

**AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.242.709 - RJ (2018/0024932-6)**

AGRAVANTE : HYPERA S/A INCORPORADOR DO  
- : MANTECORP INDÚSTRIA QUÍMICA E FARMACÊUTICA  
S.A  
ADVOGADOS : NATANAEL MARTINS E OUTRO(S) - SP060723  
MÁRIO JUNQUEIRA FRANCO JÚNIOR - SP140284  
THIAGO DECOLO BRESSAN - SP314232  
EDUARDO COLETTI - SP315256  
AGRAVADO : FAZENDA NACIONAL

**DECISÃO**

Trata-se de agravo interposto pela Hypera S/A, contra decisão que inadmitiu o recurso especial fundado no art. 105, III, *a*, da Constituição Federal, objetivando reformar o acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região, assim ementado:

TRIBUTÁRIO - CLASSIFICAÇÃO NA TIPI -  
ENQUADRAMENTO COMO MEDICAMENTO OU COSMÉTICO -  
DIVERGÊNCIA INTERPRETATIVA ENTRE MINISTÉRIO DA SAÚDE E  
RECEITA FEDERAL - REGRAS DE INTERPRETAÇÃO.

1. O magistrado sentenciante observou que o pedido da parte fora circunscrito ao enquadramento na posição NCM 30.03.90.49 para fins de tratamento tarifário, sendo certo que tal posição não se adequaria ao produto a retalho comercializado pela apelante, restrito que é a vendas a granel.

2. Houve, efetivamente, erro da parte apelante ao circunscrever o pedido. O código indicado na inicial, efetivamente, não poderia servir ao enquadramento dos produtos comercializados a retalho. Contudo, o erro não se mostra essencial, posto que toda a fundamentação da inicial e a discussão nos autos foi travada acerca do enquadramento do produto "Solarcaine" como cosmético ou como medicamento e não, propriamente, acerca do código adequado.

3. Qualquer que seja o conceito, privado ou público do que venha a ser caracterizado como "medicamento" ou "cosmético", os respectivos efeitos tributários serão dados pelo Fisco, na forma do art. 109 do CTN.

4. O laudo em que se baseou a Receita Federal para enquadrar o produto como cosmético afirma que a "Solarcaine", além de provocar o rápido alívio da dor provocada por pequenas queimaduras solares, possui função emoliente e protetora da pele e mucosas. Os efeitos pretendidos e descritos nas bulas não constituem efeito exclusivo da benzocaína. A sensação de alívio também é decorrente do emprego de óleo mineral, álcool, mentol e cânfora. A posição na tabela TIPI mostra-se perfeitamente compatível, uma vez que admite a presença de elementos fármacos (como a benzocaína). As Notas Explicativas do Sistema Harmonizado - NESH é textual ao estabelecer que os produtos devem permanecer na classificação proposta "mesmo que contenham, acessoriamente, determinadas substâncias empregadas em farmácia (...) e mesmo que possuam, acessoriamente, propriedades terapêuticas ou profiláticas".

5. Honorários advocatícios reduzidos para cinco mil reais, diante da

complexidade e circunstâncias da causa e da incidência dos princípios da isonomia e equidade.

6. Recurso parcialmente provido.

Na origem, foi ajuizada demanda que visava à declaração do direito de classificar o produto "Solarcaine" em posição de medicamento e de obter a repetição do indébito decorrente da redução da alíquota de IPI em virtude da desclassificação pretendida, tendo sido o pedido julgado improcedente, sob o fundamento de que a classificação referida não é própria às vendas a retalho, como pretendida pela recorrente, senão para vendas a granel, em sentença apelada que foi mantida pelo Tribunal de origem, em conformidade com a ementa acima transcrita.

Os embargos de declaração interpostos foram improvidos.

No recurso especial, a recorrente aponta a violação do art. 535 do CPC/1973, sustentando, em resumo, que, não obstante a interposição dos declaratórios, o Tribunal de origem não apreciou: "i) conclusões do laudo pericial e valoração das provas (art. 131, CPC); (ii) o impacto da classificação do "Solarcaine" realizada pelo Ministério da Saúde e os efeitos tributários, a teor dos artigos 109 e 110, CTN e ainda (iii) as Regras Gerais de Interpretação da TIPI, aprovada pelo Decreto 4.070/2001 (atualmente Decreto 7.660/2011)" (fl. 844), deixando de sopesar o caráter terapêutico ou profilático do produto.

Indica, ainda, a ofensa ao art. 131 do CPC/1973, aduzindo, em resumo, que o Tribunal de origem desconsiderou todas as provas carreadas aos autos, que concluíram que o "Solarcaine" é um medicamento, sendo que foi utilizado unicamente o entendimento da Receita Federal do Brasil para classificá-lo como cosmético.

Acusa, por fim, a afronta ao art. 109 e 110, ambos do CTN, sustentando, em síntese, que o Tribunal de origem não poderia ter conferido efeitos tributários à classificação do "Solarcaine" para fins de incidência do IPI dada pelo Fisco e não pela lei tributária, alterando a definição, conteúdo e alcance dos institutos de direito privado.

Apresentadas contrarrazões pela manutenção do acórdão recorrido.

O recurso especial foi inadmitido com base no Enunciado Sumular n. 7/STJ.

No presente agravo, a recorrente apresenta argumentos objetivando rebater os fundamentos apresentados pelo julgador.

É o relatório. Decido.

Considerando que a agravante, além de atender aos demais pressupostos de admissibilidade deste agravo, logrou impugnar a fundamentação da decisão agravada, passo ao exame do recurso especial interposto.

Em relação à indicada violação do art. 535 do CPC/1973 pelo Tribunal *a quo*, não se vislumbra a alegada omissão da questão jurídica apresentada pelo recorrente, qual seja, em suma, a apreciação do caráter terapêutico ou profilático do produto, tendo o julgador abordado a questão às fls. 808/812, apreciando a questão do enquadramento do "Solcarcaine" na tabela TIPI (se "medicamento" ou "cosmético"), segundo as provas acostadas aos autos.

Nesse panorama, a oposição dos embargos declaratórios caracterizou, tão somente, a irresignação da embargante diante de decisão contrária a seus interesses, o que não viabiliza o referido recurso.

Descaracterizada a alegada omissão, tem-se de rigor o afastamento da suposta violação do art. 535 do CPC/1973, conforme pacífica jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. GREVE. DESCONTOS DOS DIAS PARADOS. CABIMENTO, SALVO SE HOUVER ACORDO DE COMPENSAÇÃO DO TRABALHO.

1. No que se refere à alegada afronta ao disposto no art. 535, inciso II, do CPC/1973, verifico que o julgado recorrido não padece de omissão, porquanto decidiu fundamentadamente a questão trazida à sua análise, não podendo ser considerado nulo tão somente porque contrário aos interesses da parte.

2. É entendimento consolidado no âmbito do STJ que é legítimo o ato da Administração que promove o desconto dos dias não trabalhados pelos servidores públicos participantes de movimento grevista, diante da suspensão do contrato de trabalho, nos termos da Lei 8.112/1990, salvo a existência de acordo entre as partes para que haja compensação dos dias paralisados. Ressalta-se que não consta nos autos que foi feita compensação dos dias parados.

3. Recurso Especial não provido. (REsp 1.616.801/AP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/8/2016, DJe 13/9/2016).

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO N. 03/STJ. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535, II, DO CPC/1973. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 211/STJ. LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO. ART. 47 DO CPC/1973. INVERSÃO DO JULGADO. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVAS. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

1. Inexiste violação ao art. 535 do CPC/1973, quando não se vislumbra omissão, obscuridade ou contradição no acórdão recorrido capaz de torná-lo nulo, especialmente se o Tribunal *a quo* apreciou a demanda em toda a sua extensão, fazendo-o de forma clara e precisa, estando bem delineados os motivos e fundamentos que a embasam.

2. Não se conhece da violação a dispositivos infraconstitucionais

quando a questão não foi enfrentada pelo acórdão recorrido, carecendo o recurso especial do necessário prequestionamento (Súmula 211/STJ), sobretudo quando a parte, mesmo opondo embargos de declaração na origem, não suscitou a omissão na análise dos referidos aspectos.

3. Infirmar a conclusão alcançada pela Corte de origem, quanto a existência de litisconsórcio necessário tão somente em relação a duas candidatas, que foram lotadas na localidade onde pretendem as agravadas lotação, considerando, para tanto, os limites da sentença de primeiro grau, pressupõe o cotejo da referida sentença com o conjunto probatório do feito, o que é inviável em sede de recurso especial, nos termos da Súmula 7 do STJ. Nesse sentido: AgRg no Ag 1403108/PR, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 24/11/2015, DJe 10/12/2015.

4. Agravo interno não provido. (AgInt no REsp 1.592.075/PE, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/8/2016, DJe 26/8/2016).

Sobre a apontada ofensa aos arts. 131 do CPC/1973, bem assim 109 e 110, ambos do CTN, o recurso não comporta seguimento.

Verifica-se que a irresignação da recorrente acerca da devida apreciação das provas dos autos e da correta classificação do fármaco na tabela TIPI em razão do seu caráter terapêutico ou profilático vai de encontro às convicções do julgador *a quo*, que, com lastro no conjunto probatório constante dos autos, decidiu que os efeitos médicos pretendidos pelo produto não são exclusivos da benzocaína e que a posição na tabela TIPI como cosmético mostra-se compatível, ainda que tenha finalidades terapêuticas não exclusivas de medicamentos, conforme se pode verificar do seguinte excerto do acórdão recorrido:

2. No que concerne especificamente à controvérsia dos autos, cinge-se a definir se o produto comercializado pela apelante, denominado de "Solcarcaine" deve enquadrar-se, para sujeição às alíquotas de IPI, em posições próprias de "medicamentos" ou de "cosméticos".

Em socorro da primeira tese, tem-se o fato do Ministério da Saúde ter negado o registro do produto como cosmético (fl. 53), por conter ingrediente ativo da substância "benzocaína", e ter orientado a parte a registrá-lo como medicamento (fl. 58). Também parece levar a mesma conclusão o laudo pericial produzido em Juízo, que afirma que o produto não é indicado em pele íntegra (fl. 441).

A parte apelante socorre-se, ainda, de regras interpretativas, notadamente à partir de fls. 543 de suas razões recursais. Todavia, acima de ditas normas e regras - e diante da controvérsia interpretativa instaurada entre o Ministério da Saúde e a Receita Federal - mister socorrer-se da norma superior, de natureza complementar, que sobre as mesmas se impõe: o artigo 109 do CTN.

Embora o dispositivo refira-se unicamente ao direito privado, certo que os institutos de direito público também sofrem a mesma limitação. Em outras palavras, a definição dos efeitos tributários cabe à autoridade fiscal, e não a outros órgãos ou institutos. Dito isto, têm-se que qualquer que seja o conceito, privado ou público do que venha a ser caracterizado como "medicamento" ou "cosmético", os respectivos efeitos tributários serão dados

pelo Fisco. A última palavra acerca do enquadramento tributário será do Fisco, independentemente da classificação pretendida pelo Ministério da Saúde.

Note-se que o próprio apelante não discrepa desse raciocínio.

Tanto assim que, ao pretender registrar o produto "Solarcaïne", propôs, originariamente, ao Ministério da Saúde, registrá-lo como "cosmético". Apenas e tão somente após a recusa do indigitado órgão proceder ao registro naquela classificação, a parte formulou o pedido de registro como "medicamento". Ou seja, sempre interessou à parte apelante o registro como "cosmético", o que é indicativo de que a interpretação dada pela Receita Federal não é tão esdrúxula como afirma.

De todo modo, ainda que a definição e amplitude dos efeitos tributários caiba, privativamente, à autoridade fiscal, isso não significa dizer que poderá agir com discricionariedade. Longe disso. O ato é vinculado. A própria tabela do IPI traz as regras de enquadramento e interpretação, a ser observada pelos agentes públicos.

O apelante sustenta que citadas regras são claras no sentido de que, prevalecendo a natureza terapêutica do produto, deverá o mesmo ser classificado como "medicamento"; e que, contrariamente, se o fármaco se mostrar "acessório", deverá o produto ser classificado como "cosmético". No caso vertente, diz que o princípio ativo da benzocaína prevalece, daí a razão do enquadramento procedido pelo Fisco mostrar-se incorreto.

(...)

O laudo em que se baseou a Receita Federal para enquadrar o produto afirma que a "Solarcaine", além de provocar o rápido alívio da dor provocada por pequenas queimaduras solares, possui função emoliente e protetora da pele e mucosas (fl. 63). A fórmula do produto, ademais, revela que, além da benzocaína, o produto é composto, essencialmente, por óleo mineral, álcool, tween 60, arlacel 60, propiiparabeno, cosmowax K, água destilada, mentol e cânfora, dentre outros (fls. 63/64).

Os efeitos pretendidos e descritos nas bulas acima reproduzidas não constituem efeito exclusivo da benzocaína. A sensação de alívio também é decorrente do emprego de óleo mineral, álcool, mentol e cânfora. A posição na tabela TIPI mostra-se perfeitamente compatível, uma vez que admite a presença de elementos fármacos (como a benzocaína) e ainda que haja finalidades terapêuticas. As Notas Explicativas do Sistema Harmonizado - NESH é definitiva ao estabelecer que:

"Os produtos das posições 33.3 a 33.07 permanecem classificados nestas posições mesmo que contenham, acessoriamente, determinadas substâncias empregadas em farmácia ou como desinfetantes e mesmo que possuam, acessoriamente, propriedades terapêuticas ou profiláticas" (fls. 808/812)

Dessa forma, para rever tal posição e interpretar os dispositivos legais indicados como violados, seria necessário o reexame desses mesmos elementos fático-probatórios, o que é vedado no âmbito estreito do recurso especial. Incide na hipótese a Súmula n. 7/STJ.

Ante o exposto, com fundamento no art. 253, parágrafo único, II, *a* e *b*, do RISTJ, conheço do agravo para conhecer parcialmente do recurso especial e, nessa parte, negar-lhe provimento.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 28 de março de 2019.

**MINISTRO FRANCISCO FALCÃO**

Relator

