

**Agravo de Instrumento nº 404.648-4/7**  
**Comarca:** SÃO BERNARDO DO CAMPO  
**Agyte:** EMS S.A  
**Agvdo:** BOEHRINGER INGELHEIM DO BRASIL QUÍMICA  
E FARMACÊUTICA LTDA E OUTROS.

1) Cuida-se de agravo de instrumento interposto por EMS S/A, com pedido de efeito suspensivo de liminar, contra decisão proferida pelo MM Juiz da 6ª Vara Cível da Comarca de São Bernardo do Campo, que deferiu tutela antecipada pleiteada pelas agravadas **BOEHRINGER INGELHEIM DO BRASIL QUÍMICA E FARMACÊUTICA E OUTRO**.

A decisão agravada concedeu tutela antecipada a favor das Autoras/agravadas, para efeito de determinar a retirada das embalagens dos medicamentos genéricos que têm como referência os medicamentos *Buscopan* e *Mucosolvan* de todo o território nacional, no prazo de sessenta dias, mediante prestação de caução (em dinheiro ou fidejussória), em valor do montante "*aproximado de todas as embalagens retiradas e despesas correspondentes e publicação de comunicado pela imprensa a ser comunicado pela ré e a ser conferido nos autos*" (ver fls. 510/511).

Fixou, ainda, o valor de multa diária de R\$ 500,00 para o caso de descumprimento do preceito, bem como determinou a realização de prova pericial.



2) Sustenta a Agravante, em síntese, o desacerto da decisão recorrida, por vários fundamentos, a seguir resumidos:

a) a L. 9.787/99 autoriza a identidade entre o medicamento de referência e o medicamento genérico, apenas constando da embalagem do último a tarja amarela e a letra "G", tudo com o objetivo de beneficiar o consumidor, à luz dos valores fundamentais de preservação da saúde pública que orientam a matéria;

b) os medicamentos genéricos em debate obedecem o que dispõe a L. 9.787/99 e obtiveram aprovação da ANVISA, cuja Resolução 23 admite a propaganda com indicação dos medicamentos de referência; a proximidade de embalagens tem exatamente a finalidade de auxiliar o consumidor a reconhecer o genérico e optar pela compra do medicamento mais barato;

c) não se encontram presentes os pressupostos previstos no art. 273 do CPC para concessão da tutela antecipada, porque não há prova inequívoca dos fatos relatados na inicial, tanto assim que se determinou a realização de perícia; falta verossimilhança da tese jurídica e falta certeza quanto à verdade dos fatos expostos na inicial;

d) a liminar provocará danos irreparáveis à ré/agravante, além de prejuízo aos milhares de usuários dos medicamentos genéricos, vendidos a preço inferior;

498  
528  
20

Pede a concessão de efeito suspensivo ao agravo, até o julgamento de seu mérito.

Instruem o agravo, além das peças obrigatórias, outras necessárias ao completo conhecimento da questão (fls. 49/523)

3) Concedo, em parte, a liminar pleiteada.

Pode a antecipação da tutela ser parcial ou total. Vigora o princípio da menor restrição possível, que se consagra, na lição de Teori Albino Zavascki, "*no limite estritamente necessário à salvaguarda do outro direito fundamental, considerado, no caso, prevalente*" (Antecipação da Tutela 3a. Edição Saraiva, 2.000, p. 75)

Existe inegável semelhança entre as cores, formatos e desenhos das embalagens. Há, porém, a alegação de que tal semelhança é lícita e proposital, porque o medicamento genérico deve sempre atrair a atenção do consumidor, em relação ao medicamento de referência.

Resta esclarecer delicada questão, qual seja, até onde há atração lícita e onde começa a confusão indesejável ao consumidor, especialmente levando em conta que os medicamentos em exame não dependem da apresentação de receita médica, podendo ser adquiridos diretamente em balcões e prateleiras de farmácias.

Em termos diversos, há certeza quanto aos fatos que embasam a inicial (a semelhança de embalagens, não negada sequer pela agravante) e verossimilhança quanto ao direito que ampara

199  
522  
/ 2

tais fatos, consistente na boa dose de probabilidade de sucesso final - ao menos em parte - das pretensões deduzidas na inicial.

De qualquer modo, o recolhimento de todo o medicamento já distribuído e colocado em pontos de venda em território nacional, envolvendo centenas de distribuidores e milhares de farmácias, no prazo de 60 dias, parece ferir o princípio da *menor restrição possível*.

Foi prudente o MM. Juiz ao exigir sólida caução, com o propósito de evitar possíveis danos patrimoniais. Diga-se, porém, que ficou a caução atrelada e elementos incertos - valor da embalagem - em planilhas a serem fornecidas pela própria ré, que fatalmente provocará novos e sucessivos incidentes entre as partes.

A retirada abrupta de medicamentos, a visibilidade que necessariamente se dará a tal operação, mediante publicação de avisos e comunicados, a frustração da clientela em repentinamente não mais encontrar o medicamento desejado, a desconfiança de distribuidores e comerciantes, tudo pode lesar de modo definitivo a imagem e a reputação da Agravante.

Da ponderação entre os danos possíveis que pode causar a liminar às partes, reduz o alcance da tutela antecipada, para determinar que, no prazo de 60 dias, contados da intimação desta liminar, se abstenha a agravante de distribuir e comercializar os medicamentos genéricos descritos na inicial com a embalagem atual, voltando a utilizar a embalagem anterior, fotografada a fls. 56 dos

520  
50039

autos, ou outras de características diversas, que entenda conveniente, desde que não reproduzam padrões gráficos do medicamento de referência.

A decisão, a um só tempo, evita potencial concorrência desleal, mas confere prazo razoável para que a agravante faça a alteração das embalagens dos medicamentos a serem fabricados. Não há maior custo, porque se usará padrão anterior, se assim for conveniente à Agravante, nem prejuízo à clientela, que já conhece os anteriores padrões visuais do produto de sua preferência.

Os medicamentos já distribuídos manterão as embalagens com as características atuais, diante dos severos danos à imagem e altos custos que implicaria o recolhimento em todo o território nacional, desproporcional ao eventual prejuízo econômico causado às Agravadas. Perde objeto, por isso, a caução de valor correspondente ao dos medicamentos.

Para os fins acima explicitados concedo a liminar, que suspende, em parte, a tutela concedida pelo Juízo Agravado, mantida a multa diária no caso de descumprimento do preceito.

4) Dispensadas as informações do MM. Juiz de Direito, intimem-se as agravadas, para resposta, no prazo legal.

São Paulo, 11 de julho de 2005.

  
**FRANCISCO LOUREIRO**