela é elemento a ser considerada. O que se propõe, aqui, é um juízo de ponderação de cunho estritamente jurídico, ainda que com o apoio de outras ciências sociais aplicadas. A livre iniciativa pode se compatibilizar com condutas coercitivas para os indivíduos. O liberalismo “puro”, individualista, não se sustenta diante das necessidades do bem comum, possuindo faceta muito mais ideológica do que, efetivamente, jurídica. No Direito, os princípios constitucionais devem ser harmonizados, o que significa eventual conformação de um e outro a postulados aparentemente antagônicos. Desta feita, compreende-se as críticas, porém, como restará claro por toda a exposição, buscam-se os limites para que isso aconteça. A esse teor: GONÇALVES. *A obrigatoriedade de contratar*, cit., p. 16-21.

27A obrigatoriedade de contratar não deve ser refutada, de plano, por razões estritamente ideológicas. Na nossa visão, o empreendedor se submete a regras de conformação, de concordância tácita, pela qual adere a um conjunto de regras e princípios que não necessariamente se prendem à liberdade de contratar. Outros imperativos, como a dignidade da pessoa humana, podem conduzir a uma saída diversa, como no caso da venda de medicamentos para o SUS.

28MIZIARA. *Regulação do mercado de medicamentos*, cit., p. 79-96.

29Conforme os autores, a atividade de pesquisa e desenvolvimento é considerada, ainda, uma barreira à entrada de novos competidores, devendo ser vista em conjunto com essas patentes.

30CALDEIRA. *Acesso ao medicamento*, cit., p. 58.

31MANKIW. *Introdução*, cit., p. 303-308.

ocorriam, e que levaram à política internacional de fixação de preços³².

No que interessa a esse trabalho, note-se que a maximização de lucro do monopolista, ou seja, seu objetivo principal enquanto agente econômico, ocorre quando ele produz menos do que a demanda. Isso é especialmente problemático na área da saúde, pois a demanda por medicamentos não é puxada somente pelo preço e sim pela efetiva necessidade da população³³. Em outras palavras, quanto mais pessoas doentes, maior será a demanda por um remédio. Não é somente a vontade de consumir que impulsiona o mercado e sim a necessidade. No monopólio, se a quantidade produzida é insuficiente, então pessoas doentes ficarão desassistidas, ao arrepio de seu direito constitucional à saúde – daí a necessidade de regulação de preços, universalizando o acesso e impedindo que a capacidade de determinar os preços conduza à desassistência generalizada.

A regulação estatal dos preços possibilita, portanto, a manutenção dos monopólios legais temporários (patentes) sem que ocorra o desabastecimento do mercado³⁴, viabilizando o acesso a medicamentos, em especial para os mais necessitados, como forma de concretização do seu direito à saúde e à dignidade³⁵. De outra monta, entendemos que de nada adiantaria permitir o exercício lícito do monopólio sem exigir, como contrapartida, a obrigatoriedade de venda ao Estado que aquiesce com esse monopólio para atendimento da população, qual seja, em benefício da coletividade com base na dignidade da pessoa humana.

Esta, ainda que enunciada como fundamento da República, foi reforçada em vários outros trechos da Constituição como forma de eliminar qualquer dúvida quanto à sua incidência e sua prevalência axiológica³⁶. Exemplo dessa cautela se verifica no rol dos princípios da ordem

32Um exemplo prático do caos mercadológico experimentado pela ausência de regulação, em períodos sucessivos da história brasileira. “Nas décadas de 1970 e 1980, todos os preços da economia, inclusive os preços dos medicamentos eram controlados (...) na década de 1990, o controle de preços foi intercalado com momentos de liberação total do mercado. Nos intervalos de tempo em que houve a liberação dos preços, a comercialização de medicamentos ocorreu praticamente sem restrições de caráter econômico. O resultado dessa experiência foi a “crise de medicamentos no Brasil”, o que acarretou uma alta sem precedentes dos preços dos produtos farmacêuticos, em função da prática de condutas abusivas”. (MIZIARA. *Regulação do mercado de medicamentos*, cit., p. 19).

33Nesse sentido, afirmam que o “trade off” tradicional entre oferta e demanda é imperfeito no mercado farmacêutico, na medida em que um terceiro (médico) é que tem as informações determinantes para o consumo de medicamentos. Trata-se de outro elemento a denotar a necessidade de regulação: a demanda varia conforme a prescrição médica e não conforme o desejo de consumo dos pacientes.

34O controle de preços é um mecanismo eficaz de controle do abastecimento. No paradigmático caso *Munn vs Illinois*, julgado pela Suprema Corte estadunidense em 1877, foi julgada constitucional uma lei estadual que determinava preços máximos para transporte e armazenamento de grãos, pois, já à época, entendeu-se que a venda de grãos, apesar de ser atividade privada, era de interesse público, o que justificaria ou até mesmo exigiria intervenção mais forte do Estado sobre a propriedade para satisfação das necessidades coletivas.

35A dignidade da pessoa humana é vetor de todo o texto Constitucional, sendo uma espécie supraprincípio que informa todos os demais, tal qual enuncia o art. 1º, inciso III, da Carta Maior.

36SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In Interpretação constitucional no Brasil*. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2017, p. 31.

econômica (art. 170, CF), que versa, ao encontro do que fora dito até agora, que a ordem econômica tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social³⁷.

Mais do que um mero princípio da ordem econômica, a dignidade da pessoa humana é seu fundamento, é a razão de ser da própria atividade econômica³⁸. Há respeitáveis correntes doutrinárias que defendem que o modelo capitalista adotado pelo Brasil é inovador. Na iminente escola de direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP)³⁹, por exemplo, há estudos de relevo acerca do que seria um “capitalismo humanista”, normas liberais permeadas pelo interesse social⁴⁰, supostamente adotado pela Carta.

Apesar da propriedade privada ser o centro da atividade econômica, direito fundamental de todos em território nacional, a dignidade da pessoa humana permeia a cadeia produtiva, que tem por fim último garantir a justiça social, garantindo o bem-estar de todos que dela participam direta ou indiretamente, como donos dos meios de produção, trabalhadores, consumidores, fornecedores, entre outros. Assim, apesar do lucro ser desejável e protegido, não deve ele ser obtido a qualquer custo. Deve haver um necessário equilíbrio entre o bem-estar do dono, que deseja maximizar seus ganhos, e da sociedade, que não deve ser sacrificada.

No âmbito do mercado farmacêutico, esse equilíbrio é ainda mais relevante. A saúde é o bem jurídico mais importante de uma pessoa, que não raro eiva todos os seus esforços para obter terapias mais eficazes para as moléstias que lhe acometem. É a indústria farmacêutica que dispõe dos meios para promover a saúde das pessoas. Embora seja o Estado quem deva lhes garantir tal direito, são as grandes indústrias que detém a capacidade técnica, econômica e logística para pesquisar, desenvolver e distribuir medicamentos.

37“O desenvolvimento supõe não apenas o crescimento econômico, mas sobretudo elevação do nível cultural-intelectual comunitário e um processo, ativo, de mudança social. Daí porque a noção de crescimento pode ser tomada apenas e tão-somente como uma parcela da noção de desenvolvimento. O desenvolvimento, como já apontava Schumpeter (*Teoría del Desarrollo Económico*. Trad. de Jesús Prados Ararte, Fondo de Cultura Económica, México, 1967, p. 74), se realiza no surgimento de fenômenos econômicos qualitativamente novos – isto é, de inovação – conseqüentes à adoção de novas fontes de matéria prima, de novas formas de tecnologia, de novas formas de administração da produção, etc. (...) Garantir o desenvolvimento nacional é, tal qual, construir uma sociedade livre, justa e solidária, realizar políticas públicas cuja reivindicação, pela sociedade, encontra fundamentação neste art. 3º, II. O papel que o Estado tem a desempenhar na perseguição da realização do desenvolvimento, na aliança que sela como setor privado, é, de resto, primordial”. (GRAU. *A ordem econômica*, cit., p. 197-198).

38Por isso mesmo, a constitucionalização do princípio da dignidade da pessoa humana ao lado da livre iniciativa no capítulo sobre a Ordem Econômica.

39Segundo os adeptos dessa corrente, trata-se de uma visão do capitalismo que equilibra valores econômicos e sociais, ou seja, modificando a concepção do mercado como terrível e desumano para uma visão humanizada, para satisfação dos direitos fundamentais e cultivar a paz. percursores da teoria, afirmam que a Carta adotou essa concepção ao colocar, lado a lado, no art. 170, a livre iniciativa, a dignidade da pessoa humana e a justiça social.

40SAYEG, Ricardo H.; BALERA, Wagner. *O capitalismo humanista. Filosofia humanista de direito econômico*. Rio de Janeiro: KBR Editora Digital, 2011, p. 13.

A política de preços acima mencionada é um freio à lógica que se estabeleceria em condições de livre mercado, na qual as pessoas pagariam preços absurdos para obter os remédios que necessitam⁴¹. As pessoas pobres simplesmente morreriam porque a indústria desejaria obter lucros cada vez maiores, como qualquer empresário. Só que, diferente de outros ramos, a saúde não é um produto qualquer. Quando se vende saúde, deve haver um contrapeso entre o desejo de lucro e o desejo de uma cura. Com efeito, a lógica desse mercado não deve ser a mesma, tal qual já delineado.

A indústria farmacêutica compreende bem seu papel. Tanto é assim que, em suas visões e missões⁴² elas declaram que sua preocupação é a saúde e o bem estar da população. Esses são elementos essenciais à gestão de recursos humanos e, por que não, às estratégias de marketing e negócios daquela sociedade empresária. Tais enunciados dirigem a atividade e geram lucro.

Parece-nos claro que a enunciação desses valores é uma estratégia de negócios e gestão por parte da indústria. Por que admitir, então, que isso lhes renda somente frutos positivos? Declarações desse jaez devem produzir efeitos jurídicos. Com os bônus dessas declarações (lucro) devem advir, também, ônus. Para sociedades empresárias que alegam se preocupar tanto com a saúde, seus resultados financeiros parecem indicar haver margem de manobra para vendas que, efetivamente, privilegiem a saúde da população. A questão, parece, é perquirir até que ponto esse sacrifício é juridicamente exigível, em nítida ponderação entre dignidade da pessoa humana (saúde) e a livre iniciativa⁴³.

Neste ponto, é curial ressaltar que os direitos fundamentais possuem eficácia horizontal, ou seja, aplicação dos princípios constitucionais que protegem a pessoa humana são exigíveis dos particulares⁴⁴. A recusa na venda de medicamentos pelo preço regulado, que, em tese garante o retorno do investimento da indústria, afrontaria diametralmente a dignidade da pessoa humana, seria uma traição do Estado que, de forma até certo ponto benevolente, permite a existência de patentes.

A obrigatoriedade da venda pelo preço regulado encontra guarida, ainda, na

41Entendemos que o monopólio legal temporário (patentes) é uma “grave deterioração de mercado” que, a despeito de possibilitar a pesquisa e desenvolvimento de novos medicamentos, coloca o monopolista em situação de vantagem excessiva sobre os pacientes, que tem pouco poder de barganha.

42A Visão e a Missão de uma sociedade empresária são enunciados rápidos que servem como norte para seus colaboradores (administradores, funcionários, entre outros) atuarem. A Visão representa, em apertada síntese, “onde se deseja chegar”, enquanto a Missão enuncia “a razão de ser” daquela sociedade.

43Os princípios são mandados de otimização, são normas que devem ser aplicadas “na medida do possível” e, em caso de colisão, deve-se proceder a um juízo de ponderação entre uns e outros para perquirir qual prevalecerá em determinado caso, desde que, preferencialmente, não se aniquile nenhum deles.

44SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 125-130.

máxima segundo a qual o ordenamento jurídico não deve exigir determinadas condutas ou finalidades de alguém sem lhe fornecer os meios para sua concretização.

Em paralelo, é importante ressaltar que a doutrina reconhece o princípio “*in dubio pro dignitate*”, pelo qual os conflitos entre a dignidade da pessoa humana e qualquer outro princípio devem ser resolvidos em favor daquele⁴⁵. A obrigatoriedade da venda poderia, nesse diapasão, ser o elo entre os valores em conflito: se do Estado é exigida a garantia do direito à saúde, é necessário que sejam fornecidos os meios necessários para concretizar o mandamento constitucional, o que se daria, dentre outros, pela obrigatoriedade da venda pelo preço regulado.

A oposição da indústria é admissível e até desejável em um Estado Democrático de Direito. Todavia, ela deve ser exercida na formulação do preço e não no momento da efetivação da venda, quando, em verdade, a demanda de saúde já existe e é inadiável, ou seja, se a venda não é realizada porque o preço está abaixo do desejável, que seja corrigida esta distorção pelas vias legais e não por meio do desabastecimento generalizado.

Existe, portanto, um equilíbrio ténue entre o incentivo necessário à pesquisa e desenvolvimento, obtido por meio de patentes, e o direito à saúde dos pacientes. O lucro é a justa remuneração pelo trabalho da indústria farmacêutica, mas não deve ser obtido segundo a lógica de outros mercados, dadas as suas peculiaridades⁴⁶.

A regulação do mercado farmacêutico, ao que nos indica, afasta a alegação de que as vendas governamentais são inviáveis para indústria porque esse elemento, o lucro, já é considerado quando da composição do preço. Os parâmetros da CMED levam em conta, inclusive, o preço dos medicamentos em outros países e os parâmetros lá fixados⁴⁷. A recusa injustificada de vender pelo preço regulado tanto ao consumidor quanto ao Governo não devem ser admitidas por serem altamente nocivas ao postulado constitucional da dignidade da pessoa humana.

Ressalte-se, enfim, que a obrigatoriedade ora defendida ocorre na venda de medicamentos quando há somente um fabricante ou fornecedor exclusivo, hipótese em que a licitação é inexigível; se houver mais de um competidor, é necessária a realização de licitação. Não se pode, é importante dizer, obrigar alguém a participar do certame licitatório, pelo que ele poderia restar deserto. Contudo, em regime emergencial, a compra direta por dispensa de

45SARLET. *Dignidade da pessoa humana na Jurisprudência*, cit., p. 82.

46Mesmo com todas essas restrições e em tempos de crise¹, registre-se que o lucro da indústria farmacêutica em 2016, no mundo, foi de mais de US\$ 1.100.000.000.000,00 (um trilhão e cem bilhões de dólares). Fonte: <https://www.statista.com>. Acesso em 04 de abril de 2019.

47Os parâmetros da CMED para o cálculo dos preços é complexo e envolve uma série de variáveis. A clareza dos parâmetros é, inclusive, fator que contribui para afastar arbitrariedades tanto em favor da indústria quanto em favor dos pacientes. A esse propósito, ver: MIZIARA. *Regulação do mercado de medicamentos*, cit., p. 73-78.

licitação deve, no nosso sentir, ser obrigatória para garantir o atendimento da população e seu direito à saúde e dignidade.

Na atual lógica constitucional, não parece possível que o Estado permaneça inerte quando uma licitação para a compra de medicamentos é deserta ou fracassada⁴⁸. Ao contrário, ele dispõe de meios legais para efetuar a compra diretamente, por dispensa de licitação, e deve fazê-lo para que a população não fique desassistida. Ainda que se discuta a quebra de patentes ou mesmo a assunção direta da produção de insumos e medicamentos estratégicos, tudo isso demanda tempo que os pacientes não têm.

Não fosse a política de preços, o Estado, diante do dever constitucional, pagaria tanto quanto fosse necessário para obter o medicamento patenteado de que a população necessita, ficando, por evidência, em condição desigual para barganhar com um monopolista – que, como já alinhavado, é capaz de determinar o preço e a quantidade em um mercado.

Como a saúde não pode esperar (e por isso mesmo tem tratamento diferenciado na legislação), os preços tenderiam ao infinito – alguém com problemas de saúde paga o que for necessário para se restabelecer, assim como o Estado, por dever constitucional, o faria para concretização do direito social. Desta feita, a regulação dos preços garante a prática de preços aceitáveis, porquanto se valem de políticas adotadas em outros países como forma de assegurar a viabilidade do SUS. Tudo isso de nada adiantaria caso não fosse mitigada a liberdade de contratar, obrigando fornecedores e fabricantes exclusivos a contratar com o Estado.

3. Exame de proporcionalidade e venda cogente.

A compulsoriedade de uma venda não é inédita em nosso ordenamento jurídico⁴⁹. O inciso XI do art. 36, da Lei n.12.529/2011 (nova Lei Antitruste), afirma que é infração à ordem econômica “recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais”⁵⁰. Em mesmo sentido, o Código de Defesa do Consumidor prevê que a oferta vincula o fornecedor de bens e serviços, que é obrigado a efetuar uma venda a quem se disponha a efetuar o pronto pagamento (art. 39, inciso IX, Código de Defesa do Consumidor). A recusa é considerada conduta abusiva e, ademais, admitir-se-ia

48 Como deflui do ordenamento constitucional, a saúde é um dever do Estado (art. 196, CF). O caráter mandamental da norma não permite que se chegue a conclusão diversa.

49 A compulsoriedade encontra, necessariamente, amparo em normas de ordem pública e na função social da propriedade.

50 Esse dispositivo, em um mercado de preços tabelado como o farmacêutico, conduz à conclusão que as vendas de medicamento para o SUS são obrigatórias, pois se tem uma recusa ao fornecimento de bens (primeira parte do dispositivo) associada à condição normal de pagamento (preço tabelado). Há nítida subsunção, portanto.

que o cumprimento da obrigação de dar ou fazer seja exigido judicialmente. Entende-se que, de igual maneira, a recusa à venda de medicamentos para o SUS é abuso de direito, em especial na vigência das patentes, que garantem o lucro do empreendedor.

A norma consumerista prevê tal obrigação para evitar a discriminação dos adquirentes de produtos e serviços. Por analogia, como a Fazenda Pública, na relação com a indústria farmacêutica, é vulnerável⁵¹, também é de se cogitar a aplicação dos imperativos legais⁵², sem prejuízo da aplicação da norma antitruste reproduzida acima.

A tendência de codificação e especialização dos vários ramos do Direito não significa sua exclusão. Ao contrário, deve haver uma interação entre as várias fontes normativas para se chegar a uma norma que se aproxime, ao máximo, do ideal de Direito. Embora o CDC não seja corriqueiramente aplicado a compras governamentais, é de se admitir a incidência de normas similar à consumerista e à concorrencial quando estas se prestarem a concretizar direitos fundamentais, complementando as normas de Direito Público que incidem ordinariamente⁵³.

A dependência da indústria farmacêutica para cumprir seu dever constitucional demanda cooperação dos agentes privados, que também são vinculados pela teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Está presente, nesta relação, a vulnerabilidade técnica e, quicá, econômica do Estado perante a indústria, fator que justificaria a incidência plena do comando legal consumerista, viabilizando, em última análise, a dispensação de medicamentos pelo SUS por meio de compras governamentais pelo preço de tabela⁵⁴, mesmo porque a falta do medicamento conduziria à morte de milhares de pessoas, potencialmente.

O ordenamento jurídico, sempre que possível, deve promover a igualdade material nas relações contratuais e, parece-nos, a necessidade governamental em adquirir medicamentos da iniciativa privada (única capaz de prove-la) é motivo suficiente para indicar a necessidade de equilíbrio proposto pelas normas que obrigam à venda. Aliás, parece-nos que, se o

51Entendemos que essa vulnerabilidade se manifesta pela dependência dos recursos humanos e materiais da indústria para pesquisa, desenvolvimento, comercialização e dispensação dos medicamentos. O Estado não tem expertise nessa área, é amplamente dependente dos fornecedores farmacêuticos. Desta feita, seria consumidor por equiparação.

52Nesse sentido, assim se pronunciou o Tribunal de Justiça do Pará: “(...) a partir da combinação do artigo 2º com o inciso I do artigo 4º, ambos da Lei nº 8.078/1990, mitigou-se a aplicação da teoria finalista, chega-se, em situações excepcionais, a um novo conceito de consumidor, pautado na apreciação da vulnerabilidade, de modo que até mesmo uma pessoa jurídica possa ser classificada como consumidora, com a aplicação do art. 29 do CDC. Pode-se concluir que é razoável a interpretação de que são aplicáveis as disposições do CDC aos contratos administrativos, em caráter subsidiário, desde que atendida a seguinte condição: o órgão ou entidade pública estiver em posição de vulnerabilidade técnica, científica, fática ou econômica perante o fornecedor, visto que a superioridade jurídica do ente público é presumida nos contratos administrativos”. (TJPA, Terceira Câmara Cível, Apelação Cível e Reexame de Sentença nº 20073009633-3, rel. Des. Maria Rita Lima Xavier, DJ 13/09/2010).

53GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Direito do consumidor: código comentado e jurisprudência*. 4. ed. Niterói: Impetus, 2008, p. 53.

54Adota-se, aqui, a lógica segundo a qual a existência de um preço de tabela obriga à venda.

ordenamento jurídico admite que um órgão estatal determine a descontinuidade ou alienação de toda atividade empresarial para prevenir desvios de concorrência por meio do Cade, também seria possível uma intervenção menor, pois “quem pode o mais, pode o menos”, consistente na obrigatoriedade da venda de alguns ativos – no caso, estoques de medicamentos.

Entretantes, se é possível compelir até mesmo a venda de toda fonte produtiva, seria em tese juridicamente exigível a venda de produtos porque é medida muito menos gravosa. O fundamento, nesse caso, seria igualmente concorrencial: corrigir as distorções mercadológicas provocadas pelo “modus operandi” da indústria da inovação farmacêutica, calcada na exclusividade temporária.

De todo modo, diante da vulnerabilidade manifesta do Estado e do necessário diálogo entre as fontes normativas é que, na hipótese, deve ser obrigatória a venda pelo preço máximo praticável pelo governo. Nesse ponto, podemos inferir até mesmo que os fornecedores farmacêuticos exclusivos não poderiam se recusar a vender o medicamento porque os preços já estão definidos de antemão, como se oferta fosse⁵⁵.

A oposição à venda cogente se fundamenta, em grande parte, no caráter ideológico que assume a livre iniciativa⁵⁶. O viés liberal do princípio, pelo qual não haverá interferência estatal em empreendimentos privados, ganha uma nova leitura ao ser confrontado com a função social da propriedade e na defesa de outros princípios, como a dignidade da pessoa humana. A recusa de contratar pode, então, ser refutada pelo ordenamento se, em um juízo de ponderação, este se demonstrar prejudicial à coletividade, como é o caso.

A produção de medicamentos implica na concordância tácita com os marcos regulatórios do setor, inclusive quanto ao preço – e, oferecido, tanto por tanto, a venda seria obrigatória para quaisquer consumidores, inclusive para o Estado, pela necessidade manifesta de se proteger a dignidade da pessoa humana e os efeitos da distorção concorrencial provocada pelo monopólio, ainda que determinada por lei.

Finalizando, a tese ora discutida tem sido objeto de demandas judiciais em vários estados-membro, como em Sergipe⁵⁷. Embora as discussões sejam ainda embrionárias, percebe-se que o Poder Judiciário tem se mostrado sensível à necessidade (prática) dos fornecedores de

55Uma oferta é a divulgação pública de um contrato que se pretende firmar com destinatários indeterminados. Entendemos que a condição de fornecedor ou fabricante exclusivo enseja uma responsabilidade social diferenciada que equivaleria à oferta pública, como se ele se posicionasse no mercado firmando o compromisso de vender determinado medicamento pelo preço regulado. Caso contrário, sequer deveria produzir o medicamento.

56GONÇALVES. *A obrigatoriedade de contratar*, cit., p. 19.

57TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SERGIPE. Agravo de Instrumento n. 201800825897. Relator: Des. José dos Anjos. Publicado no DJE em 29/11/2018. Disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/653131340/andamento-do-processo-n-201800825897-agravo-de-instrumento-29-11-2018-do-tjse>. Acesso em 04 de abril de 2019.

medicamento serem compelidos a vender remédios para o Poder Público, desde que respeitados os preços tabelados, os quais potencialmente garantem o lucro da atividade.

4. Considerações finais.

Diante de todos os argumentos acima reproduzidos, resta claro que o trabalho da indústria farmacêutica, de ponta a ponta, da pesquisa à dispensação dos medicamentos, é essencial para que a medicina siga evoluindo, com remédios cada vez mais modernos e responsivos. Parece-nos correto, também, que lhes sejam outorgados mecanismos para garantir o retorno de seu investimento, retroalimentando as engrenagens da pesquisa e desenvolvimento para que novos fármacos sejam disponibilizados ao público, respondendo cada vez melhor às demandas da saúde humana.

Por outro lado, as garantias de lucro não podem se constituir em privilégio para a indústria farmacêutica, pelo que se torna necessária uma política de regulação de preços que equilibre os interesses sociais e econômicos, ou seja, para que a busca incessante pelo lucro não esmague a demanda da população por medicamentos e para que o monopólio legal temporário não promova a desassistência generalizada.

Como é dever do Estado garantir o direito à saúde da população (art. 196, CF), é por seu intermédio que é disponibilizada e aplicada a maior parte dos remédios no País. E, por ser o maior comprador de medicamentos, é que os preços praticados nas compras públicas devem ser inferiores, tanto pelo maior poder de barganha (em tese) quanto pela economia de escala para o fornecedor.

O lucro da indústria já é considerado quando da formação desses preços, o retorno mínimo já lhes é garantido. Com efeito, eventual oposição da indústria deve se dar pelos meios legais quando do tabelamento e não na hora da venda dos medicamentos, quando o Estado precisa dos medicamentos para administrá-los aos mais pacientes. Presume-se que tais vendas são lucrativas.

Assim, a obrigatoriedade de vender medicamentos para o Estado surgiria como elemento que concretizaria o direito à saúde da população, considerando a eficácia horizontal dos direitos fundamentais e os efeitos jurídicos das declarações constantes das missões e visões empresariais. Seria, ainda, um ônus razoável para quem usufrui de benefícios tão evidentes quanto o monopólio legal temporário.

Por fim, deve-se ressaltar que a dignidade da pessoa humana é princípio informador

que deve, no caso, prevalecer sobre a livre iniciativa, como já ressaltado. O direito à saúde não pode ser obstaculizado por pretensões de cunho meramente econômico, mesmo porque, tal qual já delineado, as vendas ao governo são presumidamente lucrativas. A regulação dos preços promove o equilíbrio entre o poder de formação de preços de um monopolista e a demanda da população por medicamentos, ela minimiza a distância entre interesses antagônicos. Há uma limitação e não uma vedação ao lucro por conta de normas implícitas de interesse público.

Desta feita, com fulcro na dignidade da pessoa humana, no dever do Estado de garantir o direito à saúde da população, na eficácia horizontal dos direitos fundamentais, na lógica econômica e mercadológica da indústria farmacêutica e na aplicação analógica do CDC e da Lei Antitruste, entendemos ser juridicamente possível obrigar os laboratórios e fornecedores a vender medicamentos ao Estado pelo preço máximo de venda à governo, em especial quando atuam com exclusividade no mercado. A ponderação entre dignidade da pessoa humana e a livre iniciativa deve, portanto, ser resolvida em favor daquela, em qualquer hipótese, mesmo porque a intervenção estatal na propriedade privada, é de rigor para a satisfação das necessidades coletivas.

Referências.

BARROSO, Luís Roberto. *A Ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços*. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico. Mai/Jun/Jul 2008. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47240>. Acesso em 04 de abril de 2019.

BERNARDO, Pedro José Baptista. *Regulação econômica do mercado farmacêutico*. Disponível em http://portal.anvisa.gov.br/documents/374947/417142/regula_farmaceutico_2003.pdf/22206f6c-3ecb-43f4-8d2c-fb36c39871d0. Acesso em 07 de abril de 2019.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 07 de abril de 2019.

BRASIL. *Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm. Acesso em 07 de abril de 2019.

BRASIL. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm>. Acesso em 07 de abril de 2019.

CALDEIRA, Telma Rodrigues. *Acesso ao medicamento: direito à saúde no marco da regulação do mercado farmacêutico*. 179f. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Departamento de Serviço Social, Instituto de Ciências Humanas, Universidade de Brasília, Brasília. 2010.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *III Jornada de Direito da Saúde*. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2019/03/fa749133d8cfa251373f867f32fbb713.pdf>. Acesso em 05 de abril de 2019.

ENCICLOPÉDIA BRITANNICA. *Verbete sobre Munn vs Illinois*. Disponível em <https://www.britannica.com/event/Munn-v-Illinois>. Acesso em 20 de junho de 2019.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Direito do consumidor: código comentado e jurisprudência*. 4. ed. Niterói: Impetus, 2008.

GONÇALVES, Priscila Brolio. *A obrigatoriedade de contratar como sanção fundada no direito concorrencial brasileiro*. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2008.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MANKIW, Nicholas Gregory. *Introdução à Economia*. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2005.

MIZIARA, N. M. *Regulação do mercado de medicamentos: a CMED e a política de controle de preços*. 2013. 229 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

POSNER, Richard. *Theories of Economic Regulation. The Bell Journal of Economics and Management Science*, Vol. 5, No. 2. Outono, 1974. Disponível em <https://pdfs.semanticscholar.org/f7ce/e2b1bc06f593ca36bb972f438ff7fbbd0dbf.pdf>. Acesso em 22 de maio de 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. _____ . *Dignidade da pessoa humana na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. In *Interpretação constitucional no Brasil*. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2017.

SAYEG, Ricaddo H.; BALERA, Wagner. *O capitalismo humanista. Filosofia humanista de direito econômico*. Rio de Janeiro: KBR Editora Digital, 2011.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARÁ. 2ª Câmara Cível. Apelação Cível e Reexame de Sentença nº 20073009633-3. Relator: Des. Maria Rita Lima Xavier. Publicado no DJE em 13/09/2010. Disponível em <https://tj-pa.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5546654/apelacao-civel-ac-200730096333-pa-2006300-18510/inteiro-teor-14955890>. Acesso em 20 de fevereiro de 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SERGIPE. Decisão Monocrática. Agravo de Instrumento n. 201800825897. Relator: Des. José dos Anjos. Publicado no DJE em 29/11/2018. Disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/653131340/andamento-do-processo-n-201800825897-agravo-de-instrumento-29-11-2018-do-tjse>. Acesso em 04 de abril de 2019.

YAMAGUSHI, Sergio Hideo. *Gestão da inovação na indústria farmacêutica no Brasil: estudo de múltiplos casos*. Tese (Doutorado na Área de Tecnologia Nuclear – Aplicações) – Instituto de Pesquisas Energéticas e Nucleares. São Paulo, 2014.

Recebido em: 04/12/2019
1º Parecer em: 11/02/2020
2º Parecer em: 01/04/2020