



**ESTADO DO PIAUÍ**  
**JUIZO DE DIREITO DA COMARCA DE MANOEL EMÍDIO**

**DECISÃO**

Cuidam-se os autos de Embargos de Declaração opostos por ISABEL MARIA DA CONCEIÇÃO LIMA contra decisão que reconheceu, *ex officio*, a incompetência desse Juízo para processar e julgar o presente processo, por figurar, no polo passivo da lide, o Estado de São Paulo.

Decido.

É cediço que os embargos de declaração têm como finalidade ordinária à supressão de omissão, obscuridade ou contradição contida em sentença ou acórdão.

Entrementes, a doutrina e a jurisprudência vêm admitindo que vícios de matéria de ordem pública, como a incompetência absoluta, possam ser corrigidos através da oposição dos aclaratórios, uma vez que não se submetem ao fenômeno da preclusão.

Nesse sentido:

RECURSO ESPECIAL. INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. ARGÜIÇÃO EM SEDE DE EMBARGOS DE DECLARATÓRIOS. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PRONUNCIAMENTO DA CORTE A QUO. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. CARACTERIZAÇÃO. RETORNO DOS AUTOS AO TRIBUNAL DE ORIGEM.

1. Por tratar-se de matéria de ordem pública, a incompetência absoluta deve ser apreciada em qualquer tempo e grau de jurisdição, inclusive em sede de embargos declaratórios. Precedentes desta Corte.

2. Constatando-se que o acórdão prolatado no julgamento do recurso integrativo não apreciou a obscuridade apontada, resta caracterizada a violação ao art. 535 do Código de Processo Civil, impondo-se o retorno dos autos ao Tribunal de origem para novo julgamento.

3. Recurso especial conhecido e provido."

Ante (REsp nº 782.134/MG, Relatora a Ministra LAURITA VAZ, DJU de 28/11/2005).

Nessa mesma alheta:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ALEGAÇÃO DE DECADÊNCIA EM SEDE DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. POSSIBILIDADE. INOCORRÊNCIA. CONTRADIÇÃO. INEXISTENTE. PRETENSÃO DE REFORMA DO JULGADO. VIA PROCESSUAL INADEQUADA. REJEIÇÃO. 1. A decadência pode ser alegada em qualquer tempo e grau de jurisdição, haja vista, tratar-se de questão de ordem pública, podendo até mesmo ser levantada em sede de embargos de declaração conforme o entendimento do Colendo STJ. (...) A pretensão de reforma do julgado deve ser deduzida em sede processual adequada. Embargos de Declaração Rejeitados. (TJ-PR - EMBDECCV: 444913801 PR 0444913-8/01, Relator: Rosene Arão de Cristo Pereira, Data de Julgamento: 23/09/2008, 5ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 7718).

Assim sendo, nada obstante a falta de omissão, contradição e obscuridade a ser sanada, passo a reapreciar, por intermédio desse recurso, a competência desse Juízo para análise da contenda.

Perlustrando os autos, observa-se que a demanda envolve competência territorial, de natureza relativa, sendo, portanto, vedado ao órgão julgador declarar-la de ofício, sob pena de violação à inteligência da Súmula 33 do STJ<sup>1</sup>.

Além disso, o Tribunal da Cidadania já firmou entendimento no sentido de que inexistente foro privilegiado de Estado-membro, estando submetido às regras de competência *ratione loci* previstas no art. 100, IV e V, do CPC:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. SÚMULA N. 282/STF. FORO COMPETENTE. AÇÃO FISCAL. ESTADO-MEMBRO. ART. 100, INCISO IV, ALÍNEA D, DO CPC. AÇÃO DECLARATÓRIA E EXECUÇÃO FISCAL. CONEXAO.PRECEDENTES.

1. Aplica-se o óbice previsto na Súmula n. 282 do STF na hipótese em que a questão infraconstitucional suscitada no recurso especial não foi enfocada no aresto recorrido.

2. O STJ firmou o entendimento de que Estado-Membro não possui foro privilegiado, mas apenas Varas Especializadas, podendo ser demandado tanto no foro da capital quanto no foro do cumprimento da obrigação.

3 (...)

5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido.

(REsp 193725/SC, Rel. Ministro JOAO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/02/2005, DJ 16/05/2005 p. 275).

Ressalte-se ademais o teor da Súmula 206/STJ que dispõe que: "a existência de vara privativa, instituída por lei estadual, não altera a competência territorial resultante das leis de processo".

Desta forma, há de ser mantida, nesse átimo, a competência desse Juízo.

---

<sup>1</sup> Súmula 33 do STJ: "A incompetência relativa não pode ser declarada de ofício".

Pelo exposto, ACOLHO os embargos de declaração para o fim de reconhecer a competência desse Juízo para processar e julgar o presente processo.

Reconhecida a competência, aprecio, de logo, nesta decisão, o pedido liminar, por questão de economia e celeridade processuais e por ainda envolver demanda de saúde.

Pois bem.

Trata-se de Ação de Obrigação de Fazer para fornecimento de medicamento experimental proposta por ISABEL MARIA DA CONCEIÇÃO LIMA contra a UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO (USP) – Unidade Universitária do Instituto de Química de São Carlos e o ESTADO DE SÃO PAULO, com a finalidade de obter o fornecimento da substância fosfoetanolamina sintética sob o fundamento de que padece de adenocarcinoma metastático (M8140/3).

Em síntese, assevera que teve conhecimento da existência de tratamento experimental com a substância fosfoetanolamina no Instituto de Química da USP - São Carlos, desenvolvido pelo Dr. Gilberto Orivaldo Chierice, que não provoca efeitos colaterais e tem prolongado vidas com grandes melhorias no quadro geral da doença.

No entanto, esclarece que a USP determinou, por meio da Portaria IQSC 1389/2014, a interrupção da produção e distribuição, enquanto a fosfoetanolamina não for liberada pelos órgãos competentes.

Assim, pede a concessão de tutela antecipada e que os requeridos sejam condenados ao fornecimento da medicação experimental. Juntou documentos.

Decido.

O pedido liminar deve ser albergado.

De limiar, é importante destacar a decisão proferida pelo intimorato Juiz da 2ª Vara da Comarca de Campo Maior, Júlio Cesar Meneses Garcez, que deferiu pedido semelhante com espeque, dentre outros argumentos, no “direito fundamental de disposição do próprio corpo”, e também no “respeito à autonomia de vontade”. Senão vejamos:

O direito, portanto, em questão é o respeito à autonomia de vontade do próprio corpo, cuja proteção conferi ao indivíduo de determinar, de forma autônoma, o seu próprio destino. A proteção de autodeterminação da vontade o seu destino, como garantia de liberdade incerta na dignidade da pessoa, foi preconizada ainda no Século XIX por Start Mill, precursor da corrente ética utilitarista, onde indicou, em seu Ensaio sobre Liberdade, que “cada ser humano deve ser responsável por seus próprios atos”<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> Disponível em: < [http://www.tjpi.jus.br/site/uploads/noticias/anexos/3961\\_316.pdf](http://www.tjpi.jus.br/site/uploads/noticias/anexos/3961_316.pdf)>. Acesso em: 07 de janeiro de 2016.

Adoto integralmente o predito entendimento através da técnica de fundamentação *per relationem*, oportunidade em que acresço à presente “ratio decidendi” outros argumentos conforme doravante será explicitado.

A autora enfrenta o relógio de uma doença terminal, adenocarcinoma metastático (M8140/3), atingindo os pulmões e a mama, conforme laudos adunados aos autos. Quase no parar desse “tic e tac” perverso, eis que surge uma esperança, a fosfoetanolamina sintética, antitumoral encontrado no próprio organismo humano, com potenciais chances de recuperação e cura do câncer.

A substância foi produzida pela primeira vez no Instituto de Química de São Carlos da USP como parte de um estudo laboratorial criado por um químico, chamado Dr. Gilberto Chierice, para descobrir uma substância que auxiliasse no tratamento do câncer<sup>3</sup>.

Durante anos, apesar da ausência de registro na ANVISA, a indigitada Universidade produziu e distribuiu gratuitamente essa substância, existindo relatos de diversos pacientes no sentido da melhora e até cura da enfermidade<sup>4</sup>.

Há inclusive dissertação de mestrado<sup>5</sup> do pesquisador Renato Meneguelo, registrando que, nos estudos feitos com camundongos, não houve alterações das células normais, nem os efeitos colaterais dos quimioterápicos convencionais, sendo que os animais estudados apresentaram significativa redução da carga tumoral, mostrando inibição da capacidade de crescimento e metastatização.

No entanto, em junho de 2014, o Diretor do Instituto de Química dessa Universidade resolveu editar a Portaria IQSC 1.389/2014, vedando a produção e distribuição de substâncias sem as devidas licenças e registros, proibindo, em última análise, o fornecimento da fosfoetanolamina sintética.

Se por uma banda é sabido que os estudos acerca da eficácia da substância para tratamento do câncer ainda não são conclusivos, orientados os usuários nesse sentido, por outra banda não se pode negar os relatos das reações benéficas daqueles que a utilizaram.

Trata-se de garantir o direito humano à vida, bem maior consagrado pela Constituição Federal, corolário da dignidade da pessoa humana. Além disso, há também

---

<sup>3</sup> Disponível em: < <http://www.tuasaude.com/fosfoetanolamina-sintetica/>>. Acesso em 16 jan. 2016.

<sup>4</sup> Disponível em: <http://noticias.uol.com.br/saude/listas/a-droga-da-usp-contr-o-cancer-funciona-veja-depoimentos.htm>. Acesso em 16 jan. 2016

<sup>5</sup> Disponível em: < <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/82/82131/tde-12022008-135651/pt-br.php>>. Acesso em 16 jan. 2016

o direito à saúde, protegido constitucionalmente, a partir do qual é dever do Estado, por meio de suas entidades públicas (administração direta e indireta), a sua tutela.

O direito à saúde não pode ser considerado como uma promessa constitucional insequente, nem um dever ilimitado do Estado. Constitui garantia para o cidadão e dívida estatal de prestações positivas que concretizem a busca do bem-estar físico e mental da população; um direito fundamental de segunda geração, que reside em um terreno permeado por princípios e diretrizes que se prestam a muitos conflitos, devido à dimensão coletiva e individual da saúde.

Revela-se, portanto, *inconstitucional* a restrição trazida pela vergastada portaria por violação ao direito à dignidade, à vida e à saúde.

Por outro lado, além do respaldo constitucional, o pedido encontra-se consonância com o direito fundamental internacionalmente consagrado: *right to try*, também chamado de *derecho a que sea intentado*, ou, em português, *direito de o paciente tentar a cura*.

Registre-se que, imbuído desse espírito protetivo, a Corte Constitucional da Colômbia, em caso que envolvia doentes terminais, decidiu que existia *um direito fundamental* a que fossem tentados tratamentos experimentais, ainda não aprovados pelos órgãos reguladores, por se tratar de um direito inerente à dignidade humana:

Al respecto, la Sala considera que si bien el derecho fundamental “*a que sea intentado*” o “*right to try*”, guarda en sus orígenes una relación con el suministro de tratamientos, procedimientos y medicamentos experimentales para enfermos terminales, dado que se trata de un derecho inherente a la dignidad humana (art. 94 Superior)<sup>6</sup>.

Destaque-se, ademais, que o aludido direito tem sido objeto de recentes alterações legislativas nos Estados Unidos, pelo menos, em doze estados norte-americanos, foram aprovadas leis<sup>7</sup>, autorizando os enfermos terminais a terem acesso aos produtos de investigação e participarem de pesquisas ainda não aprovadas pelo órgão regulador, no caso, a FDA. Tais normativos basearam-se no julgado *Abigail Alliance for Better Access to Developmental Drugs and Washington Legal Foundation, appellants vs. Eschenbach*, proferido em 2007 pela Corte de Apelações do Distrito de Columbia, no qual, ao se discutir acerca do *right to try*, firmou-se o entendimento de que “quando não

---

<sup>6</sup> Corte Constitucional da Colombia. Fallo de tutela T-057 de 2015. Disponível em:< <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-057-15.htm>>. Acesso em: 15 jan. 2016.

<sup>7</sup> Disponível em:< <http://www.ncsl.org/documents/health/RighttoTry2015.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2016.

existam opções de tratamento, com base no consentimento informado, o paciente tem direito a acessar medicamentos e tratamentos que se encontram em fase inicial de aprovação pelo órgão regulador”.<sup>8</sup>

Nesse sentido, é de ser aplicada ao caso dos autos a predita jurisprudência estrangeira mediante um diálogo judicial (judicial dialogue) de caráter internacional, criando um frutífero processo de fertilização cruzada<sup>9</sup> (*cross-fertilization*) de experiências constitucionais.

Ora, questões envolvendo, principalmente, direitos humanos ou fundamentais, tornam-se concomitantemente relevantes para mais de uma ordem jurídica (estatal, regional, supranacional ou internacional), de maneira que a procura por soluções apenas em uma destas esferas já não pode mais ser considerada como a saída mais eficaz na resolução de dilemas comuns. Neste diapasão, os diálogos emergem como um reflexo de alargamento da mentalidade judiciária, coadunado com a ideia de fertilização recíproca<sup>10</sup> na busca de referências a julgamentos estrangeiros e de intercâmbio de argumentos entre juízes e tribunais, com o escopo da construção de valores comuns para a humanidade

Como se não bastasse, o pedido sub examine encontra-se guardada ainda em compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, a saber, Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (art. 12) e Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 5º), em que preveem o direito à saúde como um direito humano e fundamental, de observância obrigatória pelos signatários.

Ante o *status* supralegal dos tratados de direitos humanos, reconhecido no arquétipo decisório RE 466.343-1/SP, a partir do voto do ministro Gilmar Mendes, criou-se um novo paradigma de controle da atividade legislativa doméstica, emergindo um novo desafio ao magistrado nacional, quando da análise do caso concreto, devendo proceder, além do costumeiro juízo de constitucionalidade da norma aplicável (controle difuso de constitucionalidade), a um juízo de convencionalidade (controle difuso de

---

<sup>8</sup> Corte de Apelaciones del Distrito de Columbia, sentencia del 7 de agosto de 2007, No. 04-5350, asunto *Abigail Alliance for Better Access to Developmental Drugs and Washington Legal Foundation, appellants vs. Eschenbach*. Disponível em: <<http://caselaw.findlaw.com/us-dc-circuit/1098828.html>>. Acesso em: 15 jan. 2016.

<sup>9</sup> Fertilização Cruzada é o termo utilizado pela Profa. Delmas-Marty para identificar a troca de jurisprudência e de doutrina na busca de uma harmonização do Direito. DELMAS-MARTY, Mireille. The Contribution of Comparative Law to a Pluralist Conception of International Criminal Law. In: *Journal of International Criminal Justice*, 2003, 13-25. p. 15.

<sup>10</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p.35.

convencionalidade). Por essa suprallegalidade, tais tratados paralisam a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante.

A ideia de controle de convencionalidade exercida por órgãos jurisdicionais internos foi particularmente desenvolvida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no *leading case Almonacid Arellano*<sup>11</sup> em que ficou consignado que:

quando um Estado ratifica um tratado internacional, como a Convenção Americana de Direitos Humanos, tais juízes, como integrantes aparato estatal, também estão a ela submetidos, obrigados a velar por todos os efeitos das disposições da Convenção (...). Em outras palavras, o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de ‘controle de convencionalidade’ entre as normas jurídicas internas que aplicam nos casos concretos e a Convenção Americana de Direitos Humanos.

Nesse ponto, merece destaque o papel do magistrado nacional como guardião desse *corpus iuris* americano.<sup>12</sup>

Face ao exposto, realizando o devido *controle de convencionalidade* no caso dos autos, afastando a Portaria IQSC 1389/2014, uma vez que colide com as disposições dos aludidos instrumentos internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil.

De outra parte, a própria Lei nº 6.360/76, que dispõe sobre a Vigilância Sanitária a que ficam sujeitos os medicamentos, as drogas, os insumos farmacêuticos e correlatos, cosméticos, saneantes e outros produtos, *dispensa*, em seu art. 24, a necessidade de registro:

Estão isentos de registro os medicamentos novos, destinados exclusivamente a uso experimental, sob controle médico, podendo, inclusive, ser importados mediante expressa autorização do Ministério da Saúde.

Portanto, malgrado, em princípio, seja descabido o fornecimento de medicamentos que não possuem registro na ANVISA, em situações excepcionais, em face de risco de morte, como sucede nos autos, tem-se relativizado tal restrição.

Afinando-se com a mesmíssima clave, estribilha a jurisprudência pátria:

---

<sup>11</sup> Corte IDH. Caso *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No 154, párrafo 124.

<sup>12</sup> Sobre o tema, já proféri algumas palestras defendendo o controle de convencionalidade pelo Juiz nacional e seu papel como guardião da convencionalidade das normas: OLIVEIRA, Thiago Aleluia Ferreira de. *Diálogos Interjurisdicionais e o Controle de Convencionalidade*. In: III Congresso Brasileiro de Processo Coletivo e Cidadania, 2015, Ribeirão Preto. *Anais*. Ribeirão Preto: Unaerp, 2015; \_\_\_\_\_. *Audiência de Custódia do Brasil: algumas reflexões*. In: CONPEDI UFS, 2015. *Anais*. Aracaju: Conpedi, 2015.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS NÃO REGISTRADO NA ANVISA. O fornecimento de medicamentos que não contam com registro na ANVISA devem ser evitados, mas, excepcionalmente, em circunstâncias em que comprovada a necessidade do paciente, deve ser relativizada a restrição. No caso em comento a exceção tem o escopo de proteger a acuidade visual da adolescente. DERAM PROVIMENTO AO RECURSO. (Agravado de Instrumento Nº 70061964938, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alzir Felipe Schmitz, Julgado em 11/12/2014). (TJ-RS – AI: 70061964938 RS, Relator: Alzir Felipe Schmitz, Data de Julgamento: 11/12/2014, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 15/12/2014).

Frise-se que o próprio STF, na relatoria do ministro Edson Fachin, deferiu liminar suspendendo a decisão da Presidência do Tribunal de Justiça de São Paulo, que determinara o sobrestamento de liminares concedidas, para determinar o fornecimento da substância fosfoetanolamina sintética (PET 5828).

Quanto aos requisitos da antecipação dos efeitos da tutela, entremostra-se, em sede de cognição sumária, a verossimilhança do fundamento da demanda, ante o diagnóstico revelador da grave doença que acomete a autora e da necessidade da substância específica para o seu tratamento e cura, além da reconhecida inconstitucionalidade, inconveniência e ilegalidade da Portaria IQSC 1389/2014 frente ao inquestionável direito à saúde – inalienável e irrenunciável.

Presente ainda o justificado receio de ineficácia do provimento final, caracterizado “in casu”, pelo agravamento da patologia em razão do não fornecimento da propalada substância, indispensável e urgente para a vida da paciente,

Assim sendo, é irretorquível o acolhimento do pedido liminar requerido, com fulcro no art. 273 do CPC.

Por fim, importa esclarecer que esse julgamento não se funda em paixão ou compaixão, mas deriva de uma intersubjetividade lastreada no direito comparado e nacional (legislação, princípios constitucionais e precedentes de DNA constitucional). Como já defendido<sup>13</sup>, em uma democracia, os direitos não podem depender de escolhas subjetivas, pessoais, voluntaristas e políticas do julgador. Há uma responsabilidade política<sup>14</sup> (*accountability*) dos juízes e tribunais, representada pelo dever de justificar suas decisões com base em argumentos de princípio, e não de política, de moral ou convicções pessoais, em consonância ao artigo 93, inciso IX, da CF.

---

<sup>13</sup> OLIVEIRA, Thiago Aleluia Ferreira. Os Dois Corpos Do Rei, Os Dois Corpos Do Juiz In: CONPEDI UFS, Teorias do Direito. 2015, Aracaju. **Anais**. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/bx47d9jb/j6u47Bg4HtMk1c40.pdf>. Acesso em 17 jan. 2015.

<sup>14</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípios*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.



Diante do exposto, DEFIRO o pedido de antecipação dos efeitos da tutela e determino que os requeridos, no prazo de cinco dias, disponibilizem a substância FOSFOETANOLAMINA SINTÉTICA à parte autora, em quantidade suficiente para garantir o seu tratamento, que deverá ser indicada pelo Instituto de Química, responsável pela pesquisa, que já a forneceu a inúmeros pacientes, devendo as questões burocráticas ser tratadas entre o Estado e sua autarquia, diretamente. Os custos da postagem de envio ficarão a cargo da parte autora.

Para o caso de descumprimento, fixo multa diária de R\$ 1.000,00 (mil reais) na pessoa do gestor.

Citem-se os réus para, querendo, oferecer resposta no prazo legal, intimando-os desta decisão.

Defiro o benefício a justiça gratuita.

Dê-se ciência ao Ministério Público.

Manoel Emídio, 17 de janeiro de 2016.

  
Thiago Aelúia F. de Oliveira  
Juiz de Direito *respondendo*