

4. TÉCNICAS

4.1. MANDADO DE SEGURANÇA: PEDIDO DE LIMINAR PARA MEDICAMENTO

ALCEU JOSÉ TORRES MARQUES

Procurador de Justiça do Estado de Minas Gerais

MARCO PAULO CARDOSO STARLING

Procurador de Justiça do Estado de Minas Gerais

PROCESSO N. XXXXXXXXXX

MANDADO DE SEGURANÇA

IMPETRANTE: XXXXXXXXXX

IMPETRADO: SECRETÁRIO DE ESTADO DA SAÚDE DE MINAS GERAIS

RELATOR: DESEMBARGADOR SCHALCHER VENTURA

PARECER PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

Egrégio Tribunal

Colendo 2º Grupo de Câmaras Cíveis

1. Relatório

Tratam os autos de Mandado de Segurança, com pedido de liminar, impetrado por XXXXXX, perante o Juízo da Fazenda Pública Estadual, contra ato atribuído à autoridade estadual em tela.

Asserte o autor, portador de *Hipertensão Arterial Pulmonar Idiopática Grave*, que necessita do medicamento denominado *Bosentana (Tracleer) 125mg*.

Entrementes, afirma não poder arcar com o custo da medicação, em vista de suas parcas condições financeiras.

Roga o autor seja determinado o fornecimento do aludido medicamento, nos moldes receitados pelo profissional médico que o atende, situação a ser consolidada na senda meritória.

Foram juntados os documentos de fls. 20/42.

A pretensão liminar restou deferida – fls. 45/8 – pela i. Juízo da 2ª Vara da Fazenda

Pública e Autarquias de Belo Horizonte.

Em seguida, ascenderam os autos a esse e. órgão colegiado ordinário – fls. 50/9, oportunidade em que S. Exa., Desembargadora Heloísa Combat ratificou a liminar antes deferida pelo i. Juízo singelo – fls. 60 – determinando, ainda, a notificação da autoridade dita coatora. Tal determinação também restou exarada pelo em. Desembargador Schalcher Ventura – fls. 67 – que também determinou a complementação de documentos necessários à oitiva da autoridade impetrada – fls. 69.

O requerimento formulado pelo autor às fls. 73/5 restou indeferido (fls. 85), manejando o requerente, em seguida, o pedido de fls. 77/84 e o Agravo regimental de fls. 88/97.

Em seguida ao r. despacho de fls. 99, o em. Desembargador Isalino Lisboa determinou a redistribuição do feito – fls. 102/5, providência sustada em razão do r. despacho de fls. 110.

Após o r. despacho de fls. 112, prestou a autoridade impetrada as informações de fls. 128 e seguintes.

Aduz, preambularmente, a necessidade de extinção do feito, sem apreciação meritória, porquanto restaria incabível a efetivada remessa dos autos pelo Juízo de instância inferior.

Demais disso, assinala a inocorrência de tempo hábil para análise do pleito aviado pelo autor na seara administrativa, bem como a fundada suspeita de residir o requerente em outra unidade federativa, situação que ensejaria a extinção do feito com espeque, respectivamente, nos incisos 267 I e VI, do Código de Processo Civil.

Discorre, ainda, sobre a ausência de efetiva demonstração da eficácia do fármaco rogado pelo autor, porquanto não reconhecida pelo Ministério da Saúde.

Em seguida, cumprindo o r. despacho de fls. 170, vieram os autos ao Ministério Público.

É o relatório, no essencial.

2. Fundamentação

A preliminar versando sobre a incompetência absoluta do Juízo singelo, mormente na apreciação do pleito liminar, não merece guarida.

Com efeito, dispõe o artigo 106 da Constituição do Estado de Minas Gerais:

Art. 106 - Compete ao Tribunal de Justiça, além das atribuições previstas nesta Constituição:

I - processar e julgar originariamente, ressalvada a competência das justiças especializadas:

[...]

c) o mandado de segurança contra ato do Governador do Estado, da Mesa e da Presidência da Assembléia Legislativa, do próprio Tribunal ou de seus órgãos diretivos e colegiados, de Juiz de Direito, nas causas de sua competência recursal, de Secretário de Estado, do Presidente do Tribunal de Contas, do Procurador Geral de Justiça e do Procurador Geral do Estado; [...]"

Segundo escólio de Hely Lopes Meirelles,

[...] para a fixação do juízo competente em mandado de segurança, não interessa a natureza do ato impugnado; o que importa é a sede da autoridade coatora e a sua categoria funcional, reconhecida nas normas de organização judiciária pertinentes. Se a impetração for dirigida a juízo incompetente, ou no decorrer do processo surgir fato ou situação jurídica que altere a competência julgadora, o magistrado ou o tribunal deverá remeter o processo ao juízo competente. (*in* Mandado de Segurança, Ação Popular e Ação Civil Pública, 13ª edição, páginas 45/46).

Assim, como assinalado alhures, a hipótese permeia incompetência absoluta do Juízo de primeiro grau, que reconheceu a sua insuficiência, processual, remetendo os autos ao órgão jurisdicional competente.

Evidente a aplicação do cânon inscrito no art. 113, §2º do CPC, conforme entendimento acolhido por Humberto Theodoro Júnior: "Reconhecida a incompetência absoluta, o processo é atingido por nulidade, mas esta só se restringe aos atos decisórios. Os autos serão remetidos ao juiz competente, que terá de aproveitar todos os atos probatórios já praticados". (*in* Curso de Direito Processual Civil, 41ª edição, Volume 1).

Urge lembrar que o único ato decisório proferido por Juízo absolutamente incapaz – que *de ofício* reconheceu semelhante imbróglio processual – restou *ratificado* pela em. Desembargadora Heloísa Combat (fls. 60). Com efeito, inexistente qualquer nulidade processual perpetrada por Juízo absolutamente incapaz.

Antônio César Bochenek presta singular escólio sobre o tema:

Vislumbra-se, que em se tratando de legitimidade das partes e, por conseguinte, de condição da ação e logo matéria de ordem pública, melhor entendimento é que o juiz tenha a possibilidade da correção de ofício da indicação errônea, sobretudo para evitar que o autor tenha de entrar novamente com o instituto constitucional simplesmente para corrigir algo que, desde o início já poderia ter sido corrigido.

[...]

Quanto a natureza do mandado de segurança, algumas linhas já foram esboçadas, resumindo-se, apenas, a questão de ser ação com rito especial e de natureza cível-constitucional. Logo, ressalta-se a importância da celeridade do mandado de segurança, que, não sendo apreciado com a devida rapidez, tendo prioridade sobre todos os atos judiciais, salvo *habeas corpus* e *habeas data*, conforme estabelece a lei, perde sua função no ordenamento jurídico, ou seja, isso demonstra que o autor que litiga de boa-fé, ao se utilizar do mandado de segurança, tem em mente a prestação jurisdicional sem demora, evidentemente dentro dos casos em que a lei permite que seja cabível tal instituto, visto que, na maioria das vezes, aqueles que se utilizam do mandado de segurança o fazem porque estão na iminência de serem lesados ou já o foram. (*in Aspectos Polêmicos e Atuais do Mandado de Segurança* 51 anos depois, São Paulo:RT, 2002. p. 71/73).

Prosseguindo, tenho que a autoridade impetrada, via de regra, recusa-se ao fornecimento, em decorrência pleito aviado administrativamente, de medicamentos similares àquele rogado pelo autor mandamental. Assim, conclui-se, com a certeza absoluta, que a resposta da Administração Pública, se ágil fosse, certamente seria (e tardiamente) contrária aos interesses do autor mandamental.

Em relação à suspeita de o autor residir em outra unidade federativa, observo que assertiu a autoridade impetrada apenas um *forte receio* dessa alegação. Nessa senda, inexistindo prova preconstituída dessa questão, não se presta o *writ* para qualquer dilação probatória superveniente, visando aferição das legitimações ativa ou passiva *ad causam*.

Adentro ao tema meritório propriamente dito.

Vejo que a questão, desta vez, não se soluciona pela via estreita do *mandamus*.

Tenho que as razões motivadoras da resistência da Administração Estadual limitam-se, nesta sede mandamental, na utilização de certo medicamento para fins terapêuticos, diante da inexistente inclusão no rol de tópicos relacionados pelo Ministério da Saúde para fins de dispensação excepcional.

Nessa senda, urge salientar, inexistente incontroversa certeza de que o fármaco rogado detém plena eficácia para o mal que acomete o autor, não se pode conjecturar, absolutamente, pela existência de direito líquido e certo em prol do autor.

Com efeito, em sede dos documentos preconstituídos pelas partes, denota-se um clarividente desencontro de alegações. Resta insuficiente, para o desiderato pretendido pelo autor, as alegações e os documentos que acompanham o seu instrumento proemial; quais sejam, o relatório e receituário prescrito pelo médico que atende o autor não têm o condão de ensejar absoluta presunção do alegado nesses documentos e tampouco na proemial.

Semelhante afirmação não visa indevida ingerência na privativa conduta embutida no cognominado *ato médico*, quando este profissional prescreve determinado ou exclusivo fármaco.

Deve-se convir, entretanto, que os atos perpetrados pela Administração Pública detêm presunção de veracidade (i), não podendo, demais disso, furtar-se ao postulado da legalidade (ii), razão pela qual, aliás, verbera a ausente inclusão do fármaco rogado no tópico na relação dos medicamentos excepcionais; por último, caberá à Administração Pública suportar o alto custo que o medicamento rogado, situação que exige do Administrador, ao menos, o dever de argumentar e defender o ato aqui reputado ilegal ou abusivo – não a defesa por si em si, mas a tutela do erário e do bom e equânime uso de um orçamento, de um lado excessivo em desfavor do contribuinte e, de outro, parco na visão do respectivo gestor (iii).

Dessarte, a par da imprestabilidade do mandado de segurança na corporificação do pleito nele contido, vejo, neste contexto, que as questões envolvendo o uso e a indicação do medicamento rogado pelo autor devem ser tratados em contraditório adequado.

Como cediço, descabe esta via de estirpe magna qualquer dilação probatória, posto que aqui se alberga apenas os documentos preconstituídos pelas partes.

É pressuposto irrenunciável, isto é, indispensável ao cabimento do mandado de segurança, a existência de direito líquido e certo a ser tutelado.

Na hipótese vertente, salta aos olhos a inexistência, *prima facie*, desses requisitos, visto que as alegações trazidas pelo impetrante entremostam-se insuficientes diante das alegações desenvolvidas nas informações, mormente porque na hipótese vertente urge a lide franca dilação fático-probatória, inviável nesta exígua sede.

A esse respeito, deve vir a balha a lição sempre autorizada do saudoso Hely Lopes Meirelles:

Direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante; se a sua existência for duvidosa; se a sua extensão não estiver delimitada; se o seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais.

Quando a lei alude a direito líquido e certo, está exigindo que esse direito se apresente com todos os requisitos para o seu reconhecimento e exercício no momento da impetração. Em última análise, direito líquido e certo é direito comprovado de plano.¹

Evidente, *quantum satis*, a imprescindibilidade de dilação probatória, eis que as questões e documentos acostados pelo autor à exordial, em confronto com as alegações fomentadas pela autoridade impetrada, levam a conclusão de que a prova do direito subjetivo argüido pelo impetrante não restou completa, exaurida.

A ação mandamental exige, para sua apreciação, que se comprove, de plano, a existência de liquidez e certeza dos fatos narrados na inicial.

É inerente à via eleita a exigência de comprovação documental e pré-constituída da situação que configura a lesão ou ameaça a direito líquido e certo que se pretende coibir, devendo afastar quaisquer resquícios de dúvida.

Singelas alegações, mesmo que absolutamente razoáveis, porém desprovidas de sólida e irrefutável base empírica (aqui contrastadas com os robustos argumentos trazidos nas informações), nada significam juridicamente e não se prestam a produzir certeza. Apenas mostram uma versão sem substrato concreto e, assim,

¹ Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção e habeas data, 12ª ed.,

inapta a receber a proteção do remédio heróico, via em que, como cediço, não há oportunidade para a dilação probatória ou contraditório.

A jurisprudência pátria tem reiterado semelhante entendimento, *verbis*:

Se a controvérsia se estabelece sobre fatos, provas ou presunções (ainda que à luz de conceitos doutrinários), a complexidade da indagação não se coaduna com a índole do mandado de segurança, que pressupõe uma situação jurídica esteada em documentos de valor incontestável, e não uma pretensão jurídica dependente de demonstração ou depuração processuais. (RF nº 219/58-73)

Onde existe questão de fato, dependente de prova, principalmente de prova técnica, não pode haver direito líquido e certo protegível pelo mandado de segurança. (RF nº 221/252-6).

3. Conclusão

Com efeito, entende o Ministério Público pela denegação da segurança, porquanto deve o autor perseguir a prestação jurisdicional suplicada em via processual adequada.

Belo Horizonte, 13 de novembro de 2007.

Marco Paulo Cardoso Starling
Promotor de Justiça
(conforme ato publicado no MG de 23/10/07)

Alceu José Torres Marques
Procurador-Geral de Justiça Adjunto Jurídico