



ACÓRDÃO N°.

PROCESSO N°: 0001628-08.2015.814.0301.

ÓRGÃO JULGADOR: 2ª TURMA DE DIREITO PÚBLICO.

RECURSO: APELAÇÃO CÍVEL.

COMARCA: BELÉM.

APELANTE: FARMÁCIA PERSONALE LTDA.

ADVOGADOS: OTAVIO AUGUSTO DA SILVA SAMPAIO MELO.

APELADO: ESTADO DO PARÁ.

PROCURADOR DO ESTADO: ARY LIMA CAVALCANTI.

PROCURADORA DE JUSTIÇA: TEREZA CRISTINA DE LIMA.

RELATORA: DESA. DIRACY NUNES ALVES.

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL NO MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO. COMERCIALIZAÇÃO DE MEDICAÇÃO DE FORMA REMOTA. RDC 44/2009-ANVISA. PEDIDO AUTÔNOMO DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA NORMA. WRIT CONTRA LEI EM TESE. VEDAÇÃO. TEMA 430 DOS RECURSOS REPETITIVOS (AGINT NO RMS 36.682/RJ). ENUNCIADO N° 266 DA SÚMULA DO STF. RESOLUÇÃO DA ANVISA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. ART. 109, I DA CF. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

1. A Constituição Federal, garante, no art. 5º, LXIX, a impetração do mandado de segurança "para proteger direito líquido e certo, não amparado por 'habeas-corpus' ou 'habeas-data', quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público". Regulamentando a Lei nº. 12.016/09, o cabimento do mandamus preventivo para evitar lesão a direito líquido e certo em virtude de ameaça concreta.

2. Não poderá o Mandado de Segurança ter pedido autônomo de declaração de inconstitucionalidade da norma, por se caracterizar mandado de segurança contra lei em tese. Entendimento já pacificado pelo STJ, através de Recurso Repetitivo, Tema nº. 430 (AgInt no RMS 36.682/RJ) e Enunciado da Súmula nº. 266 do STF.

3. Partindo-se do pressuposto de que as Resoluções das Agências Reguladoras são verdadeiros atos do Poder Executivo com força normativa e, como admitido pelo STF, serão passíveis de sofrer declaração de inconstitucionalidade através do controle concentrado ou do difuso.

4. Se se trata de uma Resolução publicada pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária, que é autarquia sob regime especial, vinculada ao Ministério da Saúde (art. 3º da Lei nº. 9.782/99), constituindo-se como autoridade coatora o seu Diretor-Presidente, caberia à Justiça Federal o julgamento do feito incidentalmente, nos termos do art. 109, I da CF.

ACÓRDÃO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Excelentíssimos Senhores Desembargadores componentes da 2ª Turma de Direito Público, à unanimidade, conheceram do recurso e lhe negaram provimento.

Plenário virtual com início em 30/09/2019 até 07/10/2019.

Belém, 07 de outubro de 2019.



DIRACY NUNES ALVES
DESEMBARGADORA-RELATORA

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. DESA. DIRACY NUNES ALVES (RELATORA): Trata-se de APELAÇÃO CÍVEL interposta pela FARMÁCIA PERSONALE LTDA, contra sentença prolatada pelo Juízo da 3ª Vara da Fazenda de Belém, nos autos do MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO, impetrado por si em face do CHEFE DA DIVISÃO DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA DE DROGAS E MEDICAMENTOS DO MUNICÍPIO DE BELÉM e o CHEFE DA DIVISÃO DE DROGAS E MEDICAMENTOS DO ESTADO DO PARÁ.

A exordial narra que a impetrante/apelante atua no ramo de farmácia de manipulação desde o ano de 1989, exercendo a sua atividade por meio de Autorização Especial de Funcionamento do Ministério da Saúde, expedido pelo Departamento de Vigilância Sanitária, tombada sobre o número 3.3279.

Explica que realiza a sua atividade em seu estabelecimento através do recebimento de receitas médicas para a então produção do medicamento e posterior entrega ao consumidor, podendo ser feita a comercialização da medicação de forma remota, ou seja, através de Fac-símile, telefone e internet.

Porém a ANVISA, através da RDC 44/2009, em seu art. 52, vedou a comercialização remota de medicamentos sujeitos a controle especial, maculando o livre exercício de sua atividade o que ensejou a impetração do presente mandamus em que requereu:

- a) A concessão de liminar para que as autoridades coatoras se abstenham de proceder qualquer procedimento fiscalizatório/autuação nos termos da RDC 44/09 da ANVISA.
- b) Em relação ao mérito, a concessão da segurança, confirmando os termos da liminar e declarada a inconstitucionalidade da RDC 44/09.

Apreciada a ação, a inicial foi indeferida, por se assemelhar o pleito a uma declaração de inconstitucionalidade, em consequência, o feito foi extinto sem a resolução do seu mérito, nos termos do art. 10 da Lei nº. 12.016/2009 c/c art. 295, parágrafo único, III e art. 267, I do CPC/73.

Inconformada, a impetrante apelou da sentença alegando que ao caso poderá ser impetrado o mandado de segurança preventivo, haja vista que a atuação da



Administração Pública Estadual e Municipal é de executar serviços de vigilância sanitária, o que torna iminente a possibilidade de lesão ou abuso de poder por partes das autoridades coatoras.

Quanto a impetração do writ contra lei em tese, também há de ser reformado o entendimento do julgador primevo, já que o pedido formulado é concreto.

Afirma a apelante que a ANVISA agiu fora do âmbito de sua competência, já que não existe previsão nas leis pátrias de restrição à venda de medicação de forma remota, caracterizando a referida restrição em uma prática abusiva, sendo mais uma proibição do que uma regulamentação, infringindo o princípio da legalidade.

Fala que a limitação imposta pela RDC 44/09, tratou de forma desigual as farmácias de manipulação e as abertas ao público, infringindo, mais uma vez, princípios da administração pública como a isonomia, razoabilidade e proporcionalidade.

Conclui, requerendo o conhecimento e o provimento do recurso, reformando na totalidade a sentença atacada.

Intimado, o Estado do Pará apresentou contrarrazões ao recurso (fls.59/68), em que alega, preliminarmente, a inexistência de direito líquido e certo, o que torna juridicamente impossível o pedido, sendo impetrado o mandamus contra lei em tese, o que é vedado pelo ordenamento jurídico pátrio, conforme o Enunciado da Súmula do STF nº. 266.

Como segunda preliminar, aponta o recorrido, a ilegitimidade passiva da autoridade coatora, já que o ato atacado é uma Resolução editada pelo Diretor Geral da ANVISA ligada ao Ministério da Saúde.

Quanto ao mérito, assevera que a restrição imposta é necessária para a proteção da sociedade como um todo, já que os medicamentos podem conter substâncias psicotrópicas e entorpecentes que causam efeitos colaterais graves e dependência física e psíquica, situação que exige um controle mais rigoroso das suas vendas.

Ao final, requer a manutenção da sentença de fls. 34/35.

Remetido os autos ao Ministério Público, o representante do Parquet se posicionou pelo conhecimento e não provimento do recurso (fls. 87/98).

À fl. 99, foi determinada a intimação do Município de Belém para que apresentasse contrarrazões ao recurso de apelação interposto.

Em resposta (fls. 100/103), o Município afirmou que ao caso não caberá a interposição de Mandado de Segurança, em razão da necessidade de dilação probatória para instruir o feito, sendo adequado ao caso o ajuizamento de uma ação de obrigação de fazer pelo rito ordinário. Deste modo, resta ausente os pressupostos necessários a válida constituição e prosseguimento do feito.

Também afirma que, não existe direito líquido e certo da autora a ser amparado através de mandado de segurança, já que não trouxe aos autos prova pré-constituída do direito alegado. É o relatório.

VOTO.

A EXMA. SRA. DESA. DIRACY NUNES ALVES (RELATORA): Trata-se na origem de um Mandado de Segurança Preventivo, impetrado em 15/12/2014, contra o Chefe da Divisão de Vigilância Sanitária de Drogas e Medicamentos do Município de Belém e o Chefe da Divisão de Drogas e Medicamentos do Estado do Pará, perante o Juízo da 3ª Vara da Fazenda de Belém, no qual se pleiteou:

1) a concessão de liminar para determinar que as Autoridades coatoras se abstivessem de proceder qualquer procedimento fiscalizatório/autuação em face da impetrante em razão da dispensação de medicamentos por vias remotas (internet, fac-símile, telefone, etc), com base na RDC 44/2009 da ANVISA, visto que a presente medida vai de encontro com os princípios constitucionais da



Legalidade, Isonomia, Razoabilidade e Proporcionalidade, assim como a Livre Iniciativa e a Livre Concorrência;

2) que seja ao final CONCEDIDA A SEGURANÇA, confirmando os termos da liminar, reconhecendo-se, através do controle difuso de constitucionalidade, a inconstitucionalidade da RDC 44/09 da ANVISA, garantindo ao Impetrante o direito de dispensar medicamentos por via remota e, por via de consequência, obstando as autoridades coatoras de proceder com qualquer autuação em face da Impetrante por esse motivo.

É fato que a Constituição Federal, garante, no art. 5º, LXIX, a impetração de mandado de segurança "para proteger direito líquido e certo, não amparado por 'habeas-corpus' ou 'habeas-data', quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público". Regulamentando a Lei nº. 12.016/09, o cabimento do mandamus preventivo para evitar lesão a direito líquido e certo em virtude de ameaça concreta. Nos exatos termos do art. 1º da referida lei:

Art. 1º Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça.

Todavia, não poderá o Mandado de Segurança ter pedido autônomo de declaração de inconstitucionalidade da norma, por se caracterizar mandado de segurança contra lei em tese.

Entendimento já pacificado pelo STJ, através de Recurso Repetitivo, Tema nº. 430 (AgInt no RMS 36.682/RJ):

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. ALÍQUOTA DE 25%. ENERGIA ELÉTRICA E SERVIÇOS DE TELECOMUNICAÇÕES. DECRETO ESTADUAL N. 27.427/00. MANDADO DE SEGURANÇA. IMPETRAÇÃO CONTRA LEI EM TESE. INADMISSIBILIDADE. SÚMULA 266/STF. RECURSO SUBMETIDO AO REGIME PREVISTO NO ARTIGO 543-C DO CPC.

1. Trata-se, na origem, de mandado de segurança impetrado contra o Secretário Estadual da Fazenda do Rio de Janeiro, visando a declaração de inconstitucionalidade dos incisos VI, n. 2 e VIII, n.

7, do art. 14, do Decreto n. 27.427/00, ao fundamento de que a alíquota de 25% do ICMS incidente nas operações relativas à aquisição de energia elétrica e serviços de telecomunicações fere os princípios da seletividade e essencialidade.

2. Nas razões do apelo especial, a Fazenda Estadual alega inviabilidade de impetração de mandamus contra lei em tese; ilegitimidade passiva e ativa das partes e violação dos arts. 535, 480 e 481 do CPC.

3. No pertinente a impetração de ação mandamental contra lei em tese, a jurisprudência desta Corte Superior embora reconheça a possibilidade de mandado de segurança invocar a inconstitucionalidade da norma como fundamento para o pedido, não admite que a declaração de inconstitucionalidade, constitua, ela própria, pedido autônomo, tal como aqui formulado na inicial. Precedentes: RMS 21.271/PA, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ 11/9/2006; RMS 32.022/RJ, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 20/08/2010; AgRg no REsp 855.223/RJ, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe 04/05/2010; RMS 24.719/PR, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, DJe de 6/8/2009.

4. Assim, à míngua de pedido expresso a respeito da declaração de inconstitucionalidade do ato apontado como coator, deve prevalecer o entendimento de que o presente mandado de segurança voltando-se contra lei em tese, o que é obstado pelo entendimento da Súmula n. 266 do STF. Prejudicadas as demais questões suscitadas.

5. Recurso afetado à Seção, por ser representativo de controvérsia, submetido a regime do artigo 543-C do CPC e da Resolução 8/STJ.

6. Recurso especial provido.

(REsp 1119872/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em



13/10/2010, DJe 20/10/2010)

Deste modo, como citado na ementa do julgado alhures, deverá ser aplicado o Enunciado da Súmula nº. 266 do STF, a qual dispõe:

Súmula 266

Não cabe mandado de segurança contra lei em tese.

Assim, conclui-se, que embora seja reconhecida a possibilidade em se declarar a inconstitucionalidade da norma em sede de mandado de segurança, não será admitido como pedido autônomo.

Constituindo-se como causa de pedir a Declaração de Inconstitucionalidade da Resolução da Diretoria Colegiada-RDC nº.44/2009- ANVISA, o que não é possível através de Mandado de Segurança.

Ademais, partindo-se do pressuposto de que as Resoluções das Agências Reguladoras são verdadeiros atos do Poder Executivo com força normativa e, como admitido pelo STF, serão passíveis de sofrer declaração de inconstitucionalidade através do controle concentrado ou do difuso.

Logo, se se trata de uma Resolução publicada pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária, que é autarquia sob regime especial, vinculada ao Ministério da Saúde (art. 3º da Lei nº. 9.782/99), constituindo-se como autoridade coatora o seu Diretor-Presidente, caberia à Justiça Federal o julgamento do feito incidentalmente, nos termos do art. 109, I da CF. In verbis:

Art. 3º Fica criada a Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA, autarquia sob regime especial, vinculada ao Ministério da Saúde, com sede e foro no Distrito Federal, prazo de duração indeterminado e atuação em todo território nacional. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.039-24, de 2000) (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.190-34, de 2001)

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho;

Nesses termos, como a competência para o processamento e julgamento do pedido incidental de inconstitucionalidade no mandado de segurança, se define pela natureza da autoridade que pratica a conduta comissiva, que no caso seria a RDC nº.44/2009, caberia a sua impetração na Justiça Federal e em Brasília/DF, local que sedia o Diretor-Geral da ANVISA (art. 3º da Lei nº. 9.782/99).

Ante ao exposto, CONHEÇO E NEGÓ PROVIMENTO ao recurso de apelação, mantendo a sentença em todos os seus termos.

É como voto.

DIRACY NUNES ALVES
DESEMBARGADORA-RELATORA