



Número: **1005862-94.2019.4.01.3300**

Classe: **AÇÃO CIVIL COLETIVA**

Órgão julgador: **11ª Vara Federal Cível da SJBA**

Última distribuição : **20/05/2019**

Valor da causa: **R\$ 100.000,00**

Assuntos: **Agências/órgãos de regulação**

Segredo de justiça? **NÃO**

Justiça gratuita? **NÃO**

Pedido de liminar ou antecipação de tutela? **SIM**

Partes		Procurador/Terceiro vinculado	
ASSOCIAÇÃO DE HOSPITAIS E SERVIÇOS DE SAÚDE DO EST BA (AUTOR)		ANA RAQUEL DE MELO DORNELAS (ADVOGADO) GUTEMBERG BARROS CAVALCANTI (ADVOGADO)	
UNIÃO FEDERAL (RÉU)			
Ministério Público Federal (Procuradoria) (FISCAL DA LEI)			
Documentos			
Id.	Data da Assinatura	Documento	Tipo
17057 0884	21/08/2020 12:18	Sentença Tipo A	Sentença Tipo A



PODER JUDICIÁRIO

JUSTIÇA FEDERAL

Seção Judiciária do Estado da Bahia

11ª Vara Federal Cível da SJBA

SENTENÇA TIPO "A"

PROCESSO: 1005862-94.2019.4.01.3300

CLASSE: AÇÃO CIVIL COLETIVA (63)

AUTOR: ASSOCIACAO DE HOSPITAIS E SERVICOS DE SAUDE DO EST BA

Advogados do(a) AUTOR: ANA RAQUEL DE MELO DORNELAS - BA28594, GUTEMBERG BARROS CAVALCANTI - PE18438

RÉU: UNIÃO FEDERAL

SENTENÇA

Trata-se de ação coletiva, pelo rito ordinário, com pedido de tutela de urgência ajuizada por ASSOCIACAO DE HOSPITAIS E SERVICOS DE SAUDE DO ESTADO DA BAHIA contra UNIAO FEDERAL, requerendo:

"Suspender a vigência e a eficácia do artigo 5º, incisos I, alínea "d" e "f", inciso II, alínea "c", e, respectivo §2º, da Resolução nº 2/2018, da CMED, até julgamento do mérito desta ação; 1.2. Caso assim não se entenda, do que se cogita para argumentar, pede-se que seja deferida a tutela de urgência ao menos para impedir a aplicação da Resolução CMED nº 02/2018 aos contratos anteriores à sua publicação (ato jurídico perfeito) celebrados entre os hospitais e operadores de planos de saúde".

Afirma a parte autora, em suma, que a Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos – CMED, por meio da Resolução nº 02/2018, ao regular o preço de medicamentos fornecidos por hospitais privados, afrontou normas legais e constitucionais que disciplinam a matéria.

Obtempera que a CMED, por meio da referida Resolução, em afronta ao que dispõe a Lei nº 10.742/03, extirpou a possibilidade de cobrança de qualquer margem ou remuneração adicional sobre o fornecimento de medicamentos, o que se vier a acontecer ensejará penalidades. O ato careceria de legitimidade, desrespeitando a hierarquia vertical das normas, ante as disposições dos artigos 596 e seguintes do Código Civil, bem como art. 17 da Lei 13.003/2014, Lei n.



13021/2014, além do inciso II, do artigo 5, da Constituição Federal.

Segundo a peça vestibular, a intervenção da CMED no domínio econômico é abusiva, descumprindo preceito regulatório. Invoca a parte autora os artigos 196, 197 e 199, da Constituição Federal, advogando que a iniciativa privada no sistema de saúde.

Explica que “A posição apresentada pela CMED na norma regulatória pressupõe que os hospitais e demais estabelecimentos de serviços de saúde constituem-se em sociedades que comercializam medicamentos, quando em verdade o produto farmacêutico definido pelo inciso II, do artigo 4º, da Lei nº 5.991/19734, refere o insumo da atividade de prestação de serviços em saúde, trazendo esta conclusão efeitos jurídicos materiais completamente diversos às demais pessoas previstas nos incisos II, III, e, V, todos do artigo 3º, da Lei nº 10.742/20035.”. Aduz que os hospitais e estabelecimentos de serviços de saúde apenas possuem a chamada farmácia hospitalar, com disciplina Lei n. 13.021/2014.

Advoga, inclusive, que, no âmbito dos hospitais, os medicamentos integram a prestação de serviço, não se caracterizando compra e venda ou comércio, em relação aos seus clientes, sejam consumidores finais ou operadores de planos de saúde. Faz alusão a Súmula n. 274, do STJ.

Minudencia que “o fornecimento de medicamentos por unidade hospitalar está sujeito a uma disciplina especial do Estado, que se manifesta por meio de normas expedidas por diferentes órgãos com competência regulamentar, como o Ministério de Saúde, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA, e a própria CMED.”. Assevera que há um custo com toda estratégia, organização em relação a ações e serviços de farmácias em âmbito dos hospitais, exigindo uma complexa infraestrutura da unidade hospitalar, que acarreta em altos custos. Por tal razão, as unidades hospitalares estabelecem uma cobrança adicional sobre o preço da aquisição desses medicamentos.

Dessa forma, argumenta que a Resolução, nos pontos em destaque, ultrapassou os limites legais, além de ser nula por desvio de finalidade, dada a desobediência do preceito regulatório. Ainda, cumprir com a referida resolução, na seara atacada, culminaria em violação do sigilo empresarial dos hospitais, em prejuízo de todo o mercado consumidor, prejudicando a livre concorrência, desestimulando a busca por condições mais vantajosas nas negociações entre os estabelecimentos privados de saúde.

Postula então

“a concessão de Tutela Provisória de Urgência, na forma prevista no artigo 300, do Código de Processo Civil, Inaudita Altera Parte, determinando, em favor dos substituídos dos REQUERENTES:

1.1. Suspender a vigência e a eficácia do artigo 5º, incisos I, alínea "d" e "f", inciso II, alínea "c", e, respectivo §2º, da Resolução nº 2/2018, da CMED, até julgamento do mérito desta ação;

1.2. Caso assim não se entenda, do que se cogita para argumentar, pede-se que seja deferida a tutela de urgência ao menos para impedir a aplicação da Resolução CMED nº 02/2018 aos contratos anteriores à sua publicação (ato jurídico perfeito) celebrados entre os hospitais e operadores de planos de saúde;

1.3. A cominação de multa pelo descumprimento de quaisquer das ordens judiciais pretendidas, caso deferidas, sugerindo-se o valor de R\$ 1.000,00 (um mil reais), por dia e por descumprimento comprovado nos autos, como forma de incentivo ao comando judicial, garantindo a eficácia do provimento.



”

Ao final, a condenação do requerido, confirmando a medida liminar, para:

“7.1 a declaração de Nulidade do artigo 5º, incisos I, alínea d e f, inciso II, alínea c, e, respectivo §2º, da Resolução nº 2/2018, da CMED.

7.2. a declaração a inaplicabilidade da Resolução CMED nº 02/2018 aos contratos celebrados antes da sua publicação, em respeito à garantia do ato jurídico perfeito prevista no art. 5º, XXXVI, da CF;

7.3. Condenar a ré a se abster de iniciar processo administrativo disciplinar ou aplicar aos associados/filiados dos requerentes punição de qualquer natureza que tenha origem em alegado descumprimento das regras inseridas no artigo 5º, incisos I, alínea d e f, inciso II, alínea c, e, respectivo §2º, da Resolução nº 2/2018, da CMED;”

Atribuiu à causa o valor de R\$ 100.000.00. Juntou procuração e documentos.

Postergada apreciação da liminar após a contestação (ID n. 58001113).

A parte autora requereu juntada de cópia de sentença em processo similar (ID n. 68326177), a fim de sustentar sua tese.

União contestou suscitando preliminar de ilegitimidade ativa e no mérito, a improcedência da demanda (ID n. 72312070), advogando, em especial que “a regulação e fiscalização exercidas pela CMED visam a evitar o abuso do poder econômico na área da saúde, cujas ações e serviços são de inegável relevância pública, ainda quando prestados pelos particulares”. Aduz que a regulação do mercado de medicamentos praticada pela CMED deu-se conforme enunciado pela Lei n. 10.742/03. Tece comentários sobre a competência da CMED para regulamentar, fiscalizar e aplicar penalidades, indicando que o descumprimento dos atos editados pela CMED sujeita o infrator às sanções do art. 56 do CDC. Discorre sobre o objetivo social das entidades hospitalares, citando Nota Técnica n. 80/2018/SCMED/GADIP/ANVISA. Com a defesa, acosta documentos.

Sobreveio decisão que afastou a preliminar de ilegitimidade ativa ad causa, porém determinou que a parte autora apresentasse lista de substituídos.

A parte autora ofertou embargos de declaração contra a decisão retro.

Após a oitiva da parte contrária, os aclaratórios foram rejeitados.

Regularizada a representação processual da parte autora, as partes foram intimadas para dizer se tem mais provas a produzir.

A União requereu o julgamento antecipado da lide.

Manifestação do Ministério Público Federal (ID n. 164462879), que emitiu parecer pelo indeferimento do pleito autoral.

A parte autora acostou novos precedentes em seu favor.

Os autos vieram conclusos para julgamento.

É o que cumpria relatar.



FUNDAMENTAÇÃO

Sobre a preliminar de ilegitimidade ativa ad causam, a questão já foi enfrentada e afastada na decisão de ID n. 72636076 e despacho posterior de ID 140854372, que entendeu por regularizada a representação processual, oportunamente apresentada pela parte autora.

Mérito.

A questão controvertida cinge-se em delimitar se as disposições da resolução n. 2/2018, da Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos, impugnadas pela parte autora, ferem ou não os ditames legais e constitucionais.

A parte autora ataca a resolução n. 2 de 16 de abril de 2018 da Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos disciplina o processo administrativo para apuração de infrações e aplicação de penalidades decorrentes de condutas que infrinjam as normas reguladoras do mercado de medicamentos, nos seguintes dispositivos:

Art. 5º As infrações à regulação do mercado de medicamentos serão classificadas, segundo sua natureza, em 2 (dois) grupos:

I - infrações classificadas como não quantificáveis:

d) ofertar medicamento com valor superior àquele pelo qual foi adquirido;

e) divulgar preço acima do máximo publicado nas mídias especializadas de grande circulação; f) deixar de manter à disposição dos consumidores e dos órgãos de defesa do consumidor, as listas dos preços de medicamentos atualizadas, conforme disciplinado em norma da CMED;

II - infrações classificadas como quantificáveis:

c) cobrar de paciente ou do plano de saúde valor superior àquele pelo qual o medicamento foi adquirido;

§ 2º As infrações previstas nas alíneas "d" do inciso I e "c" do inciso II se aplicam exclusivamente às pessoas físicas e jurídicas que não estão legalmente autorizadas a comercializar medicamentos, mas apenas a obter o reembolso do valor pelo qual os adquiriu, tais como profissionais de saúde, hospitais, clínicas especializadas ou assemelhados, não se aplicando à prestação de serviços por eles realizados.

Sobre a prestação dos serviços privados de saúde, tem-se que sua regulação dá-se de maneira regulada pelos órgãos fiscalizadores, cujas balizas encontram-se na legislação aplicável a este tipo de serviço.

A Constituição Federal de 1988, no seu título sobre a ordem econômica e financeira (art. 170 e seguintes), não afastou a possibilidade de a atividade econômica voltada à saúde, no âmbito privado, ser lucrativa.

Dessa maneira, os estabelecimentos privados de saúde, como hospitais e congêneres, tem por direito a liberdade de obtenção de lucros, estando sujeitos às regras de livre mercado e concorrência.



Nesse âmbito de liberdade, a fixação de preços pelo poder público, com regulação total neste ponto, apenas se mostra proporcional quando visa a suprimir grave distorção ou abuso do poder econômico, revelando-se então medida excepcional.

Dentro desse panorama, a Resolução n. 02/2018, da CMED, na forma aplicável, nos dispositivos em estudo, não se mostra apta a promover a precificação dos medicamentos, para os estabelecimentos de saúde privados, que, em verdade, utilizam-se da margem de lucro para manter o equilíbrio contratual. Não se vislumbra qualquer onerosidade excessiva ou violação da boa-fé contra o consumidor, afinal as operadoras de plano de saúde firmam os contratos com tais estabelecimentos de maneira aparentemente clara.

Nesse entender, não se pode colocar em igualdade o mercado varejista de medicamentos com a prestação de serviço dos hospitais e congêneres que, no amparo à saúde privada, fornecem, em seu bojo, os fármacos necessários ao tratamento.

Cite-se, também que o inciso V, art. 6º da Lei nº 10.742/2003, preceitua como atribuição da CMED:

"V - 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;".

Logo, de fato, da interpretação do referido dispositivo, pode-se depreender a possibilidade das unidades hospitalares obterem margem de lucro, na comercialização de medicamentos.

Sobre o tema, cito o escólio do julgado abaixo:

DECISÃO: Trata-se de agravo de instrumento interposto em face de decisão proferida em ação coletiva, nos seguintes termos: 1. Trata-se de Ação Coletiva ajuizada pela FEDERAÇÃO DOS HOSPITAIS E ESTABELECIMENTOS DE SERVIÇOS DE SAÚDE NO ESTADO DO PARANÁ e SINDICATO DOS HOSPITAIS E ESTABELECIMENTOS DE SAÚDE DO ESTADO DO PARANÁ - SINDIPAR em face da UNIÃO em razão de Resolução expedida pela Secretaria-Executiva da CMED - CÂMARA DE REGULAÇÃO DO MERCADO DE MEDICAMENTOS (Resolução n. 2/2018 - 23/08/2018). Na petição inicial, a parte autora narra que o cerne da questão está na criação de infrações estabelecidas como quantificáveis e como não quantificáveis, das quais há previsão de imputação, conforme estabelecido no art. 5º, I, alínea "d", inciso II, alínea "c" e §2º da Resolução n.2/2018 da CMED: "Art. 5º As infrações à regulação do mercado de medicamentos serão classificadas segundo sua natureza em 2 (dois) grupos: I - infrações classificadas como não quantificáveis: (...); d) ofertar medicamento com valor superior àquele pelo qual foi adquirido; (...); II - infrações classificadas como quantificáveis: (...); c) cobrar de paciente ou do plano de saúde valor superior àquele pelo qual o medicamento foi adquirido; (...); § 2º As infrações previstas nas alíneas "d" do inciso I e "c" do inciso II se aplicam exclusivamente às pessoas físicas e jurídicas que não estão legalmente autorizadas a comercializar medicamentos, mas apenas a obter o reembolso do valor pelo qual os adquiriu, tais como profissionais de saúde, hospitais, clínicas especializadas ou assemelhados, não se aplicando à prestação de serviços por eles realizados". Sustentam que "diante da compreensão exclusiva da CMED de que os hospitais e



estabelecimentos de serviços de saúde teriam direito somente ao reembolso do valor pelo qual adquiriu determinado medicamento, tratando-os como se fossem revendedores de medicamentos e não como prestadores de serviços de saúde que utilizam os medicamentos como insumos, fatores de produção, estatui as penalidades indicadas acima, e assim causou grave limitação nas contratações da Iniciativa Privada". Entendem que a CMED carece de legitimidade para regulação econômica e que a Resolução afronta o disposto nos arts. 596 e seguintes do Código Civil, art. 17 da Lei 13.003/2014, Lei 13.021/2014 e art. 5º, II, da Constituição Federal. Postulam tutela provisória de urgência para suspender os efeitos do art. 5º, I, "d", II, "c" e §2º da Resolução n. 2/2018 do CMED. Afirmam que "é absolutamente singelo dentro da realidade dos hospitais e estabelecimentos de serviços de saúde, e não estão sendo aplicadas as atenuantes ou agravantes previstas nos artigos 12 a 14, da Resolução nº2/2018, da CMED, que podem resultar no dobro da penalidade. Excelência, em estudos feitos é possível chegar a projeções de R\$9.881.700,00 (nove milhões, oitocentos e oitenta e um mil e setecentos reais), por aplicação das penalidades, dependendo do porte, aplicando-se sobre redes hospitalares". Acrescentam que há perigo de danos porquanto a Resolução está vigente e é possível a fiscalização com aplicação das penalidades. Mencionam risco para continuidade da consecução das atividades de prestação de serviços assistenciais. Pontuando a existência dos requisitos necessários à concessão de tutela de urgência, requerem: "4.10.1 Suspender a vigência e a eficácia do artigo 5º, incisos I, alínea d, inciso II, alínea c e, respectivo §2º, da Resolução nº2/2018, da CMED; 4.10.2 determinar a abstenção de atos de fiscalização pela CMED, embasados no artigo 5º, inciso I, alínea d, inciso II, alínea c, e respectivo §2º de sua Resolução nº2/2018, com a consequente suspensão da exigibilidade das sanções administrativas eventualmente imputadas, bem como a abstenção de inserção dos dados dos Substituídos dos REQUERENTES nos cadastros de dívida ativa até o julgamento final da presente ação e; 4.10.3 a cominação de multa pelo descumprimento de quaisquer das ordens judiciais pretendidas, caso deferidas, sugerindo-se o valor de R\$1.000,00 (um mil reais) por dia e por descumprimento comprovado nos autos, como forma de incentivo ao comando judicial, garantindo a eficácia do provimento." Intimada, a União prestou esclarecimentos no evento 12. Aduziu que a CMED foi criada para atuar na regulação econômica do mercado de medicamentos e suas atribuições estão definidas na Lei nº 10.742/2003. Afirmou que os estabelecimentos hospitalares e assemelhados prestam serviço de promoção à saúde, e não de comercialização de medicamentos. Por isso, conclui que eles não poderiam aplicar a tabela do Preço Máximo ao Consumidor, esse entendido com aquele a ser praticado pelos estabelecimentos varejistas, quer sejam, farmácias ou drogarias. Salientou que as infrações previstas na resolução atacada visam à proteção do consumidor, principalmente no que diz respeito à transparência, à boa-fé e à lealdade. Aduziu que o Código de Defesa do Consumidor determina "que os atores participantes da relação de consumo não se comportem de maneira ardilosa, impondo às partes o dever de lealdade recíproca a ser observado em todos os momentos da relação". Dessa maneira, concluiu que é fundamental que se discriminem para o paciente quais valores são cobrados pela prestação de serviços e quais são pagos pela aquisição de medicamentos. É o relatório. (...) **Com relação à probabilidade do direito, ainda que venha a ser objeto de melhor debate no decorrer da instrução processual, pelo que se depreende,**



em cognição sumária, a discussão travada nos autos em razão da aplicação imediata da Resolução CMED nº 02 de 2018 não envolve o fornecimento de medicamentos aos usuários do SUS - Sistema Único de Saúde. Envolve apenas os atendimentos particulares e de beneficiários de planos de saúde e, como destacado na decisão proferida no AI nº 5001424-67.2018.4.02.0000/RJ, TRF-2ªR, juntada pela agravante, da lavra do Des. Federal Aluísio de Castro Mendes, é certo que "quando os operadores de planos de saúde celebram seus contratos com os respectivos estabelecimentos, tais cobranças já vêm pactuadas de maneira clara e transparente, razão pela qual a manutenção dos efeitos da Resolução CMED nº 02/2018 poderá acarretar um desequilíbrio dos contratos vigentes", com sérias consequências financeiras às entidades hospitalares. Da mesma forma entendo presente o periculum in mora. Modificar-se assim abruptamente uma relação que já está consolidada pode afetar sobremaneira os contratos já pactuados, levando a um desequilíbrio nas relações já estabelecidas, como acima referido. Além disso, como bem destacado na decisão proferida pela Juíza Federal Ana Carolina Morozowski, da 3ª VF de Curitiba, no Procedimento Comum nº 5039536-03.2018.4.04.7000/PR, , juntada aos autos pela agravante, "A urgência está evidenciada, na medida em que a CMED pode, a qualquer momento, proceder à autuação dos filiados dos autores, impondo a eles a multa estipulada, com prejuízo ao bom andamento de suas atividades". Ante o exposto, defiro o pedido de antecipação de tutela recursal, para o fim de suspender os efeitos da decisão ora agravada, e, por conseguinte, determino a suspensão de vigência do artigo 5º, I, "d", II, "c", § 2º, da Resolução CMED nº 02/2018 em relação ao Hospital Agravante, até o julgamento da ação em Primeiro Grau. Comunique-se ao Juízo a quo. Intimem-se, sendo a parte agravada para contrarrazões. Após, voltem para julgamento pelo Colegiado. (grifei) Ante o exposto, indefiro o pedido de atribuição de efeito suspensivo ao recurso. Intimem-se, sendo os agravados para contrarrazões. (TRF4, AG 5046368-03.2018.4.04.0000, QUARTA TURMA, Relatora VIVIAN JOSETE PANTALEÃO CAMINHA, juntado aos autos em 18/01/2019).

No que tange ao pleito de tutela de urgência, embora a procedência da demanda conduza à probabilidade do direito invocado, não se antevê prejuízo patente, concreto e iminente, necessário à concessão da tutela de urgência. Isso porque, cuidando-se de ação coletiva, os demandantes não apresentaram dados mais apurados, quanto à extensão da suposta lesão à administração financeira, de sorte que, por se tratar de uma demanda coletiva, entendo que o caso é de aguardar o trânsito em julgado para cumprimento da obrigação aqui imposta.

DISPOSITIVO

Posto isso, **julgo procedentes os pedidos**, nos termos do artigo 487, I, do CPC, a fim de suspender a vigência e a eficácia do art. 5º, inciso I, alínea 'd' e inciso II, alínea 'c', e respectivo §2º, da Resolução nº 02/2018, da CMED e de determinar à CMED que se abstenha de autuar os substituídos pelo autor com base nesses dispositivos.

O feito é extinto com resolução do mérito, nos termos do artigo 487, I, do CPC.



Condeno a parte ré ao pagamento de honorários advocatícios em favor da parte autora, nos termos do artigo 85, do CPC, §2, §3, que fixo em 10% (dez por cento) do valor da causa, sopesando a quantidade de atos processuais, o zelo profissional, a duração razoável da causa.

Havendo recurso voluntário (apelações e/ou embargos de declaração), intime-se a parte contrária para apresentar contrarrazões.

Apresentadas as apelações e oportunizadas as contrarrazões, remetam-se os autos ao egrégio TRF da 1ª Região.

Sentença submetida à remessa necessária, tendo em vista sua iliquidez, além de ter sido exarada em processo coletivo em desfavor da Fazenda Pública.

Custas dispensadas na forma da lei.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Salvador, 21 de agosto de 2020.

Milena Souza de Almeida Pires

Juíza Federal Substituta

