



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760

SENTENÇA

Processo nº: **1014873-17.2015.8.26.0566**
 Classe - Assunto: **Procedimento Comum - Saúde**
 Requerente: **Antonio Rachella e outros**
 Requerido: **Universidade de São Paulo – Usp - Instituto de Química de São Carlos e outro**

Justiça Gratuita

Juiz(a) de Direito: Dr(a). **Gabriela Müller Carioba Attanasio**

Vistos.

Antonio Rachella, Claudio Guimaraes dos Santos, Dalva Gloria Ferreira França Barbacena, Juventina Luiza Lamounier e Lauro Bento de Souza propõe esta ação contra "Fazenda do Estado de São Paulo e Universidade de São Paulo – Usp - Instituto de Química de São Carlos, aduzindo que é portador (a) de câncer e necessita, para o tratamento, da substância *fosfoetanolamina sintética*, que era produzida pelo Instituto de Química da USP de São Carlos.

O feito foi contestado.

Houve despacho determinando aos autores que se manifestassem sobre a possibilidade de extinção do processo, sem julgamento do mérito (fl. 455).

O prazo para resposta fluiu em branco.

É o relatório.

Fundamento e decido.

Este juízo analisará a questão considerando o Estado de domicílio de cada autor:

Relativamente ao autor **Antonio Rachella**, domiciliado no Estado de São Paulo:

É o caso de se reconhecer a ilegitimidade da USP, para figurar no polo passivo do presente feito, pois se trata de condição da ação, sendo, portanto, matéria de ordem pública, que pode e deve ser conhecida de ofício pelo juiz, nos termos do § 3º, do artigo 485, e § 5º do artigo 337 ambos do Código de Processo Civil.

O C. Supremo Tribunal Federal, nos autos da Suspensão de Tutela



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760

Antecipada n.º 828/SP, interposta em face de decisão proferida no Agravo de Instrumento n.º 2242691-89.2015.8.26.0000, cujo trâmite se deu perante a C. 11.ª Câmara de Direito Público do E. TJSP, houve por bem, por intermédio de decisão do Exmo. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, determinar a suspensão de todas as decisões judiciais, de primeira ou segunda Instância, que determinem à Universidade de São Paulo USP, ora agravada, o fornecimento da substância “fosfoetanolamina sintética” para o tratamento de câncer, conforme determinado de forma vinculante, in verbis: “Isso posto, defiro em parte o pedido para suspender a execução da tutela antecipada concedida no Agravo de Instrumento 2242691-89.2015.8.26.0000, em trâmite perante a 11.ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim como todas as decisões judiciais proferidas em âmbito nacional no mesmo sentido, indicadas ou não nos autos, que tenham determinado à Universidade de São Paulo o fornecimento da substância “fosfoetanolamina sintética” para tratamento de câncer, até os seus respectivos trânsitos em julgado, mantido, porém, o seu fornecimento, enquanto remanescer o estoque do referido composto, observada a primazia aos pedidos mais antigos” e, pelo que foi amplamente noticiado, o laboratório da USP, onde era produzida a fosfoetanolamina, foi lacrado, pois o único funcionário detentor do conhecimento da fórmula para produzi-la, foi cedido, em prol da pesquisa que está sendo realizada pelo Instituto do Câncer, por iniciativa do Estado de São Paulo, sendo inviável a manutenção da autarquia no polo passivo da ação.

Nesse sentido:

"Agravo de Instrumento Antecipação de tutela Fornecimento de “Fosfoetanolamina sintética” (“pílula do câncer”). Portador de câncer no estômago. Admissibilidade. Presentes os requisitos legais, deve ser concedida a antecipação dos efeitos da tutela ante a necessidade de preservação do direito à vida Superada a questão relativa à ausência de registro de substância experimental junto aos órgãos de vigilância de saúde e/ou sanitária com a promulgação da Lei Federal n.º 13.269/16 Estado de São Paulo que já se encontra aparelhado a providenciar o fornecimento da substância ao agravante. Universidade de São Paulo (USP) que deve ser excluída do polo passivo da demanda originária em razão de decisão proferida pelo C. Supremo Tribunal Federal Decisão do E. Órgão Especial que não ostenta efeito erga omnes. Recurso parcialmente provido".



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760

(Agravado de Instrumento n.º 2271451-48.2015.8.26.0000 – datado de 20 de maio de 2016 – Relator: Renato Delbianco).

"Agravado de instrumento. Decisão que negou liminar para fornecimento da fosfoetanolamina sintética. Ilegitimidade passiva da USP. Legitimidade do Estado de São Paulo. Ausência de registro na ANVISA que não impede a dispensação. Lei nº 6.360/76, art. 24. Paciente portadora de neoplasia maligna comprovada em relatório médico. Prevalência do direito à vida e à saúde. Recurso provido". (Agravado de Instrumento nº 2060528-10.2016.8.26.0000; Relator(a): Carlos Violante; Comarca: São Carlos; Órgão julgador: 2ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 07/06/2016; Data de registro: 28/07/2016).

Assim, a USP, como autarquia estadual, não pode mais figurar no polo passivo da ação, pois a sua inclusão no processo decorria do fato de que era ela quem produzia a substância, já que não tem como fim precípua prestar atendimento à saúde (ente pertencente à Administração Indireta do Estado de São Paulo e, portanto, fora do rol dos entes solidários do art. 198 da Constituição Federal).

Deixo de apreciar as demais preliminares, nos termos do artigo 488 do CPC.

Já em relação ao Estado de São Paulo, ressalvado o entendimento pessoal deste Juízo, curva-se ao pronunciamento majoritário da jurisprudência, para desacolher o pedido da parte autora, sob o fundamento de que não há eficácia comprovada, havendo risco à saúde, conforme precedentes do Pretório Excelso; trata-se de droga ainda em fase experimental, destituída de registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, tendo o C. Supremo Tribunal Federal, nos autos da ADI nº 5501, deferido liminar para suspender a eficácia da Lei nº 13.269/2016, que autoriza a sua fabricação.

APELAÇÃO CÍVEL. Fornecimento gratuito da substância Fosfoetanolamina Sintética Paciente portador de câncer. Substância ainda experimental. Existência de Portaria da USP que impede a manipulação e distribuição da substância. Ausência de relatório médico indicando o uso da substância como meio eficaz na cura do câncer. Recursos providos. (Apelação nº 10131.7-58.2015.8.26.0566, 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Rel. Des. Maria Laura Tavares, julgado em 5/12/2016).



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760

MEDICAMENTO. Fosfoetanolamina sintética. Ilegitimidade passiva da Fazenda do Estado proclamada em agravo de instrumento precedente. Preliminares rejeitadas. Ausência de prescrição médica com encaminhamento ao uso da substância colimada. Inexistência de obrigação imputável à USP de produzi-la, notadamente em escala industrial. Sentença de procedência reformada. Apelação da Universidade provida para julgar improcedente a ação. (Apelação nº 1010698-77.2015.8.26.2015, 7ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, Rel. Des. Coimbra Schmidt, julgado em 30/01/2017).

CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. DIREITO À SAÚDE. SUBSTÂNCIA DE USO EXPERIMENTAL - FOSFOETANOLAMINA SINTÉTICA FORNECIMENTO PELO ESTADO - CONDIÇÕES DA AÇÃO- LEGITIMAÇÃO PASSIVA - CERCEAMENTO DE DEFESA- INEXISTÊNCIA DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. 1. A legitimação para agir é condição da ação relacionada à qualidade da parte e ordinariamente reconhecida aos titulares dos interesses em conflito. Pretensão fundada no direito à saúde (art. 196 CF). Obrigação solidária de responsabilidade dos entes federados. Legitimação passiva do Estado. Ilegitimidade da USP. Extinção do processo, sem resolução de mérito. 2. Questão de mérito de direito. Desnecessidade de produção de prova pericial. Inutilidade da perícia para suprir a falta de pesquisa científica destinada a demonstrar a segurança e eficácia da substância pretendida. 3. O fornecimento de droga ou substância de uso experimental sem o controle prévio de viabilidade sanitária é medida que atenta contra o dever constitucional de tutela da saúde da população pela qual o Estado deve zelar. Obrigação de fazer inexistente. Pedido improcedente. Sentença reformada. Reexame necessário, considerado interposto, acolhido. Recurso do Ministério Público desprovido. Recursos das rés providos. (Apelação nº 1009294-88.2015.8.26.0566, 9ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Rel. Des. Décio Notarangel, julgado em 30/11/2016).

RECURSO DE APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO. PEDIDO LIMINAR. PLEITO DE FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO EXPERIMENTAL E SEM REGISTRO NA ANVISA. FOSFOETANOLAMINA SINTÉTICA, CUJA DISPONIBILIZAÇÃO FOI INTERROMPIDA PELA CORRÉ USP. Sentença que julgou a ação procedente, condenando a USP e o Estado a colocar à disposição do autor



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760

quantidade suficiente da substância para seu tratamento, suspendendo a Portaria IQSC 1389/2014 editada pelo Instituto de Química de São Carlos. Impossibilidade. Produção e distribuição da substância, em continuidade a testes de pesquisa científica, cuja competência sobre a viabilidade e conveniência é da instituição de pesquisa da corre USP. Precedentes deste Tribunal. Suspensa a eficácia da Lei Federal 13.269/2016 por decisão liminar na ADI 5.501. Sentença Reformada. Honorários invertidos, observada a gratuidade. Recurso de apelação e reexame necessário providos. (Apelação nº 1010123-69.2015.8.26.0566, 10ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Rel. Des. Marcelo Semer, julgado em 7/11/2016).

Ante exposto, reconheço a ilegitimidade passiva da USP e, em relação a ela, determino a **EXTINÇÃO DO PROCESSO, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO**, com fundamento no artigo, 485, VI do CPC.

Em relação à Fazenda do Estado de São Paulo, julgo extinto o processo, com resolução do mérito, com fundamento no artigo 485, I, do CPC e **IMPROCEDENTE** o pedido.

CONDENO o autor a arcar com as custas processuais e honorários advocatícios, arbitrados estes, nos termos do artigo 85, § 2º, em 10% sobre o valor da causa, observada a gratuidade da justiça, se o caso.

Relativamente aos autores **Cláudio Guimarães Santos, Dalva Gloria Ferreira França Barbacena e Lauro Bento de Souza**, domiciliados em outros Estados da Federação:

Passo a analisar a questão da legitimidade da FESP e da USP, para figurar no polo passivo do presente feito, pois se trata de condição da ação, sendo, portanto, matéria de ordem pública, que pode e deve ser conhecida de ofício pelo juiz, nos termos do § 3º, do artigo 485, e § 5º do artigo 337 ambos do Código de Processo Civil.

É o caso de se reconhecer a ilegitimidade passiva da FESP, revendo posicionamento anterior, decorrente da nova conjuntura dos fatos, pois a parte autora reside em outro Estado da Federação e não há entre ela e o Estado de São Paulo relação jurídica de direito material.

O artigo 198 da Constituição Federal prevê que as ações e serviços de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada, constituindo um Sistema Único, porém,



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760

com diretriz voltada para a descentralização, ou seja, com direção única em cada esfera de governo (inciso I do art. 198 da CF), inclusive com dotações orçamentárias próprias que devem ser observadas.

Por consequência, a USP, como autarquia estadual, também não pode figurar, nessa situação, isolada no polo passivo, pois a sua inclusão na ação decorre do fato de que era quem produzia a substância, já que não tem como fim precípua prestar atendimento à saúde.

Nesse sentido:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. FORNECIMENTO DE SUBSTÂNCIA. FOSFOETANOLAMINA. 1. Agravante residente e domiciliada em outro Estado demandando contra a FESP e a USP. 2. Ausência de relação jurídica de direito material. Inteligência do art. 198 da Constituição Federal. Não conhecimento do recurso e extinção da ação nos termos do art. 267, VI, do Código de Processo Civil (Agravado de Instrumento - Processo 2271692-22.2015.8.26.0000 – Relator: Nogueira Diefenthaler).

Atualmente, como é de conhecimento notório, a USP lacrou o laboratório onde era produzida a fosfoetanolamina e cedeu o único funcionário detentor do conhecimento da fórmula, para produzi-la em prol da pesquisa que está sendo realizada pelo Instituto do Câncer, por iniciativa do Estado de São Paulo.

Sendo assim, cabe aos acometidos da doença fazer gestão junto aos seus Estados, para que encampem pesquisa, que poderia ser até em conjunto com o Estado de São Paulo, pois não é razoável atribuir a este a obrigação de atender às demandas em caráter nacional.

Ante exposto, reconheço a ilegitimidade passiva da Fazenda Pública do Estado de São Paulo, bem como da Universidade de São Paulo e julgo extinto o processo, sem resolução do mérito, com fundamento no artigo 485, VI, do NCPC.

Condeno os autores ao pagamento de custas e despesas processuais, bem como de honorários advocatícios, **em caso de contestação**, ao patrono da parte passiva que contestou, fixados, nos termos do artigo 85, §2º, em 10% sobre o valor da causa, observada a gratuidade da justiça, se o caso.

Relativamente à autora **Juventina Luiza Lamounier (fls. 690):**

Trata-se de direito personalíssimo, não havendo transmissibilidade, de



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760

modo que a morte da parte autora no curso do processo é causa de extinção na forma prevista no artigo 485, inciso IX: “quando a ação for considerada intransmissível por disposição legal.”

Ante o exposto, **JULGO EXTINTO** o processo sem exame do mérito com fundamento no artigo 485, inciso IX, do CPC.

Descabe condenação em custas e honorários.

Transitada em julgado, arquivem-se os autos com as cautelas de praxe.

Publique-se e Intime-se.

São Carlos, 18 de maio de 2017.