



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 25.302 - SP (2011/0091880-6)

RELATOR : MINISTRO HERMAN BENJAMIN
AGRAVANTE : DROGARIA SÃO PAULO COMERCIAL S/A
ADVOGADO : SANDRA MARA BERTONI BOLANHO E OUTRO(S)
AGRAVADO : MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : CARLOS TADEU GAGLIARDI E OUTRO(S)

EMENTA

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. LEI 5.991/1973. DROGARIA. COMERCIALIZAÇÃO DE ALIMENTOS. IMPOSSIBILIDADE. ANÁLISE DE LEI LOCAL. INVIABILIDADE. INCIDÊNCIA, POR ANALOGIA, DA SÚMULA 280/STF.

1. Inexiste na Lei 5.991/1973 previsão que autorize farmácias e drogarias a comercializarem produtos diversos dos medicamentos.
2. "Por ofensa a direito local não cabe recurso extraordinário." – Súmula 280/STF.
3. Agravo Regimental não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça: "A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, sem destaque." Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Castro Meira e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator.

Não participou, justificadamente, do julgamento o Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha.

Brasília, 03 de novembro de 2011(data do julgamento).

MINISTRO HERMAN BENJAMIN
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 25.302 - SP (2011/0091880-6)

RELATOR : **MINISTRO HERMAN BENJAMIN**
AGRAVANTE : DROGARIA SÃO PAULO COMERCIAL S/A
ADVOGADO : SANDRA MARA BERTONI BOLANHO E OUTRO(S)
AGRAVADO : MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : CARLOS TADEU GAGLIARDI E OUTRO(S)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Cuida-se de Agravo Regimental interposto contra decisão que negou provimento ao Agravo de Instrumento, com base na jurisprudência do STJ sobre o tema - fls. 270-274, e-STJ.

A parte agravante sustenta que (fl. 299, e-STJ):

verifica-se que a Lei Federal é expressa ao permitir no parágrafo 1º do artigo 5º a venda dos produtos relacionados na Notificação que originou a presente ação, repita-se, leite em pó, papinhas infantis, balas, mel, água, energizantes, chás e óculos (lunetas), pois são todos produtos relacionados a dietas especiais, produtos dietéticos e ligados a saúde individual e constam expressamente da definição de correlatos dada pela Lei 5.991/73.

(...)

Com relação aos demais produtos, deixou a r. Decisão recorrida de considerar que a venda de tais produtos é permitida por força de lei estadual.

Em 25 de junho de 2007 foi promulgada a Lei 12623/07, que disciplina o comércio de artigos de conveniência em farmácias e drogarias.

Pleiteia a reconsideração do *decisum* agravado ou a submissão do recurso à Turma julgadora.

É o **relatório**.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 25.302 - SP (2011/0091880-6)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Os autos foram recebidos neste Gabinete em 19.10.2011.

Inicialmente, com relação à alegada violação da legislação estadual (Lei 12.623/07 do Estado de São Paulo), registre-se que a sua análise é obstada em Recurso Especial, por analogia, nos termos da Súmula 280/STF: "Por ofensa a direito local não cabe Recurso Extraordinário."

Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. APLICAÇÃO DAS SÚMULAS 282 E 356/STF. OFENSA AO ARTIGO 535 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. OMISSÃO MANIFESTA. AUSÊNCIA. CONCLUSÃO LÓGICO-SISTEMÁTICA DO DECISUM. PRECEDENTES. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. LEI LOCAL. SÚMULA 280/STF. AGRADO INTERNO DESPROVIDO.

(...)

IV - O manejo do recurso especial reclama violação ao texto infraconstitucional federal, sendo defeso ao Superior Tribunal de Justiça reexaminar a aplicação de legislação local, a teor do verbete Sumular 280/STF.

V- Agrado interno desprovido.

(AgRg no Ag 715.367/SP, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 21/02/2006, DJ 13/03/2006 p. 361).

No tocante ao mérito, destaco que a Lei 5.991, de 17 de dezembro de 1973, que disciplina, entre outras providências, o controle sanitário do comércio de drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos, dispõe:

Art. 1º - O controle sanitário do comércio de drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos, em todo o território nacional, rege-se por esta Lei.

Art. 2º - As disposições desta Lei abrangem as unidades congêneres que integram o serviço público civil e militar da administração direta e indireta, da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios e demais entidades paraestatais, no que concerne aos conceitos, definições e responsabilidade técnica.

(...)

Art. 4º - Para efeitos desta Lei, são adotados os seguintes



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

conceitos:

I - Droga - substância ou matéria-prima que tenha a finalidade medicamentosa ou sanitária;

II - Medicamento - produto farmacêutico, tecnicamente obtido ou elaborado, com finalidade profilática, curativa, paliativa ou para fins de diagnóstico;

III - Insumo Farmacêutico - droga ou matéria-prima aditiva ou complementar de qualquer natureza, destinada a emprego em medicamentos, quando for o caso, e seus recipientes;

IV - Correlato - a substância, produto, aparelho ou acessório não enquadrado nos conceitos anteriores, cujo uso ou aplicação esteja ligado à defesa e proteção da saúde individual ou coletiva, à higiene pessoal ou de ambientes, ou a fins diagnósticos e analíticos, os cosméticos e perfumes, e, ainda, os produtos dietéticos, óticos, de acústica médica, odontológicos e veterinários;

(...)

IX - Estabelecimento - unidade da empresa destinada ao comércio de drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos;

X - Farmácia - estabelecimento de manipulação de fórmulas magistrais e oficiais, de comércio de drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos, compreendendo o de dispensação e o de atendimento privativo de unidade hospitalar ou de qualquer outra equivalente de assistência médica;

XI - Drogaria - estabelecimento de dispensação e comércio de drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos em suas embalagens originais;

(...)

XX - Loja de conveniência e 'drugstore' - estabelecimento que, mediante auto-serviço ou não, comercializa diversas mercadorias, com ênfase para aquelas de primeira necessidade, dentre as quais alimentos em geral, produtos de higiene e limpeza e apetrechos domésticos, podendo funcionar em qualquer período do dia e da noite, inclusive nos domingos e feriados; (Redação dada pela Lei nº 9.069, de 29/06/95). (grifou-se)

Da leitura e análise desses conceitos legais, conclui-se:

(I) os alimentos não se enquadram no conceito de produtos correlatos, seja porque não estão relacionados à defesa e proteção da saúde individual/coletiva, à higiene pessoal ou de ambientes, seja porque não são utilizados para fins diagnósticos/analíticos, tampouco podem ser considerados produtos dietéticos, óticos, de acústica médica, odontológicos e veterinários;

(II) não obstante as características próprias que distinguem as drogarias das farmácias, esses estabelecimentos identificam-se pelo fato de que só estão legalmente



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

autorizados a comercializar drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos;

(III) a loja de conveniência e *drugstore* pode comercializar diversas mercadorias, com ênfase para aquelas de primeira necessidade, como alimentos em geral, produtos de higiene e limpeza e utensílios domésticos.

O Tribunal *a quo*, como visto, entendeu que inexistente proibição legal expressa, além do que esse comércio atende ao interesse público, em razão da praticidade que proporciona ao consumidor.

Esse entendimento, salvo melhor juízo, não procede, porquanto desrespeita o princípio constitucional da legalidade (CF/88, art. 37, *caput*), que norteia a atuação do administrador público.

A Lei 5.991/73 estabelece, textualmente, que: (I) "o comércio de drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos somente poderá ser exercido por empresas e estabelecimentos licenciados pelo órgão sanitário competente" (art. 21); (II) "a dependência da farmácia ou drogaria não pode ser utilizada como consultório ou para fim diverso daquele previsto na licença" (art. 55).

A licença, por sua vez, constitui ato administrativo unilateral e vinculado, tendo em vista que a sua concessão está subordinada ao preenchimento, pelo interessado, dos requisitos previstos na legislação de regência da matéria. Nesse sentido: Hely Lopes Meirelles (**Direito Administrativo Brasileiro**, 26ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 179) e Maria Sylvia Zanella Di Pietro (**Direito Administrativo**, 13ª ed., São Paulo: Atlas, 2001, p. 212).

Desse modo, considerando-se, de um lado, o pressuposto de que a licença para funcionamento de farmácia e drogaria constitui ato de natureza vinculada e, de outro, que é vedada a utilização das dependências desses estabelecimentos para fim diverso do licenciamento, conclui-se, por raciocínio lógico-dedutivo, não haver plausibilidade jurídica da utilização desses estabelecimentos para vender alimentos ou utilitários domésticos, atividade característica das lojas de conveniência.

Não se aplica, nesse passo, a regra de hermenêutica, segundo a qual o que não é expressamente proibido é permitido, uma vez que a questão em discussão diz respeito à



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

saúde pública e, por conseguinte, tem relevante repercussão social, devendo, por isso, obedecer ao regime de direito estrito, orientado pelo princípio da legalidade.

Nesse sentido, os seguintes precedentes:

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. LEIS N. 5.991/73 E 6.360/76. DROGARIA. COMERCIALIZAÇÃO DE ALIMENTOS. IMPOSSIBILIDADE.

1. Inexiste, nas Leis n. 5.991/73 e 6.360/76, previsão que autorize as farmácias e drogarias a comercializarem produtos diversos dos medicamentos.

2. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AG nº 299627/SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 13/09/2004)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. ATO ADMINISTRATIVO. EXPEDIÇÃO DE LICENÇA. DROGARIAS E FARMÁCIAS. VENDA DE PRODUTOS ESTRANHOS ÀS SUAS ATIVIDADES. AUSÊNCIA DE REGULAMENTAÇÃO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO.

1. (...)

2. O Direito Administrativo é regido, dentre outros, pelo princípio da legalidade, por isso que o particular somente pode atuar secundum legis. Sob esse enfoque, não havendo lei que abarque a pretensão da recorrente, não há como acolher a tese de que a norma 5.991/73 não proíbe a comercialização de outras mercadorias alheias à área de medicamento.

3. A Corte, ao revés, já assentou que: 'Inexistente a regulamentação requerida - quer pela Lei n. 5991/73 ou pela Lei n. 6360/76 - no âmbito do Estado de São Paulo, a proteger o direito alegado pela impetrante, nesta ação mandamental, não pode o Estado-juiz inovar, por meio de uma interpretação extensiva, de todo descabida no campo da Administração Pública, em verdadeira atividade legislativa, nem mesmo substituir-se à Administração, para determinar o expedir de licença, sem observância a qualquer requisito ou exigência legal, necessários ao proteger dos cidadãos, quanto a aspectos de higiene e saúde. Sendo a licença ato administrativo vinculado, somente quando do cumprimento das exigências legais é que não pode a Administração deixar de concedê-la, hipótese em que o Judiciário poderia, por óbvio, determinar a sua expedição. A questão jurídica relevante, in casu, não é, pois, de forma alguma, a possibilidade de farmácias e drogarias comercializarem outros produtos que não medicamentos. Esta é inconteste. O que importa, todavia, é a ausência de respaldo normativo, a tornar líquido e certo o direito das impetrantes de exercerem o comércio de produtos diversos, inclusive de limpeza de ambiente, em meio a medicamentos, e sem a satisfação de qualquer requisito, como decidido pela Corte Paulista' (REsp. 341.386/SP, Rel. Min. PAULO MEDINA, DJ 08.10.2002).

4. Outrossim, é assente na doutrina que a licença 'é ato vinculado, unilateral, pelo qual a Administração faculta a alguém o exercício de uma



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

atividade, uma vez demonstrado pelo interessado o preenchimento dos requisitos legais exigidos' (in Celso Antônio Bandeira de Mello, Curso de Direito Administrativo, Ed. Malheiros, 17ª Edição, pág. 402), por isto que irrepreensível a conduta da autoridade impetrada para cessar a venda dos produtos estranhos a atividade da recorrente, em vista a ausência de regulação estatal.

5. Deveras, o § 1º do artigo 5º na sua exegese dispõe acerca dos produtos os quais podem valer-se as drogarias para a comercialização, verbis:

'O comércio de drogas, medicamentos e de insumos farmacêuticos é privativo das empresas e dos estabelecimentos definidos nesta Lei. § 1º - O comércio de determinados correlatos, tais como, aparelhos e acessórios, produtos utilizados para fins diagnósticos e analíticos, odontológicos, veterinários, de higiene pessoal ou de ambiente, cosméticos e perfumes, exercido por estabelecimentos especializados, poderá ser extensivo às farmácias e drogarias, observado o disposto em lei federal e na supletiva dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.'

6. Ademais, o § 1º, do art. 5º, da Lei 5.991/73 condiciona a autorização para comercialização de determinados correlatos, à regulamentação por meio de lei federal e a supletivamente por normas dos Estados, Distrito Federal e dos Territórios.

7. Inexistindo no Estado de São Paulo regulamentação necessária à venda dos produtos estranhos à atividade da recorrente, resta evidente a ausência de direito líquido e certo a ser tutelado nesta via mandamental, sendo certo também que descabe ao Judiciário, em flagrante interpretação extensiva da norma, determinar a expedição de alvará para satisfazer o pleito da recorrente, sob a mesma argumentação, ou seja, ante a ausência de regulamentação legal para tanto, sob a ótica do princípio da legalidade.

8. A Primeira Turma, sob o pálio do princípio da legalidade, decidiu causa análoga ao assentar:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AUTORIZAÇÃO PARA COMERCIALIZAÇÃO DE MEDICAMENTOS. SUPERMERCADOS.

I - De acordo com a Lei nº 5.991/73, que regula o comércio de medicamentos, somente as farmácias, drogarias, postos de medicamentos e unidades volantes e dispensários de medicamentos estão autorizados a comercializar estes produtos.

II - Os supermercados, por conseguinte, não estão incluídos no rol numerus clausus da referida lei.

III - A Medida Provisória nº 542/94 concedeu autorização aos supermercados para o aludido comércio, mas, ao ser convertida na Lei nº 9.069/95, suprimiu de seu texto a autorização para os supermercados comercializarem medicamentos.

IV - Recurso especial improvido (REsp. 272.736 - SE, Relator Ministro FRANCISCO FALCÃO, 1ª Turma, DJ 27 de junho de 2005).

9. Recurso Especial conhecido e desprovido.

(REsp nº 745358/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 20/02/2006)

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AUTORIZAÇÃO PARA COMERCIALIZAÇÃO DE MEDICAMENTOS.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SUPERMERCADOS.

I - De acordo com a Lei nº 5.991/73, que regula o comércio de medicamentos, somente as farmácias, drogarias, postos de medicamentos e unidades volantes e dispensários de medicamentos estão autorizados a comercializar estes produtos.

II - Os supermercados, por conseguinte, não estão incluídos no rol *numerus clausus* da referida lei.

III - A Medida Provisória nº 542/94 concedeu autorização aos supermercados para o aludido comércio, mas, ao ser convertida na Lei nº 9.069/95, suprimiu de seu texto a autorização para os supermercados comercializarem medicamentos.

IV - Recurso especial improvido.

(REsp nº 272736/SE, 1ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 27/06/2005)

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. EXPEDIÇÃO DE LICENÇA. ATO VINCULADO. DROGARIAS E FARMÁCIAS. COMERCIALIZAÇÃO DOS PRODUTOS ELENCADOS NO ART. 5º, §1º, DA LEI N. 5991/73. OBSERVÂNCIA DA LEI N. 6360/76. NECESSIDADE DE REGULAMENTAÇÃO. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. SEGURANÇA CASSADA.

- Inexistente a regulamentação requerida - quer pela Lei n. 5991/73 ou pela Lei n. 6360/76 - no âmbito do Estado de São Paulo, a proteger o direito alegado pela impetrante, nesta ação mandamental, não pode o Estado-juiz inovar, por meio de uma interpretação extensiva, de todo descabida no campo da Administração Pública, em verdadeira atividade legislativa, nem mesmo substituir-se à Administração, para determinar o expedir de licença, sem observância a qualquer requisito ou exigência legal, necessários ao proteger dos cidadãos, quanto a aspectos de higiene e saúde.

- Sendo a licença ato administrativo vinculado, somente quando do cumprimento das exigências legais é que não pode a Administração deixar de concedê-la, hipótese em que o Judiciário poderia, por óbvio, determinar a sua expedição.

- A questão jurídica relevante, *in casu*, não é, pois, de forma alguma, a possibilidade de farmácias e drogarias comercializarem outros produtos que não medicamentos. Esta é inconteste. O que importa, todavia, é a ausência de respaldo normativo, a tornar líquido e certo o direito das impetrantes de exercerem o comércio de produtos diversos, inclusive de limpeza de ambiente, em meio a medicamentos, e sem a satisfação de qualquer requisito, como decidido pela Corte Paulista.

- Recurso especial conhecido e provido. Segurança cassada.

(REsp nº 341386/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Paulo Medina, DJ de 11/11/2002)

Ausente a comprovação da necessidade de retificação a ser promovida na



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

decisão agravada, proferida com fundamentos suficientes e em consonância com entendimento pacífico deste Tribunal, não há prover o Agravo Regimental que contra ela se insurge.

Por tudo isso, **nego provimento ao Agravo Regimental.**

É como **voto.**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2011/0091880-6

AgRg no
AREsp 25.302 / SP

Números Origem: 384151112009 53086079266 6079262008 994093841518

PAUTA: 03/11/2011

JULGADO: 03/11/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HERMAN BENJAMIN**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **HERMAN BENJAMIN**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **CARLOS EDUARDO DE OLIVEIRA VASCONCELOS**

Secretária

Bela. **VALÉRIA ALVIM DUSI**

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : CARLOS TADEU GAGLIARDI E OUTRO(S)
AGRAVADO : DROGARIA SÃO PAULO COMERCIAL S/A
ADVOGADO : SANDRA MARA BERTONI BOLANHO E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO - Atos
Administrativos - Licenças - Comercialização e/ou Utilização sem Restrições de
Medicamentos

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : DROGARIA SÃO PAULO COMERCIAL S/A
ADVOGADO : SANDRA MARA BERTONI BOLANHO E OUTRO(S)
AGRAVADO : MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : CARLOS TADEU GAGLIARDI E OUTRO(S)

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, sem destaque."

Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Castro Meira e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator.

Não participou, justificadamente, do julgamento o Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha.