

Recursos Especial e Extraordinário Cíveis nº 0825748-90.2023.8.19.0001

Recorrente: MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO

Recorrida: FARMACIA ALQUIOTUPA PRODUTOS MANIPULADOS EIRELI

DECISÃO

Trata-se de recursos especial e extraordinário, tempestivos, fls. 102/115 e 116/130, com fundamento nos artigos 105, inciso III, alínea “a”, e 102, inciso III, alínea “a”, da Constituição Federal, respectivamente, interpostos em face de acórdãos da Primeira Câmara de Direito Público, fls. 43/47 e 88/90, assim ementados:

“ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. FARMÁCIA DE MANIPULAÇÃO. ESTOQUE. PROPAGANDA. Mandado de segurança para assegurar o direito de a Impetrante manter em estoque, expor e vender em balcão ou meio virtual seus produtos manipulados isentos de prescrição médica. Rejeita-se a preliminar de inépcia da apelação, pois atende ao princípio da dialeticidade. Nos termos do artigo 5º, LXIX, da Constituição Federal, conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo em virtude de ilegalidade ou abuso de poder perpetrado por autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público. Na hipótese, a ameaça de lesão decorre do entendimento adotado pelo Impetrado com base na RDC nº 67/07 da ANVISA no sentido da impossibilidade de a Impetrante possuir estoque e expor ao público, com o objetivo de propaganda, publicidade ou promoção, produtos manipulados que dispensam prescrição médica. Jurisprudência pacífica deste E. Tribunal de Justiça no sentido de que a Resolução da Diretoria Colegiada extrapola o Poder Regulamentar e ingressa no campo da ilegalidade ao impor restrições para a produção e comercialização de medicamentos de manipulação com dispensa de receita médica não previstas

nas leis 5.993/73 e 6.360/76. Configurada a ilegalidade do ato coator porque lastreado em resolução manifestamente ilegal, cabível a concessão da ordem pleiteada na inicial. Recurso provido."

"PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. Omissão e contradição inexistentes. Não conhecido o segundo recurso, desprovidos o primeiro e terceiro."

Inconformado, nas razões do recurso especial, o recorrente sustenta que violação aos artigos 43, 45, 62, 489, §1º, I a IV e 1.022, II, do CPC, 4º, 7º, inciso III, e 8º, §1º, inciso I, da Lei nº 9782/1999, 13, da Lei 5.991/73, 58, da Lei 6.360/76 e violação da RDC nº 67/2007. Afirma a existência de omissão no acórdão vergastado no que tange à necessidade de ponderação dos princípios constitucionais envolvidos no caso, a competência da ANVISA exercer a vigilância sanitária de medicamentos e à alegação de que a Resolução da Diretoria Colegiada nº 67/2007 não extrapola o poder normativo da ANVISA, tendo em vista que a autarquia baixou a Resolução com base na competência que lhe foi conferida. Argui a necessidade do envio dos autos à Justiça Federal para verificação do interesse da agência reguladora (ANVISA). Destaca que a jurisprudência do STJ reconhece a legalidade de resoluções editadas pela ANVISA a fim de regulamentar serviços que envolvam riscos à saúde pública. Alude que deve prevalecer a Resolução n.67/2007, que decorre do poder regulatório assegurado à ANVISA pela Lei nº9.782/99, como bem consignado no acórdão do TRF-2. Assevera que não é qualquer produto manipulado pela impetrante, ainda que não exija receita médica, que pode ser vendido em prateleira, e-commerce.

Nas razões do recurso extraordinário, o recorrente alega violação aos artigos 1º, IV, 2º, 37, 109, I e 170, 174 e 196, da CRFB. Sustenta que a decisão posta não poderia ser adotada pela Justiça Estadual, pois evidentemente que a ANVISA deveria participar do presente processo, considerando que a discussão central se relaciona ao seu poder normativo e técnico. Argumenta que a ANVISA atuou dentro de sua competência e poder normativo técnico constitucionalmente garantido. Aduz que o Supremo fixou o entendimento na ADI4874 de que a liberdade de iniciativa (arts. 1º, IV, e 170, caput, da Carta Magna) não impede a imposição, pelo Estado, de condições e limites para a exploração de atividades privadas tendo em vista

sua compatibilização com os demais princípios, garantias, direitos fundamentais e proteções constitucionais, individuais ou sociais.

Manifestação do Ministério Público, fls. 139/144, deixando de opinar quanto à admissibilidade dos recursos.

Contrarrazões apresentadas, às fls. 155/158 e 159/162.

É o brevíssimo relatório.

Cuida-se, na origem, de mandado de segurança impetrado contra ato praticado pelo Diretor(a) do Instituto Municipal de Vigilância Sanitária, Vigilância de Zoonoses e de Inspeção Agropecuária (IVISA - RIO), que vem impondo restrições ao exercício da atividade do impetrante. O Colegiado de origem deu provimento ao recurso de apelação, além de desprover os embargos de declaração interpostos pelas partes, nos termos dos acórdãos acima ementados.

Pois bem, consta da fundamentação do acórdão recorrido:

“Na hipótese, a ameaça de lesão decorre do entendimento adotado pelos Apelados com base na RDC nº 67/07 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária no sentido da impossibilidade de a Impetrante possuir estoque e expor ao público, com o objetivo de propaganda, publicidade ou promoção, produtos manipulados que dispensam prescrição médica. O tema não é novo, e E. Tribunal de Justiça já se manifestou em diversos julgados pelo vício de legalidade da RDC nº 67/07, que trata das Boas Práticas de Manipulação de Preparações Magistrais e Oficiais para Uso Humano em farmácias. Conforme entendimento consolidado nesta Alta Corte, a Resolução da Diretoria Colegiada da ANVISA extrapola o poder regulamentar ao impor restrições para a produção e comercialização de medicamentos de manipulação com dispensa de receita médica não previstas nas leis 5.993/73 e 6.360/76. (...) Configurada a ilegalidade do ato coator porque

lastreado em Resolução manifestamente ilegal, cabível a concessão da ordem pleiteada na inicial. ” (fl. 45)

I - Do Recurso Especial

O recurso não pode ser admitido no que concerne à alegação de ofensa aos **artigos 489, § 1º, e 1.022, parágrafo único, do Código de Processo Civil**, pois não se vislumbra na hipótese vertente que o acórdão recorrido padeça de qualquer dos vícios descritos nos citados dispositivos legais.

O órgão julgador apreciou adequadamente as teses suscitadas no processo e abordou as questões apresentadas pelas partes de forma suficiente a formar convencimento, observando assim o que determina o artigo 93, IX, da Constituição da República e, *a contrario sensu*, o artigo **489, §1º, do CPC**.

Observe-se que o colegiado se manifestou expressamente acerca dos temas necessários à integral solução da lide, não sendo legítimo confundir fundamentação sucinta com fundamentação deficiente apenas porque contrária aos interesses da parte. Nesse sentido:

*“AGRAVO INTERNO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AFRONTA AOS ARTS. 141 E 492 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL/2015. NÃO DEMONSTRAÇÃO. ENUNCIADO 284 DA SÚMULA. **OMISSÃO. NÃO CONFIGURAÇÃO.** ERRO DE CÁLCULO. VERIFICADO. PRECLUSÃO. NÃO OCORRÊNCIA. REVISÃO. INVIABILIDADE. NECESSIDADE DE REEXAME FÁTICO. SÚMULA 7/STJ. ENTENDIMENTO ADOTADO NESTA CORTE. VERBETES 83 E 568 DA SÚMULA DO STJ. NÃO PROVIMENTO. 1. Não havendo a devida demonstração de ofensa aos dispositivos legais apontados como violados, incidente o enunciado 284 da Súmula do STF. 2. O acórdão recorrido analisou todas as questões necessárias ao deslinde da controvérsia, não se configurando omissão alguma ou negativa de*

prestação jurisdicional. 3. Não cabe, em recurso especial, reexaminar matéria fático-probatória (Súmula n. 7/STJ). 4. O Tribunal de origem julgou nos moldes da jurisprudência pacífica desta Corte. Incidente, portanto, os enunciados 83 e 568 da Súmula do STJ. 5. Agravo interno a que se nega provimento". (AgInt nos EDcl no AREsp 1472560/RS - Relator(a) Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI - QUARTA TURMA - Data do Julgamento 04/02/2020 - Data da Publicação/Fonte DJe 18/02/2020).

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS C/C COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 489 E 1022 DO CPC/15. NÃO OCORRÊNCIA. 1. Ausentes os vícios do art. 1.022 do CPC/15, rejeitam-se os embargos de declaração. 2. Devidamente analisadas e discutidas as questões de mérito, e fundamentado corretamente o acórdão recorrido, de modo a esgotar a prestação jurisdicional, não há que se falar em violação do art. 489 do CPC/15. 3. Agravo interno não provido". (AgInt no AREsp 1576086/MG - Relator(a) Ministra NANCY ANDRIGHI - TERCEIRA TURMA - Data do Julgamento 16/12/2019 - Data da Publicação/Fonte DJe 18/12/2019).

Assevere-se que o mero inconformismo da parte não autoriza a reabertura do exame de matérias já apreciadas e julgadas, ou a introdução de questão nova, conforme já se manifestou o STJ:

"ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. INEXISTÊNCIA DE QUAISQUER DOS VÍCIOS DO ART. 1.022 DO CPC/2015. REDISCUSSÃO DE

QUESTÕES DECIDIDAS. IMPOSSIBILIDADE. CARÁTER PROTELATÓRIO EVIDENCIADO. MULTA DO ART. 1.026, § 2º, DO CPC/15. 1. De acordo com a norma prevista no art. 1.022 do CPC/15, são cabíveis embargos de declaração nas hipóteses de obscuridade, contradição, omissão ou correção de erro material da decisão recorrida. 2. Os segundos embargos de declaração servem ao saneamento do acórdão embargado, e não à revisão do anterior aresto proferido em sede de agravo regimental, com o qual não se conforma o embargante. 3. Embargos de declaração rejeitados com aplicação à parte embargante de multa de 2% sobre o valor atualizado da causa, nos termos do art. 1.026, § 2º, do CPC/2015". (EDcl nos EDcl no AgInt no AREsp 1258564/SP - Relator(a) Ministro SÉRGIO KUKINA - PRIMEIRA TURMA - Data do Julgamento 08/04/2019 - Data da Publicação/Fonte DJe 15/04/2019).

Da simples leitura do acórdão recorrido, percebe-se que os dispositivos invocados pelo recorrente não foram objeto de análise expressa pelo colegiado, sendo forçoso concluir pela ausência de preenchimento do requisito do prequestionamento.

Ademais, ainda que tivesse vislumbrado contrariedade aos dispositivos de legislação federal no acórdão recorrido, caberia ao recorrente manejar embargos de declaração com vistas ao prequestionamento. No entanto, ficou-se inerte.

Note-se que, nos embargos de declaração opostos a fls. 74/77, não foram mencionados os artigos 43, 45 e 62, do CPC, 4º, 7º, inciso III, e 8º, §1º, inciso I, da Lei nº 9782/1999, 13, da Lei 5.991/73, 58, da Lei 6.360/76.

De acordo com a jurisprudência do STJ, o oferecimento de embargos aclaratórios é indispensável à interposição do recurso especial quando a questão não tiver sido expressamente enfrentada pelo acórdão vergastado - admitindo-se, quando muito, que o recurso especial seja oferecido também com base em violação ao art. 1.022 do CPC nas hipóteses em que a câmara de origem, mesmo

instada a suprir a omissão, não corrigir o vício apontado (prequestionamento ficto).

“Extrai-se do acórdão recorrido que os dispositivos legais apontados como violados e as matérias a eles correlatas não foram objeto de apreciação pelo Tribunal de origem, nem sequer implicitamente. Desse modo, carece o tema do indispensável prequestionamento viabilizador do recurso especial, razão pela qual não merece ser apreciado. Aplicação do óbice fundado na Súmula 211 do STJ”. (STJ, 2ª Turma, AgInt no AREsp 1.052.744/RJ, Rel. Min. Og Fernandes, julg. 27/6/2017). Grifo nosso.

“Não se conhece do recurso especial em relação a questão que não foi tratada no acórdão regional recorrido, sobre a qual nem sequer foram apresentados embargos de declaração, ante a ausência do indispensável prequestionamento, atraindo, por analogia, o óbice dos enunciados n. 282 e n. 356 da Súmula do STF. Esta Corte não admite o prequestionamento ficto, ou seja, aquele segundo o qual, a oposição de Embargos de Declaração é suficiente ao suprimento do requisito do prequestionamento”. (STJ, 2ª Turma, AgInt no AREsp 958.998/SC, Rel. Min. Francisco Falcão, julg. 8/6/2017). Grifo nosso.

“Não tendo o acórdão hostilizado expendido qualquer juízo de valor sobre os arts. apontados como violados, a pretensão recursal esbarra em vício formal intransponível, qual seja, o da ausência de prequestionamento - requisito viabilizador da abertura desta instância especial -, atraindo o óbice da Súmula 282 do Supremo Tribunal Federal (“É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada”), na espécie. Na forma da jurisprudência, “a admissão de prequestionamento ficto

(art. 1.025 do CPC/2015), em recurso especial, exige que no mesmo recurso seja indicada violação ao art. 1.022 do CPC/2015, para que se possibilite ao Órgão julgador verificar a existência do vício inquinado ao acórdão, que uma vez constatado, poderá dar ensejo à supressão de grau facultada pelo dispositivo de lei" (STJ, REsp 1.639.314/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, DJe de 10/04/2017)". (STJ, 2ª Turma, AgInt no REsp 1.633.039/SC, Rel. Min. Assusete Magalhães, julg. 18/5/2017). Grifo nosso.

Com efeito, por não ter sido a questão federal invocada em nenhum momento anterior pelo recorrente, além de não terem sido opostos embargos de declaração visando o prequestionamento, a admissão do recurso esbarra nos verbetes 282 ("É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada") e 356 ("O ponto omissso da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento") da súmula da jurisprudência do STF, aplicável, por analogia, pelo STJ, conforme precedentes acima.

II - Do Recurso Extraordinário

Da simples leitura do acórdão recorrido, percebe-se que os dispositivos invocados pelo recorrente não foram objeto de análise expressa pelo colegiado, sendo forçoso concluir pela ausência de preenchimento do requisito do prequestionamento.

Ademais, ainda que tivesse vislumbrado contrariedade ao dispositivo de constitucional no acórdão recorrido, caberia ao recorrente manejar embargos de declaração com vistas ao prequestionamento. No entanto, quedou-se inerte.

Note-se que, nos embargos de declaração opostos às fls. 74/77 não foi mencionado os artigos 1º, IV, 2º, 37, 109, I e 170, 174 e 196, da CRFB.

De acordo com a jurisprudência dos Tribunais Superiores, o oferecimento de embargos aclaratórios é indispensável à interposição do recurso especial quando a questão não tiver sido expressamente enfrentada pelo acórdão vergastado – admitindo-se, quando muito, que o recurso especial seja oferecido também com base em violação ao art. 1.022 do CPC nas hipóteses em que a câmara de origem, mesmo instada a suprir a omissão, não corrigir o vício apontado (prequestionamento ficto).

Vejamos:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. TRANSFERÊNCIA ENTRE UNIVERSIDADES FEDERAIS. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. 1. Não tendo sido apreciada, pela instância a quo, a questão constitucional suscitada no recurso, impossível o seu exame por ausência de prequestionamento. Incidência das Súmulas STF nºs 282 e 356. 2. Agravo regimental improvido. (RE 445104 AgR, Relator(a): ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 14/06/2005, DJ 05-08-2005 PP-00106 EMENT VOL-02199-14 PP-02865)”

“Extrai-se do acórdão recorrido que os dispositivos legais apontados como violados e as matérias a eles correlatas não foram objeto de apreciação pelo Tribunal de origem, nem sequer implicitamente. Desse modo, carece o tema do indispensável prequestionamento viabilizador do recurso especial, razão pela qual não merece ser apreciado. Aplicação do óbice fundado na Súmula 211 do STJ”. (STJ, 2ª Turma, AgInt no AREsp 1.052.744/RJ, Rel. Min. Og Fernandes, julg. 27/6/2017). Grifo nosso.

“Não se conhece do recurso especial em relação a questão que não foi tratada no acórdão regional recorrido, sobre a qual nem sequer foram

apresentados embargos de declaração, ante a ausência do indispensável prequestionamento, atraindo, por analogia, o óbice dos enunciados n. 282 e n. 356 da Súmula do STF. Esta Corte não admite o prequestionamento ficto, ou seja, aquele segundo o qual, a oposição de Embargos de Declaração é suficiente ao suprimento do requisito do prequestionamento". (STJ, 2ª Turma, AgInt no AREsp 958.998/SC, Rel. Min. Francisco Falcão, julg. 8/6/2017). Grifo nosso.

Com efeito, por não ter sido a questão federal invocada em nenhum momento anterior pelo recorrente, além de não terem sido opostos embargos de declaração visando o prequestionamento, a admissão do recurso esbarra nos verbetes 282 ("É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada") e 356 ("O ponto omissso da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento") da súmula da jurisprudência do STF.

À vista do exposto, em estrita observância ao disposto no art. 1.030, V do Código de Processo Civil, **INADMITO** os recursos interpostos, nos termos da fundamentação supra.

Intime-se.

Rio de Janeiro, 21 de novembro de 2024.

Desembargador **MALDONADO DE CARVALHO**
Terceiro Vice-Presidente