



Jurisprudência da Primeira Seção

CONFLITO DE COMPETÊNCIA N. 38.159 — MS (2003/0007424-6)

Relator: Ministro Teori Albino Zavascki

Autor: Luiz Eduardo Lopes

Advogado: Leandro Santos Neves

Rés: Faculdades Integradas de Campo Grande — FIC/Unaes

Advogado: Valdisnei Landro Delgado

Suscitante: Juízo Federal da 2ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Mato Grosso do Sul

Suscitado: Juízo de Direito da 1ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos de Campo Grande — MS

EMENTA

Conflito de competência — Mandado de segurança contra ato praticado por agente de instituição particular de ensino superior — Competência da Justiça Federal.

1. Conforme o art. 109, VIII, da Constituição, compete à Justiça Federal processar e julgar os mandados de segurança contra ato de autoridade federal, considerando-se como tal também o agente de entidade particular quanto a atos praticados no exercício de função federal delegada. Nesse sentido também a Súmula n. 15/TFR.

2. No que se refere a entidade particular de ensino superior, seus atos, ou são de mera gestão interna ou são próprios da atividade delegada. Qualquer deles pode ser controlado pela via jurisdicional, mas apenas os da segunda espécie é que podem ser atacados por mandado de segurança.

3. Sendo assim, é logicamente inconcebível hipótese de competência estadual, nestes casos. Com efeito, de duas uma: ou o ato é de autoridade (caso em que se tratará de autoridade federal delegada, sujeita à competência federal), ou o ato é de particular, e não ato de autoridade (caso em que o mandado de segurança será incabível).

4. Ao eleger a via da ação mandamental para tutelar seu direito, o impetrante, ainda que de modo implícito, está afirmando que o ato atacado é ato de autoridade delegada, e não ato de particular. Bem ou mal, portanto, há indicação de que, no pólo passivo, figura autoridade federal, o que, por si só, atrai a competência federal. É o princípio que informa as Súmulas ns. 60/TFR e 150/STJ.

5. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo Federal da 2ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Mato Grosso do Sul.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a egrégia Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do conflito e declarar competente o Juízo Federal da 2ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Mato Grosso do Sul, o suscitante, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins, Eliana Calmon, Franciulli Netto, Luiz Fux e João Otávio de Noronha votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausentes, ocasionalmente, os Srs. Ministros Castro Meira e Humberto Gomes de Barros. Ausente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Brasília (DF), 25 de junho de 2003 (data do julgamento).

Ministro Teori Albino Zavascki, Relator

Publicado no DJ de 04.08.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki: Trata-se de conflito negativo de competência suscitado pelo Juízo Federal da 2ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Mato Grosso do Sul em face do Juízo de Direito da 1ª Vara de Fazenda Pública e de Registros Públicos de Campo Grande — MS em mandado de segurança impetrado por aluno de instituição particular de ensino superior contra ato do Diretor das Faculdades Integradas de Campo Grande — FIC-Unaes. Busca-se, com a impetração, ver declarada a nulidade de processo administrativo e reconhecida ilegítima a sua matrícula automática e a exigência das mensalidades no segundo semestre de 2001.

O Juízo Federal deu-se por incompetente ao fundamento de que a controvérsia diz respeito a atos de gestão interna e não a matéria objeto de delegação constitucional. Remetidos os autos ao Juízo Estadual, este os devolveu, declinando da competência, ao argumento de que à Justiça Federal é que cabe apreciar causas versando atos relacionados a atividades delegadas pelo poder público federal. Daí a suscitação do conflito.

Dispensada a oitiva do Ministério Público Federal em face dos precedentes.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki (Relator): Compete à Justiça Federal processar e julgar os mandados de segurança contra atos praticados por agente de instituição particular de ensino superior. Realmente, conforme estabelece o art. 109, VIII, da Constituição, são da competência dos juízes federais os mandados de segurança contra ato de autoridade federal, considerando-se como tal também o agente de entidade particular relativamente a atos praticados no exercício de função federal delegada. Era assim a jurisprudência já no antigo TFR (Súmula n. 15), formada à luz da Constituição anterior, que tinha, no particular, normatização idêntica à atual. Realmente, no que se refere a entidade particular de ensino superior, seus atos, ou são de mera gestão interna ou são próprios da atividade delegada. Qualquer deles, obviamente, pode ser controlado pela via jurisdicional, mas apenas os da segunda espécie é que podem ser atacados pela via do mandado de segurança. Com efeito, o mandado de segurança é garantia constitucional em face de ato de autoridade (ainda que delegada), sendo incabível quando se trata de ato de particular. Assim, mostra-se logicamente inconcebível hipótese de competência estadual nestes casos. É que, de duas uma: ou há ato de autoridade (caso em que se tratará de autoridade federal delegada, sujeita à competência federal), ou há ato de particular, e não ato de autoridade (caso em que o mandado de segurança será incabível). É inseparável, aqui, como se percebe, a relação entre as questões que dizem com a competência e o cabimento do mandado de segurança.

Ao eleger a via da ação mandamental para tutelar seu direito, o impetrante, ainda que de modo implícito, está afirmando que o ato atacado é ato de autoridade delegada, e não ato de particular. Bem ou mal, portanto, há indicação de que, no pólo passivo, figura autoridade federal. Saber se isso procede ou não constitui, nas circunstâncias, exame do próprio cabimento da ação e da adequação do procedimento, matéria que somente pode ser dirimida pelo próprio juiz da causa. E o juiz da causa, na hipótese, só pode ser o federal, já que, afirmada a presença de autoridade federal na relação processual, cumpre ao juiz federal, e não ao estadual, decidir a respeito. É o princípio que inspirou a Súmula n. 60/TRF (“Compete à Justiça Federal decidir da admissibilidade de mandado de segurança impetrado contra atos de dirigentes de pessoas privadas, ao argumento de estarem agindo por delegação do poder público federal”) e a Súmula n. 150/STJ (“Compete à Justiça Federal decidir sobre a existência de interesse jurídico que justifique a presença, no processo, da União, suas autarquias e empresas públicas”).

Não é por outra razão que a jurisprudência do STJ é no sentido de que cabe à Justiça Federal processar e julgar mandado de segurança contra ato praticado por agente de entidade particular de ensino superior (CC n. 35.721/RO, Primeira Seção, Ministro

Teori Albino Zavascki, julgado à unanimidade em 11.06.2003; CC n. 31.846/SP, Segunda Seção, Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, DJ de 06.02.2003; CC n. 19.409/RJ, Primeira Seção, Ministro Ari Pargendler, DJ de 06.10.1997, CC n. 22.290/RJ, Primeira Seção, Ministro Aldir Passarinho Júnior, DJ de 26.04.1999; CC n. 30.297/DE, Primeira Seção, Ministro Milton Luiz Pereira, DJ de 28.05.2001).

Ante o exposto, conheço do conflito e declaro competente o Juízo Federal da 2ª Vara da Seção Judiciária do Estado de Mato Grosso do Sul, o suscitante.

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL
N. 399.618 — RJ (2002/0161697-0)

Relator: Ministro Francisco Peçanha Martins
Embargante: Fazenda Nacional
Procuradores: Márcio Menezes de Carvalho e outros
Embargada: Companhia Usina do Outeiro
Advogados: Ricardo Gomes de Mendonça e outros

EMENTA

Embargos de divergência — Processual Civil — Execução fundada em título extrajudicial — Embargos do devedor — Apelação pendente de julgamento — Definitividade — CPC, art. 587 — Precedente da egrégia Primeira Seção (EREsp n. 268.544/SP).

— A execução é definitiva quando fundada em título extrajudicial (CPC, art. 587).

— A interposição de apelação contra decisão de improcedência dos embargos à execução não tem o condão de afastar a sua definitividade.

— Entendimento firmado pela egrégia Primeira Seção quando do julgamento do EREsp n. 268.544/SP

— Embargos de divergência acolhidos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas

taquigráficas a seguir, por unanimidade, acolher os embargos. Votaram com o Relator os Ministros Humberto Gomes de Barros, Eliana Calmon, Franciulli Netto, Luiz Fux, João Otávio de Noronha, Teori Albino Zavascki e Castro Meira. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Brasília (DF), 11 de junho de 2003 (data do julgamento).

Ministro José Delgado, Presidente

Ministro Francisco Peçanha Martins, Relator

Publicado no DJ de 08.09.2003

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins: A Fazenda Nacional opõe embargos de divergência insurgindo-se contra acórdão proferido pela Primeira Turma desta egrégia Corte, em sede de recurso especial, resumido na ementa abaixo transcrita (fl. 102):

“Processual Civil. Execução fiscal. Embargos à execução julgados improcedentes. Apelação pendente. Alienação de bens penhorados antes de julgado recurso apelatório. Inadmissibilidade. Prestação de caução. Impossibilidade.

Encontrando-se pendente a apelação contra a decisão que julgou improcedentes os embargos do devedor, a execução passa a ser provisória, e não definitiva, não podendo chegar a atos que importem alienação. A alienação dos bens penhorados antes de julgada a apelação interposta, poderá resultar em dano de difícil reparação, eis que, acaso provido o recurso apelatório, não terá como obter de volta os bens alienados, tendo em vista os direitos assegurados ao adquirente de boa-fé. Precedentes jurisprudenciais.

Não é lícito exigir-se do estado exequente caução para o prosseguimento da ação executiva. Precedentes jurisprudenciais.

Recurso parcialmente provido.”

Sustenta a ora embargante que a execução por título extrajudicial é definitiva, mesmo na pendência de recurso de apelação interposto contra decisão que julgou improcedentes os embargos do devedor. A fim de demonstrar a dissonância interpretativa alegada, traz a confronto acórdão da egrégia Segunda Turma, assim ementado:

“Processo Civil. Recurso especial. Agravo de instrumento. Execução fiscal. Certidão de dívida ativa. Título extrajudicial. Embargos à execução improcedentes. Execução definitiva.

É definitiva a execução de decisão que julgou improcedentes os respectivos embargos, ainda que sujeita à apelação. Uma vez iniciada a execução por

título extrajudicial (certidão de dívida ativa da Fazenda Pública do Estado do Rio Grande do Sul), será definitiva, caráter que não é modificado pela oposição de embargos do devedor, tampouco pela interposição de recurso contra sentença que julgar improcedentes os embargos.

O título extrajudicial goza de executoriedade, além de certeza, liquidez e exigibilidade. Improcedentes os embargos, tais características são reforçadas, devendo a execução seguir, mesmo ante a interposição de recurso com efeito apenas devolutivo.

Recurso especial conhecido e provido.

Decisão por unanimidade.” (REsp n. 188.864/RS, DJ de 24.09.2001, Rel. Min. Franciulli Netto)

Admiti, em princípio, os embargos, abrindo vista à parte contrária, que ofereceu impugnação às fls. 156/163.

Dispensei o parecer do Ministério Público Federal, nos termos regimentais.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins (Relator): Cuidam os autos de questão atinente à natureza da execução fundada em título extrajudicial, no sentido de saber se é provisória ou definitiva.

Sustenta a Fazenda embargante que a egrégia Primeira Turma, ao concluir pela provisoriedade da execução, por isso que pendente de apreciação de recurso de apelação interposto contra sentença de improcedência dos embargos do devedor, divergiu frontalmente do entendimento esposado pela egrégia Segunda Turma, quando do julgamento do REsp n. 188.864/RS.

Merecem acolhida os presentes embargos.

Esta egrégia Primeira Seção, em assentada de 17.06.2002, acolhendo voto por mim proferido no EREsp n. 268.544/SP, decidiu, por maioria, pela definitividade da execução fundada em título extrajudicial, ainda que pendente recurso nos embargos do executado.

O referido julgado ficou resumido nos seguintes termos:

“Embargos de divergência — Processual Civil — Execução fundada em título extrajudicial — Embargos do devedor — Apelação pendente de julgamento — Definitividade — CPC, art. 587 — Precedentes STJ.

— A execução é definitiva quando fundada em título extrajudicial (CPC, art. 587).

— A interposição de apelação contra decisão de improcedência dos embargos à execução não tem o condão de afastar a sua definitividade.

— Embargos de divergência acolhidos.”

A título elucidativo, destaco, ainda, o voto que o conduziu:

“(…)

Quando do julgamento do REsp n. 117.610/SP pela egrégia Segunda Turma, em 04.07.1997, acompanhei, sem nada acrescentar, o voto proferido pelo Sr. Ministro Adhemar Maciel, que ora adoto como razões de decidir, por esgotar plenamente o tema:

‘Com a devida vênia do acórdão recorrido, tenho que a execução fundada em título extrajudicial (**in casu**, certidão de dívida ativa — art. 585, VI, do CPC), tem natureza definitiva, conforme a própria literalidade do art. 587 do CPC — ‘a execução é definitiva, quando fundada em sentença transitada em julgado ou em título extrajudicial; é provisória, quando a sentença for impugnada mediante recurso, recebido só no efeito devolutivo.’

A execução fundada em título extrajudicial já se inicia sendo definitiva, pois o título extrajudicial que dá ensejo à propositura da execução deve ser certo, líquido e exigível. O posterior ajuizamento da ação incidental de embargos do devedor acarreta a suspensão (arts. 791, I, do CPC) — e não a provisoriedade — da execução, cujo processo volta a prosseguir tão logo sejam rejeitados (liminarmente ou ao final) os embargos, já que a apelação que impugna a sentença proferida na hipótese não tem efeito suspensivo a teor do art. 520, V, do CPC, pelo que o **decisum** singular tem eficácia imediata.

Portanto, a meu ver, a interposição da apelação contra a sentença indeferitória dos embargos do devedor em nada afeta a execução fiscal, já que o título que lhe dá sustentação é o extrajudicial (certidão de dívida ativa), e não o judicial (sentença) proveniente do julgamento dos embargos. Se fosse o contrário (ou seja, se a execução estivesse fundada na sentença proferida nos embargos), aí sim a execução seria provisória, tendo em vista o disposto na segunda parte do art. 587 do CPC.

Merece ser examinado, ainda, o seguinte argumento dos que defendem a tese de que a execução é na hipótese provisória: o provimento da apelação — com a conseqüente procedência dos embargos do devedor — poderá acarretar a extinção da execução por inexigibilidade do título extrajudicial, pelo que a execução é provisória enquanto estiver pendente recurso de apelação.

Ora, partindo desse raciocínio, a sentença judicial transitada em julgado também não dará ensejo à execução definitiva enquanto não estiver decorrido o biênio para o ajuizamento da ação rescisória, já que durante esse período a sentença passada em julgado poderá ser desconstituída. Também não se poderá falar em execução definitiva quando o processo de conhecimento estiver corrido à revelia, pois o réu-devedor poderá alegar, a qualquer tempo, a nulidade da citação no processo de cognição (art. 741, I, do CPC), dando ensejo à declaração de nulidade do processo e, por conseqüência, da sentença (título judicial) nele proferido. Portanto, se interpretarmos o vocábulo 'definitiva' em sua literalidade, a execução fundada em título judicial ou extrajudicial só poderá ser levada a cabo quando estiverem esgotadas todas as vias ordinárias e excepcionais capazes de desconstituir o título executivo, o que resultaria, sem sombra de dúvida, na eternização do processo (em flagrante violação ao art. 125, II, do CPC). Daí se apreende, que a definitividade ou provisoriedade da execução é questão de política legislativa. O Código estabeleceu que na hipótese de execução fundada em título judicial passado em julgado ou em título extrajudicial, a execução será sempre definitiva, já que tais títulos — ao contrário da sentença proferida no processo de conhecimento e impugnada via apelação — são dotados de presunção de certeza, liquidez e exigibilidade.

Por tais razões, embora reconheça a força dos argumentos em sentido contrário (como os apresentados pelo eminente Professor **Humberto Theodoro Júnior** em seu 'Curso de Direito Processual Civil'. Vol. II, 10^a ed., Forense, 1993, p. 20; e pelo eminente Professor **Vicente Greco Filho** em sua obra 'Direito Processual Civil Brasileiro', vol. 3, 6^a ed., Saraiva, 1992, pp. 34 e 35), tenho que, à luz do Código de Processo Civil em vigor, a execução fundada em título extrajudicial é sempre *definitiva*, assegurando-se ao devedor o direito às perdas e danos na hipótese de provimento da apelação e da procedência dos embargos.

Em prol da tese aqui por mim sustentada, invoco o eminente Professor **Nelson Nery Júnior**:

'Quando iniciada a execução, por título judicial transitado em julgado ou por título extrajudicial, é sempre definitiva. Iniciada definitiva, não se transmuda em provisória, nem pela oposição de embargos do devedor, nem pela interposição de recurso contra sentença que julgar improcedentes os embargos ou rejeitá-los liminarmente (CPC, 520, V). É que a sentença transitada em julgado e o título extrajudicial têm plena eficácia executiva e gozam de presunção de certeza e liquidez e exigibilidade. Com a rejeição liminar ou a improcedência dos embargos, essa

presunção resta reforçada e confirmada, de sorte que a execução deve prosseguir sem a suspensividade operada pela oposição dos embargos e/ou pela interposição de recurso recebido apenas no efeito devolutivo. Provido o recurso, resolve-se em perdas e danos em favor do devedor' ('Código de Processo Civil comentado', 2ª ed., Ed. Revista dos Tribunais, 1996, p. 1.021)

Os comentários do eminente Professor **Amilcar de Castro** ao art. 587 do CPC são no mesmo sentido, senão vejamos:

'E sendo a execução fundada em título extrajudicial, será tratada como definitiva, se não houver embargos, ou forem estes liminarmente rejeitados (arts. 520, V, 521 e 739)' ('Comentários ao Código de Processo Civil', vol. VIII, Editora Revista dos Tribunais, 1974, p. 61).

O eminente Professor **J. C. Barbosa Moreira** também já se manifestou sobre o tema, **in verbis**:

'Caso se recebam os embargos, o exequente só poderá levantar a coisa após o julgamento deles, desde que, é óbvio, não sejam acolhidos. Declarando-os improcedentes a sentença, não é preciso aguardar o trânsito em julgado para que o levantamento se torne possível: a eventual apelação do devedor embargante produz aí efeito meramente devolutivo (art. 520, n. V). *Nem há cogitar de provisoriedade da execução na pendência de tal recurso, pois o título executivo não é a sentença proferida nos embargos*' ('O Novo Processo Civil Brasileiro'. 18ª ed., Forense, 1996, pp. 229 e 230) — (grifei).

Por fim, lembro que nesse sentido doutrina o comentário do eminente Professor **Édson Ribas Malachi** em suas 'Questões sobre a execução e os embargos do devedor', Editora Revista dos Tribunais, 1980, pp. 162 e seguintes. Aliás, há um precedente da relatoria do citado professor, cuja ementa merece ser transcrita:

'Execução de título extrajudicial — Definitividade, mesmo na pendência de julgamento de apelação de sentença que rejeita os embargos.

O sistema do código é, inequivocamente, o de considerar definitiva a execução de título extrajudicial (assim como o de sentença transitada em julgado), mesmo na pendência de apelação da sentença que julga os embargos improcedentes (ou os rejeita por qualquer fundamento), de acordo com os arts. 587, 520, V, e 574.

A tese contrária é, 'da **venia**', ilógica, pois uma execução definitiva não pode converter-se em provisória. O contrário é que acontece, quando,

iniciada a execução como provisória, porque fundada em sentença (**lato sensu**) ainda não transitada em julgado, com o julgamento do último recurso interposto, que confirma a condenação ela se torna definitiva' (Agravo de Instrumento n. 71476900, Segunda Câmara Cível do TAPR, unânime, Relator Juiz Ribas Malachi, publicado em 16.02.1996).'

Nesse mesmo sentido, seguiram-se inúmeros julgados das egrégias Segunda, Terceira e Quarta Turmas, dentre os quais ora destaco, a título ilustrativo:

'Processo Civil. Execução fundada em título extrajudicial. Caráter definitivo.

A execução é definitiva, quando fundada em título extrajudicial (CPC, art. 587, primeira parte).

Recurso especial conhecido e provido.' (REsp n. 109.499/RS, DJ de 23.11.1998, Rel. Min. Ari Pargendler).

'Agravo regimental. Título extrajudicial. Embargos à execução. Julgados improcedentes os embargos à execução, suspensa em virtude deles, prosseguirá com a característica de definitividade que tinha. Entendimento pacífico da Segunda Seção.' (AgRg n. 273.167/DF, DJ de 04.09.2000, Rel. Min. Eduardo Ribeiro)

'Processual Civil. Embargos à execução de título extrajudicial. Procedência parcial. Apelação. Recurso especial. Efeito devolutivo. Execução definitiva (arts. 520, V, 542, § 2º, 587, do CPC).

I - A apelação interposta da sentença de improcedência dos embargos do devedor, surte efeito apenas devolutivo, como dispõe o art. 520, V, da Lei Instrumental Civil, devendo prosseguir a ação executiva de forma definitiva, de acordo com a norma do art. 587 do referido diploma.

II - No caso, os recursos de apelação e especial dos embargantes voltaram-se contra a parte julgada improcedente dos embargos do devedor e, neste tópico, a execução é definitiva.

III - Recurso conhecido e provido.' (REsp n. 264.938/RJ, DJ de 28.05.2001, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior)

'Direito Processual Civil. Título executivo extrajudicial. Embargos à execução. Sentença de improcedência. Apelação. Efeitos que não atingem o título executivo.

I - A execução é definitiva quando fundada em decisão transitada em julgado ou em título extrajudicial (CPC, art. 587). Não se torna provisória se interposta apelação da decisão de improcedência proferida nos embar-

gos à execução, porquanto os efeitos deste recurso referem-se à decisão impugnada, não ao título executivo, mormente se extrajudicial.

II - Agravo regimental desprovido.' (AgRg n. 355.501/SP, DJ de 11.06.2001, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro)

'Processo Civil. Execução fundada em título extrajudicial. Caráter definitivo.

Uma vez iniciada a execução, por título judicial transitado em julgado ou por título extrajudicial, será esta sempre definitiva, não se transmutando em provisória, nem pela oposição de embargos do devedor, nem pela interposição de recurso contra sentença que julgar improcedentes os embargos ou rejeitá-los liminarmente.

Justifica-se tal entendimento, pela plena eficácia executiva de tais títulos executivos, bem como pelo fato de gozarem de presunção de certeza, liquidez e exigibilidade.

Destarte, uma vez provido o recurso, eventual prejuízo causado ao devedor, resolve-se em perdas e danos.

No que tange à infringência ao princípio geral do devido processo legal, ressalta-se que tal alegação não tem o condão de abalar o acórdão ora embargado, na medida em que o entendimento adotado decorreu da interpretação e aplicação das normas processuais pertinentes.

Sendo infringente o propósito dos presentes embargos, e inexistindo quaisquer vícios ensejadores dos embargos declaratórios, é de se rejeitá-los.' (EDcl no AgRg no REsp n. 149.533/MG, DJ de 14.08.2000, Rel. Min. Nancy Andrighi).

No caso dos autos, tratando-se de execução fundada em CDA, título extrajudicial por determinação expressa do art. 585, II, do CPC, é de se reconhecer a sua definitividade."

Assim, adotando o mesmo entendimento, acolho os embargos.

MANDADO DE SEGURANÇA N. 8.740 — DF (2002/0148334-3)

Relator: Ministro João Otávio de Noronha

Impetrante: P. S. L. R. (Menor)

Representado por: João Carlos Reis

Advogados: Regina Maris Freitas dos Santos e outros

Impetrado: Ministro de Estado da Saúde

EMENTA

Administrativo. Mandado de segurança. Doença congênita grave. Mielomeningocele infantil. Necessidade de tratamento por meio de aparelho terapêutico não fabricado no País. Dever do Estado. Direito fundamental à vida e à saúde.

1. O direito à saúde, expressamente tutelado pela Carta de 1988, veio se integrar ao conjunto de normas e prerrogativas constitucionais que, com o **status** de direitos e garantias fundamentais, tem por fim assegurar o pleno funcionamento do Estado Democrático de Direito, pautado na mais moderna concepção de cidadania.

2. Não se pode generalizar a aplicação da norma que veda ao Estado a concessão de auxílio financeiro para tratamento fora do País, a ponto de abandonar, à sua própria sorte, aqueles que, comprovadamente, não podem obter, dentro de nossas fronteiras, tratamento que garanta condições mínimas de sobrevivência digna.

3. Não havendo no País equipamento terapêutico apropriado ao tratamento da enfermidade, justifica-se que o Estado disponibilize recursos para a sua aquisição no exterior, não podendo servir de óbice às pretensões do doente, necessitado, argumentos fundados em questões burocráticas, de cunho orçamentário.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, conceder a segurança, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, vencido o Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins que a concedia parcialmente. Os Srs. Ministros Humberto Gomes de Barros, Eliana Calmon, Paulo Medina e Luiz Fux votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Francisco Falcão e Franciulli Netto. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro José Delgado.

Brasília (DF), 26 de fevereiro de 2003 (data do julgamento).

Ministro João Otávio de Noronha, Relator

RELATÓRIO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha: Trata-se de mandado de segurança com pedido de liminar impetrado por Pryscila Santos Loureiro Reis, representada pelo seu pai, Sr. João Carlos Reis, em face de ato do Senhor Ministro da Saúde, consubstanciado na Portaria GM/MS n. 763, de 07 de abril de 1994.

Pretende a impetrante seja reconhecida a ineficácia da portaria, “que não permite que o Ministério da Saúde financie tratamentos médicos fora do País”.

Sustenta que é portadora de doença congênita grave, denominada *mielomeningocele infantil*, que se traduz pela má formação do tubo neural, apresentando ausência de movimentação ativa dos membros inferiores (paraplegia), comprometimento de sensibilidade, bexiga com capacidade diminuída, incontinência fecal, além de outros sintomas e aspectos indicados que merecem investigação e constante monitoramento, e que o tratamento da sua enfermidade exige a utilização de um aparelho denominado *RGO — Reciprocating Gait Orthosis*, produzido, com exclusividade, por hospital sediado em Chicago, nos EUA.

Apesar das limitações financeiras, com ajuda humanitária, promoção de campanhas e recursos próprios, a família, em 1999, conseguiu obter, junto ao referido hospital, o tratamento e o aparelho mencionados. Ocorre que, hoje, o aparelho já não atende mais as suas necessidades.

Diante disso, requereu junto ao Ministério da Saúde “ajuda e o custeio do tratamento, ou seja, do aparelho, uma vez que, de acordo com o desenvolvimento da criança, tem-se que fazer as adaptações necessárias” (fl. 04), obtendo resposta negativa, ao argumento de que a Portaria GM/MS n. 763, de 07 de abril de 1994, não permite que o Ministério da Saúde financie tratamentos médicos fora do País.

Em 12.07.2002, novo ofício do Ministério da Saúde, complementando a comunicação anterior, recomenda o “encaminhamento da menor às entidades que prestam assistência em reabilitação, em específico à Sociedade Brasileira de Medicina Física e Reabilitação, localizada em São Paulo, de forma a verificar a possibilidade de um substituto para o referido aparelho” (fl. 21).

A Santa Casa de Misericórdia de São Paulo, após a avaliação da criança, observou que “a órtese já não está em tamanho adequado, necessitando de nova órtese. No entanto, a oficina ortopédica da Santa Casa de Misericórdia de São Paulo não confecciona tal órtese” (fl. 23, frente e verso).

Requer, ao final, seja concedida a segurança “para o fim de reconhecer a ineficácia da Portaria GM/MS n. 763 de 07.04.1994, e, em consequência, deter-

minar ao Senhor Ministro de Estado da Saúde, que forneça à criança Priscila Santos Loureiro, portadora de *mielomeningocele*, num prazo de 10 (dez dias), o tratamento de reabilitação que venha a necessitar (este realizado no País, conforme Ofício n. 924 do MS e nos termos do Decreto n. 3.298 de 20.12.1999), bem como o custeio do aparelho RGO — *Reciprocating Gait Orthoosis* — confeccionado no hospital Memorial Children's Hospital, localizado na cidade de Chicago nos EUA [...].” (Fl. 08)

Argumenta, ainda, que tal portaria é contrária ao entendimento da obrigação legal do Ministério da Saúde, em nome do Estado, de proteção à vida e à saúde do cidadão, conforme o previsto no art. 196 da Constituição Federal. Alega, também, que fere os direitos previstos no art. 227 da Carta Magna.

Pedido de liminar indeferido pela então Relatora, Ministra Laurita Vaz, ao entendimento de que tal medida teria natureza satisfativa, confundindo-se com o próprio mérito da impetração.

Prestadas as informações, a autoridade impetrada aduz, preliminarmente, ilegitimidade passiva **ad causam**, uma vez que a competência para analisar pedidos para tratamento médico é do Secretário de Assistência à Saúde, e carência de ação, pois a impetrante estaria se valendo de via mandamental para cobrar valores referentes a despesas de tratamento médico.

Alega, também, inadequação da via eleita para analisar pormenorizadamente os fatos alegados na inicial e decadência do direito à impetração, tendo em vista que o indeferimento do pedido administrativo ocorre com o Ofício n. 799, datado de 25 de junho de 2002, tendo sido o **mandamus** impetrado em 07 de novembro do mesmo ano, extrapolando, portanto, os cento e vinte dias previstos no art. 18 da Lei n. 1.533/1951.

No mérito, afirma que não há direito líquido e certo violado, pois, o direito à saúde insculpido na Constituição é de caráter programático, e que a Carta vigente não possui qualquer dispositivo garantindo tratamento de saúde no exterior custeado pelo Estado.

Por fim, aduz a falta de dotação orçamentária, pois, no atual ordenamento jurídico, nenhum órgão pode realizar despesas sem a devida previsão orçamentária, sob pena de incorrer em desvio de verbas.

Ouvida a Subprocuradoria Geral da República, que opinou pela concessão da segurança, em parecer assim ementado:

“Mandado de segurança. Portaria ministerial. Criança deficiente física. Aparelho ortopédico não confeccionado no País. Tratamento de reabilitação.

1. Preliminar de ilegitimidade passiva **ad causam** do Ministro de Estado da Saúde rejeitada.

2. A impetrante não ultrapassou o prazo decadencial de 120 dias estabelecido pelo art. 18 da Lei n. 1.533/1951.

3. O pedido formulado pela impetrante é compatível com a via mandamental. Portanto, não há falar em carência de ação.

4. A impetrante tem direito líquido e certo de receber, das entidades que em nosso País prestam assistência em reabilitação, tratamento adequado às suas necessidades, devendo o Estado brasileiro arcar com as despesas referentes à aquisição do aparelho denominado *Reciprocating Gait Orthosis — RGO*, confeccionado pelo Memorial Children's Hospital, em Chicago, EUA, bem como o custeio de viagem e estada no exterior.

5. Opina pela concessão da segurança.” (Fl. 57)
É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha (Relator): Inicialmente, passo ao exame das preliminares argüidas pela autoridade impetrada.

Conforme jurisprudência deste Tribunal, é parte legítima para figurar no pólo passivo da ação de mandado de segurança a autoridade que, por ação ou omissão, deu causa à lesão jurídica denunciada, detendo poderes decisórios para fazer cessar a eventual ilegalidade.

No caso dos autos, o Ministro da Saúde foi quem expediu a portaria ministerial contra a qual se insurge a impetrante, sendo, assim, parte legítima para figurar no pólo passivo da ação.

Também não há que se cogitar de decadência do direito à impetração, uma vez que, somente em 12.07.2002, data do Ofício GS/N. 924 (fls. 21/22), encaminhado em complementação ao Ofício GS/N. 799, é que a impetrante obteve do Ministério da Saúde os esclarecimentos finais relacionados com o indeferimento de seu pleito.

Tendo a ação sido ajuizada em 07.11.2002, cento e dezoito dias, portanto, após a derradeira cientificação, não opera a decadência, nos termos do artigo 18 da Lei n. 1.533/1951.

Por fim, não prospera o argumento de que a impetrante estaria se valendo da via mandamental para “cobrar valores referentes a despesas de tratamento médico”, e que, por isso, seria carecedora de ação, a teor do que prescreve a Súmula n. 269 do STF.

De fato, o que busca a impetrante no presente **mandamus** é garantir direito que reputa líquido e certo, garantido constitucionalmente. Não pede a condenação do Estado ao pagamento de qualquer quantia, senão o reconhecimento de seu direito à saúde.

Superadas as preliminares, passo ao exame de mérito.

A impetrante é portadora de doença congênita denominada mielomeningocele infantil, que se traduz na má formação do tubo neural, causando, dentre outras anomalias, ausência de movimentação ativa dos membros inferiores (paraplegia), comprometimento de sensibilidade, bexiga com capacidade diminuída e incontinência fecal.

O tratamento adequado à tal enfermidade exige a utilização de um aparelho denominado *RGO* — *Reciprocating Gait Orthoosis*, produzido, exclusivamente, pelo Memorial Children's Hospital, entidade localizada em Chicago, nos EUA, especializada na reabilitação de crianças com anomalias da espécie.

A família não possui recursos financeiros suficientes para fazer face ao tratamento da doença, sequer para bancar a aquisição do indigitado aparelho, motivo pelo qual pleiteia, via do presente mandado de segurança, que o Estado arque com as despesas necessárias.

O artigo 196 da Constituição Federal prescreve que “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

O princípio, expressamente tutelado pela Carta de 1988, veio se integrar ao conjunto de normas e prerrogativas constitucionais que, com o **status** de direitos e garantias fundamentais, tem por fim assegurar o pleno funcionamento do Estado Democrático de Direito, pautado na mais moderna concepção de cidadania.

A relevância das cláusulas que informam esta categoria de direitos é tal que a Constituição, no parágrafo 1º do artigo 5º, estabelece que “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”

Não pretendo me estender alimentando um debate que, a esta altura, reputo desnecessário, em torno do caráter programático ou não das normas ínsitas nos artigos 196 e 217 — dentre outros — da Carta da República. Como se trata de matéria já submetida aos Tribunais Superiores, peço licença para transcrever os excertos a seguir, com o propósito de abreviar as presentes considerações. Veja-se:

“As normas que promovem a garantia dos direitos fundamentais não podem ser consideradas como programáticas, porque possuem um conteúdo

que pode ser definido como tradição da civilização ocidental-cristã' e a sua regulamentação legislativa, quando houver, nada acrescentará de essencial: apenas pode ser útil (ou, porventura, necessária) pela certeza e segurança que criar quanto às condições de exercício dos direitos ou quanto à delimitação frente a outros direitos (cf. **José Luiz Bolzan**, 'Constituição ou Barbárie: perspectivas constitucionais', **in** 'A Constituição Concretizada — construindo pontes com o público e o privado', **Ingo Wolfgang Sarlet** (org.), Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2000, p. 34).

Dessarte, defronte um direito fundamental, cai por terra qualquer outra justificativa de natureza técnica ou burocrática do Poder Público, uma vez que, segundo os ensinamentos de **Ives Gandra da Silva Martins**, 'o ser humano é a única razão do Estado. O Estado está conformado para servi-lo, como instrumento por ele criado para tal finalidade. Nenhuma construção artificial, todavia, pode prevalecer sobre os seus inalienáveis direitos e liberdades, posto que o Estado é um meio de realização do ser humano e não um fim em si mesmo.' (**In** "Caderno de Direito Natural — Lei Positiva e Lei Natural", n. 1, 1ª edição, Centro de Estudos Jurídicos do Pará, 1985, p. 27)." [REsp n. 212.346/RJ, Rel. Min. Franciulli Neto]

"Ementa: Paciente com HIV/AIDS — Pessoa destituída de recursos financeiros — Direito à vida e à saúde — Fornecimento gratuito de medicamentos — Dever constitucional do poder público (cf, arts. 5º, **caput**, e 196) — Precedentes (STF) — Recurso de agravo improvido.

O direito à saúde representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida.

— O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular — e implementar — políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar.

— O direito à saúde — além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas — representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de

incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional.

A interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional incosequente.

— O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política — que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro — não pode converter-se em promessa constitucional incosequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu imposterável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.

(...)” [REsp n. 271.286 AgR/RS, Rel. Min. Celso de Mello]

Não é demasiado acrescentar que a Lei n. 8.080, de 19.09.1990 (Lei Orgânica da Saúde), ao dispor sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes, regulamentando o Sistema Único de Saúde, repercute o princípio da integralidade da assistência médica preventiva e curativa. **Verbis:**

“Art. 7º. As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios:

I - (...)

II - integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema;

Com base nos fundamentos retrocitados, entendo que, independentemente do caráter programático ou não das normas expressas nos artigos 196 e 217 da Carta Constitucional, não há como o Estado se recusar a oferecer tratamento médico adequado à pessoa doente e necessitada, de modo a garantir-lhe condições mínimas de sobrevivência.

Aliás, no caso dos autos, é importante salientar que, em momento algum, o Ministério da Saúde manifestou desprezo pela situação da impetrante. Ao contrário, ciente de suas responsabilidades legais e sintonizado com os princípios que agasalham o direito à vida e à saúde, agiu proativamente, quando determinou o encaminhamento da impetrante “às entidades que prestam assistência em reabilitação, em

específico à Sociedade Brasileira de Medicina Física e Reabilitação, localizada em São Paulo, de forma a verificar a possibilidade de um substituto para o referido aparelho”, conforme noticiado no Ofício GS/N. 924, de 25.06.2002, à fl. 21.

No mesmo documento, lê-se que “esta SAS/MS submeteu o assunto ao conhecimento e providências da Secretaria Municipal de Saúde de Juiz de Fora, tendo em vista a responsabilidade do gestor local do Sistema Único de Saúde em garantir o acesso aos seus munícipes na prestação de serviços não disponibilizados em seu território, mediado pela relação com a Secretaria de Estado da Saúde e demais Secretarias Municipais. (...)”

Vê-se que o núcleo da controvérsia objeto do presente **mandamus** não reside, propriamente, na recusa do Estado em acatar os mandamentos constitucionais que informam o Direito à Vida e à Saúde. Cinge-se, isto sim, tão-só, ao exame da juridicidade da Portaria GM/MS n. 763, de 07 de abril de 1994, que, segundo consta, veda a concessão de auxílios financeiros para a realização de tratamento médico no exterior.

Os fundamentos que, segundo a autoridade coatora, justificaram a edição da indigitada portaria constam do item 22 do Parecer emitido pela sua área jurídica (fl. 47), que assim consignou:

- “i) no Brasil são realizados atualmente quase todos os procedimentos determinados pela moderna tecnologia em saúde;
- ii) muitos dos tratamentos fora do País se revestem de caráter experimental;
- iii) existem diversos Centros de Excelência e Relevância para prestação de assistência médica realizada em nosso País;
- iv) as ações e serviços públicos de saúde preconizados pela Carta Magna estão consubstanciados na Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990, que exige do Estado ações e serviços de saúde, circunscritos tão-somente ao território nacional”.

A despeito de reconhecer méritos na conduta da Administração, sobretudo porque são conhecidas de todos nós as dificuldades enfrentadas pelo Ministério da Saúde, diante da escassez de recursos reservados para o atendimento de milhões de doentes, necessitados de cuidados médicos, no País, é certo que não se pode generalizar a aplicação da regra, a ponto de abandonar, à sua própria sorte, aqueles que, comprovadamente, não podem obter o tratamento adequado dentro das fronteiras do País.

Não há de prevalecer, portanto, a restrição plena quanto a tratamentos fora do País, por afronta direta aos princípios constitucionais e legais aqui ventilados.

Aliás, a interpretação da regra que mais se coaduna com os interesses ora em conflito deve ser realizada com base em outra premissa, qual seja, a de que havendo no País tratamento satisfatório para a doença, não se justifica que o Estado disponibilize recursos para tratamento no exterior.

Não é por outras razões que o Ministério Público Federal, convencido de que a impetrante, mesmo seguindo as indicações feitas pela Secretaria de Assistência à Saúde, não logrou êxito em obter o aparelho de que tanto necessita de entidade sediada no País, opinou pela concessão da segurança, em parecer cuja ementa traz o seguinte extrato: “(...) 4. A impetrante tem direito líquido e certo de receber, das entidades que em nosso País prestam assistência em reabilitação, tratamento adequado às suas necessidades, devendo o Estado brasileiro arcar com as despesas referentes à aquisição do aparelho denominado *Reciprocating Gait Orthosis — RGO*, confeccionado pelo Memorial Children’s Hospital, em Chicago, EUA, bem como o custeio de viagem e estada no exterior” (fl. 57).

De fato, a documentação acostada pela impetrante demonstra, sobejamente, que o aparelho médico denominado *RGO — Reciprocating Gait Orthosis* é de fundamental importância para a sua sobrevivência, com um mínimo que seja de qualidade de vida.

Quanto à possibilidade de se obter o aparelho em alguma instituição médica sediada no País, é a própria Secretaria de Assistência à Saúde, órgão do Ministério da Saúde, quem atesta, no item 2 do Ofício GS/N. 924, de 12.07.2002, que “não é ele confeccionado na Rede Sarah ou no País” (fl. 21).

Igualmente comprovado nos autos que os pais da impetrante não têm condições econômicas de arcar com as despesas necessárias à aquisição do indigitado aparelho.

Demonstrado, assim, a meu sentir, o direito líquido e certo da impetrante em obter o auxílio do Estado na aquisição do aparelho de que necessita, só fabricado no exterior, não podendo servir de óbice às suas pretensões argumentos fundados em questões burocráticas, de cunho orçamentário.

Aliás, seria verdadeiro contrasenso jurídico admitir que meras rotinas administrativas, idealizadas com o propósito de otimizar a prestação dos serviços de saúde pelo Estado, possam prevalecer sobre os interesses maiores da comunidade, destinatária destes serviços, fazendo-a refém dos procedimentos. Ademais, a Administração deve prever a ocorrência de situações excepcionais ou emergenciais, reservando, no orçamento, recursos suficientes para atendê-las.

Ante o exposto, concedo a segurança, para determinar à autoridade impetrada que forneça à impetrante o aparelho denominado *RGO — Reciprocating Gait Orthosis*, fabricado em Chicago, nos Estados Unidos da América, pelo Memorial Children’s

Hospital, bem assim que lhe seja proporcionado o tratamento fisioterápico necessário à sua reabilitação, por intermédio de instituição médica sediada no Brasil, preferencialmente aquela noticiada no Ofício de fl. 21, do Ministério da Saúde, arcando, para tanto, com todos os custos necessários à implementação das medidas, inclusive viagem e estada no exterior para a impetrante e seu pai.

Considerando a evolução da engenharia médica no País, que faz antever, para um futuro próximo, o desenvolvimento do aparelho *RGO* — *Reciprocating Gait Orthosis* por entidades especializadas sediadas no próprio Brasil, as reposições do indigitado equipamento terapêutico, quando se fizerem necessárias, deverão priorizar o eventual similar nacional.

É como voto.

VOTO-VOGAL

O Sr. Ministro Luiz Fux: Sr. Presidente, hoje, toda decisão judicial deve passar, necessariamente, pelas questões postas na Constituição Federal, em suas promessas e premissas, posto manifesto o fenômeno da constitucionalização em todos os ramos do Direito. Um País que promete, em sua Constituição Federal, o respeito à dignidade humana não pode condescender em assistir impassível à morte de uma criança por falta do instrumento capaz de conceder-lhe a vida. Imaginei que só os médicos poderiam conceder a vida, verifico que à Justiça também é possível. Aliás essa nossa decisão resgata um pouco do apreço pelo Poder Judiciário.

A Constituição promete mais: ela diz que a saúde é direito do cidadão e dever do Estado. Ora, se a todo direito corresponde uma ação que o assegure, esta é a ação própria, e a solução deve ser rápida, uma vez que uma criança está numa situação absolutamente periclitante.

O próprio Supremo Tribunal Federal tem decidido no sentido de admitir tratamento no exterior nesses casos limítrofes.

De sorte que, respeitadas as dificuldades do Erário, e pedindo vênia ao Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros, de quem discordo apenas na comparação, acompanho o voto do Sr. Ministro-Relator, concedendo a segurança.

VOTO-VENCIDO

O Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins: Senhor Presidente, **data venia**, denego a segurança.

