



DIÁRIO ELETRÔNICO DA JUSTIÇA FEDERAL DA 3ª REGIÃO
Edição nº 218/2014 - São Paulo, segunda-feira, 01 de dezembro de 2014

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

PUBLICAÇÕES JUDICIAIS I – TRF

Subsecretaria da 6ª Turma

Expediente Processual 32942/2014

AGRADO DE INSTRUMENTO Nº 0028651-32.2014.4.03.0000/SP

2014.03.00.028651-
2/SP

RELATOR	:	Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO
AGRAVANTE	:	Uniao Federal
ADVOGADO	:	SP000019 TÉRCIO ISSAMI TOKANO e outro
AGRAVADO(A)	:	DAVI MIGUEL SILVA GAMA incapaz
ADVOGADO	:	SP175601 ANGELICA PIRES MARTORI e outro
REPRESENTANTE	:	JESIMAR APARECIDO GAMA e outro
	:	DINEA DOS REIS FERREIRA SILVA GAMA
ADVOGADO	:	SP175601 ANGELICA PIRES MARTORI e outro
ORIGEM	:	JUIZO FEDERAL DA 3 VARA DE FRANCA Sec Jud SP
No. ORIG.	:	00026093720144036113 3 Vr FRANCA/SP

DECISÃO

Trata de **agravo de instrumento** referente a decisão concessiva de tutela antecipada em ação de rito ordinário ajuizada pelo menor impúbere Davi Miguel Silva Gama, ora representado pelos seus pais Jesimar Aparecido Gama e Dinéa dos Reis Ferreira Silva Gama, promovida contra a União Federal, onde o autor pretende ver a União ser compelida a arcar com todas as despesas necessárias para que ele seja submetido a um **transplante de intestino**, considerada pela ciência atual como o único tratamento capaz de curar a doença de *inclusão microvilositária* de que padece, devendo a terapêutica ser efetivada no Hospital *Jackson Memorial Medical*, localizado em Miami, nos Estados Unidos da América (EUA), aos cuidados do médico brasileiro dr. Rodrigo Vianna.

Após tecer longas considerações sobre o pedido e suas nuances, o d. e ilustre magistrado federal dr. Marcelo Duarte da Silva **deferiu o pedido de tutela antecipada** nestes termos:

"Diante do exposto, havendo prova inequívoca da verossimilhança do direito alegado pelo autor, bem ainda o justo receio de dano irreparável se o demandante tiver de aguardar até mesmo a finalização da instrução probatória, ANTECIPO OS EFEITOS DA TUTELA pleiteada, determinando à União que providencie e custeie, integralmente, tudo o que for necessário para que o autor seja submetido a uma cirurgia de transplante de intestino e aos respectivos tratamentos junto ao *Jackson Memorial Medical* situado em Miami, Estado da Flórida, nos Estados Unidos da América, durante o tempo que se fizer necessário, inclusive com o tratamento de *home care* que a equipe médica daquele hospital do exterior recomendar, respeitando-se a fila norte-americana e seus critérios de espera pelo transplante.

Face à experiência com o caso Sophia, a União não poderá, em nenhuma hipótese, deixar de iniciar ou interromper as providências cabíveis alegando ignorância das questões burocráticas, sob pena de responsabilização civil, administrativa e criminal de quem lhe der causa.

Pelo mesmo motivo, este Juízo desde já determina à União que auxilie pró-ativamente o autor e seus pais junto ao Departamento de Polícia Federal, para a expedição dos passaportes de emergência, nos termos do artigo 13 do Decreto n. 5.978/2006, sem o pagamento das taxas, dada a condição de pobreza da família.

Deverá a União auxiliar o autor e seus genitores na obtenção do visto junto às autoridades norte-americanas, inclusive solicitando urgência em virtude da gravidade da situação da saúde do autor, podendo se valer de seu serviço diplomático. Por fim, deverá providenciar a remoção via aérea pelo menos de Ribeirão Preto-SP, com aeronave equipada com o necessário à manutenção da vida do autor durante o traslado, sem prejuízo da remoção rodoviária até o aeroporto, com os mesmos cuidados.

A União deverá providenciar os depósitos em dinheiro que forem eventualmente exigidos pelo hospital norte-americano, bem ainda a adequada instalação da família (aqui entendida o autor e seus genitores), com o fornecimento de residência próxima ao nosocomio ou eventual alojamento dentro do próprio complexo hospitalar.

Este Juízo assinala o prazo de 15 (quinze) dias para que sejam tomadas as providências cabíveis para a remoção da criança ao exterior e sua internação no referido hospital, sendo que qualquer fato externo que venha a elastecer tal prazo deverá ser cumpridamente demonstrado, sempre no prazo de 24 horas da ocorrência, sob pena de multa diária de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), com fundamento no art. 461 do Código de Processo Civil. Tais prazos serão contados da efetiva intimação (e não da juntada aos autos).

..."

Nas razões **do agravo de instrumento** a União Federal objetiva a imediata suspensão dos efeitos da decisão agravada, e sua revogação integral ao final, de modo que não seja compelida a adotar as providências administrativas que lhe foram impostas para o fim de promover o deslocamento do autor aos EUA, e menos ainda realização do procedimento de transplante de intestino desejado.

Diz que não restou comprovada a *absoluta necessidade* da realização do transplante a ser feito no exterior como *única solução curativa* para o mal de que padece o autor, afirmando ser imprescindível "nova avaliação" por equipe médica especializada que confirme o diagnóstico.

Alega que o magistrado baseou-se na decisão proferida no agravo de instrumento nº 0008474-47.2014.4.03.0000, de relatoria do Desembargador Federal Márcio Moares; contudo, o caso paradigma ("caso Sophia") é *diferente* da hipótese dos autos. Naquela situação a recomendação médica era de transplante multivisceral, ou seja, envolvendo vários órgãos, algo mais raro e complexo, ao passo que no presente caso se trata de um único órgão (intestino delgado).

Afirma que *sequer foi constatada a recusa do Poder Público* em atender o pleito da parte autora e que a necessidade de realização de novos exames não seria protelatória, mas uma atividade tecnicamente orientada a prestar o atendimento adequado.

Ressalta que o Supremo Tribunal Federal julgou o RE nº 631.240, no qual sedimentou o entendimento de que é necessário o prévio requerimento administrativo para a obtenção de uma prestação estatal.

Aduz que a efetivação das prestações sociais encontra-se dependente da disponibilidade de recursos estatais e, ainda, que a concessão do pedido *viola o princípio da isonomia* uma vez que os pacientes do Sistema Nacional de Transplantes - SNT são cadastrados cronologicamente em um sistema de lista única, observando-se os quadros clínicos considerados urgentes. Destarte, sustenta que a decisão recorrida afronta o direito dos demais usuários do SUS e compromete o atendimento à coletividade ao *privilegiar* um único paciente.

Argumenta que a petição inicial não esclareceu o regramento adotado pela política pública norte-americana a respeito do transplante, bem como da admissão de estrangeiros não residentes na lista de espera, nem os critérios de tal lista, tampouco a prévia avaliação clínica de todas as necessidades cirúrgicas, inclusive com a coleta de material para exames de compatibilidade na condição de receptora.

Além do mais, sustenta que das informações constantes dos autos extrai-se que o autor não seria elegível para o transplante de intestino no momento, por faltar-lhe o *peso corporal mínimo* (7 kg), segundo informação confirmada pelo Dr. Rodrigo Vianna, médico habilitado à realização do transplante no *Jackson Memorial Hospital*(Parecer nº 3379/2014).

Informa que o Ministério da Saúde já firmou parcerias com dois estabelecimentos hospitalares para a realização de transplantes de intestino e multivisceral, sobretudo em crianças, quais sejam a *Fundação Favaloro* (Buenos Aires) e o próprio *Jackson Memorial Hospital*, portanto, é absolutamente provável que, caso seja o único diagnóstico para a cura do autor, seja possível a realização do procedimento quando o autor estiver elegível para tanto.

Destaca a capacidade da Fundação Favaloro em realizar o transplante com o custo 75% inferior ao previsto no *Jackson Memorial*.

Requer seja afastada a cominação de multa por eventual descumprimento da decisão judicial tendo em vista que não há resistência da administração pública em obedecer a ordens judiciais, mas existem entraves burocráticos e operacionais que devem ser superados para a fiel observância do princípio da legalidade.

Em caráter *subsidiário*, pleiteia (1) a suspensão da eficácia da interlocutória até que o paciente-autor comprove apresentar o requisito mínimo para elegibilidade ao transplante pretendido, qual seja, o peso mínimo de 7 kg,(2) autorização para que o menino Davi seja avaliado pelo médico argentino dr. Gabriel Gondolesi, que estará episodicamente no Brasil por conta de Congresso Médico a ser realizar entre 12 e 14 de novembro de 2014, e que, em caso de avaliação positiva, (3) que o paciente permaneça internado no Brasil, no hospital onde já se encontra, até que reúna as condições necessárias para submeter-se ao transplante obedecendo a lista única regida pelo Sistema Nacional de Transplantes, passando a ser acompanhado pela equipe da Fundação Falavoro de Buenos Aires, alternativa de igual sucesso, mas com custo bastante inferior.

Anote que a União foi intimada pessoalmente em 21 de outubro de 2014 (fl. 108), sendo o presente instrumento interposto em 10 de novembro de 2014 (fl. 02).

Em razão de minha ausência naquela data, em decorrência de férias regulamentares, o feito foi prontamente remetido ao substituto regimental, Desembargador Federal Nelton dos Santos que, limitando-se ao exame do pedido de urgência, deferiu o pleito da agravante tão somente para autorizar a realização de exame e avaliação médica da pessoa do agravado, a cargo do profissional médico argentino Gabriel Gondolesi (fls 193/194), que segundo a União estaria disponível para a avaliação e que a faria de bom grado.

Procederam-se as intimações necessárias.

Apesar disso, a avaliação pelo médico argentino não se realizou supostamente à conta de fato superveniente de força maior, noticiado pela agavante (fls. 250/251), ocasião em que *reiterou o pedido de suspensão da decisão agravada até que o agravado alcance peso corporal mínimo*, renovando também o pedido de autorização para que o menino Davi seja examinado pelo referido especialista às suas expensas em data a ser informada brevemente.

No dia 19 último compareceram no gabinete deste Relator representantes da Advocacia Geral da União, para tratar do caso, insistindo em que seria possível remarcar a avaliação a ser feita pelo médico argentino; na ocasião afirmou-se que a União poderia estudar a propositura de acordo a ser oferecido à família do menor, no sentido de que o transplante fosse feito na Argentina, já que o custo seria bem menor e o próprio Ministério da Saúde havia "sinalizado" essa situação. Foi dito ao Relator que na sexta-feira, dia 21 de novembro, seria possível indicar uma nova data próxima em que o professor argentino viria ao Brasil e poderia avaliar a criança; e que os representantes da ré cogitariam de efetuar a proposta de acordo na Vara Federal de Franca.

Assim, este Relator, verbalmente, se comprometeu a aguardar até a quarta-feira, 26 de novembro, a vinda dessas informações antes de proferir decisão.

Sobreveio petição da agravante desistindo dos "pedidos subsidiários" formulados na minuta, e noticiando que houve novo pedido de "reconsideração" da interlocutória agravada apresentado ao Juízo de primeiro grau.

Decido.

Anote que o pedido de "reconsideração" ofertado pela ré/agravante perante o Juízo de primeiro grau não inibe o Relator de apreciar pedido de suspensão da interlocutória, até porque é a própria União quem suscita *periculum in mora*.

Considero prejudicada a questão referente a pretendida avaliação do menor Davi Miguel Silva Gama pelo médico argentino.

A *uma*, porque a primeira oportunidade não se realizou e para isso não houve qualquer "culpa" da criança e seus genitores; a *duas*, porque a União não cumpriu o compromisso de indicar nova data breve para a diligência.

De outro lado, reputo indevida a realização de "diligências" no bojo de agravo de instrumento, como se fosse possível "criar" fases processuais, desvirtuando o sentido do recurso.

O agravo deve apreciado - especialmente quando há pedido de antecipação de tutela - na forma em que foi posto o instrumento, ou, quando muito, após a contraminuta.

Prossigo.

Começando pelo fim: é despropositada a pretensão da agravante no sentido da "suspensão da eficácia da interlocutória até

que o paciente-autor comprove apresentar o requisito mínimo para elegibilidade ao transplante pretendido, qual seja, o peso mínimo de 7 kg". Ora, o peso mínimo de 7 kg - que o menor pode adquirir em qualquer lugar e não necessariamente no Brasil - pode ser requisito científico para a realização da cirurgia, mas não é requisito processual de validade de uma decisão interlocatória. Admitir o pleito da União seria acolher causa de suspensão do processo incitado no art. 265 do CPC, e isso quando se sabe que o Judiciário não é legislador positivo.

Assim, deve-se percorrer se a interlocatória tal como posta merece ser mantida neste momento de cognição sumária. Tenho para mim que nenhum dos argumentos tecidos pela União vale em demérito da robusta fundamentação ministrada pelo d. Juiz Federal.

Primeiro, não tem sentido dizer que o Judiciário só pode ser movimentado pelo interessado depois que for constatada recusa do Poder Público em atender a pretensão do administrado.

Causa surpresa que a União, tantos anos após a promulgação da Constituição de 5/10/88, continue a litigar afrontando o inc. XXXV do art. 5º dessa Carta, agora invocando decisão do STF (RE nº 631.240) que trata de matéria diversa (requerimento de benefício previdenciário), fazendo pouco caso da situação de vida ou morte que ronda a existência do menor. O STF não afirmou que *em qualquer caso* o administrado deve aguardar a boa vontade da Administração Pública em responder a seus requerimentos; a decisão (majoritária) do STF disse, isso sim, que não haver interesse de agir do segurado da Previdência que não tenha inicialmente protocolado seu requerimento junto ao INSS, pois a obtenção de um benefício dependeria de uma postulação *ativa*.

Ademais, na espécie dos autos a profunda insurgência da União contra o interesse do menor Davi Miguel Silva Gama está escancarada nos autos - prova disso é a existência deste recurso - de modo que não é preciso muito esforço mental para se concluir qual teria sido a resposta da ré caso a família da criança tivesse batido às portas do Poder Executivo antes de vir ao Judiciário.

Em *segundo* lugar, a agravante diz que não restou comprovada a *absoluta* necessidade da realização do transplante a ser feito no exterior como *única solução curativa* para o mal de que padece o autor.

Aqui a União luta contra os termos do art. 273 do CPC.

Para a concessão de tutela antecipada deve estar presente a *verossimilhança* do quanto é alegado pela parte.

Partindo do pressuposto de que o legislador conhece o idioma português, verifica-se que a vontade do legislador orienta-se no sentido de que o art. 273 se contenta com aquilo que "...parece ser verdadeiro ou que tem condições de realmente ter acontecido...", ou seja, o que é verossímil é apenas plausível, e não absoluto. A propósito, verifique-se o sentido de verossímil no DICIONÁRIO ESCOLAR DA LÍNGUA PORTUGUESA, Caldas Aulete, ed. Lexicon, 2013. Os mais exigentes poderão constatar que é assim também no DICIONÁRIO HOUASSIS DA LÍNGUA PORTUGUESA, pág. 2.849, 1ª edição.

Daí porque deve-se passar ao largo do conceito de "absoluto" pretendido pela União como condição para a eficácia do art. 273 *in casu*.

E no âmbito da verossimilhança, a condição está estampada com clareza solar nos autos.

Veja-se o que consta de fls. 46v/98 e dos próprios documentos trazidos aos autos pela União, oriundos do Ministério da Saúde; deveras, tanto é necessária a terapêutica desejada pelo agravado que o próprio Ministério da Saúde firmou convênios com hospitais particulares que possam realizar o transplante, só que suas equipes só tratam de adultos.

Nem se venha argumentar que a verossimilhança dependeria do menor ser "avaliado" por outros médicos; é que nestes autos de agravio de instrumento a União obteve essa diligência, mas sem culpa do agravado a mesma não se realizou.

Destarte, não há que penalizar o menor à conta de inexistência da verossimilhança pela falta de "avaliação" se a inocorrência desta não contou com a *culpa* da vítima da moléstia.

A propósito, é o Ministério da Saúde quem - ao lado da *grosseria inadmissível de parte do Poder Público*, procurando tratar o menor Davi como um dos que pretendem "...turismo de transplante..." (fls. 134) - admite que o caso do pequeno Davi (que precisa de transplante apenas do intestino) é menos grave do que o da pequena Sophia; ou seja: o Poder Público conhece o caso e suas circunstâncias.

Em *terceiro* lugar, a agravante afirma que a concessão do pedido viola o princípio da isonomia uma vez que os pacientes do Sistema Nacional de Transplantes - SNT são cadastrados cronologicamente em um sistema de lista única, observando-se os quadros clínicos considerados urgentes; ademais, a decisão privilegia um doente em relação aos muitos mais que existem. Só mesmo o rigor burocrático que caracteriza a União pode justificar a pretensão assim manifestada, no sentido de que um menor com risco de morte deva aguardar passivamente "na fila" a sua vez, sem tentar se socorrer do Judiciário.

Pior que isso só pretender que o Poder Judiciário se contamine com essa espécie de raciocínio.

Ora, se uma pessoa em situação de risco de morte bate às portas do Juiz requerendo providência com chance de salvação, é óbvio que uma decisão que ampara essa pretensão não viola qualquer isonomia.

O sentido da isonomia tratado na Constituição não tem nada a ver com esse raciocínio da União.

Quem busca sua possível salvação através de tratamento médico no exterior às custas dos recursos públicos não está *abjetamente* procurando "passar para trás" outros doentes.

Outros doentes que - por sinal - a União nem identifica quais seriam. Quem são os demais que aguardam "na fila" e nas mesmas condições de periclitação de vida que sofre o menino Davi, um transplante de intestino ? Quem estaria sendo prejudicado com o custeio do transplante de intestino a ser feito em Davi ?

A União não diz.

A propósito, quais programas sanitários estariam objetivamente sendo prejudicados se a União pagar o tratamento da criança ?

Ainda a propósito, convém lançar os olhos sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente (**Lei nº 8.069/90**) cujo art. 11 estabelece:

Art. 11. É assegurado atendimento integral à saúde da criança e do adolescente, por intermédio do Sistema Único de Saúde, garantido o acesso universal e igualitário às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde. (Redação dada pela Lei nº 11.185, de 2005)

§ 1º A criança e o adolescente portadores de deficiência receberão atendimento especializado.

§ 2º **Incumbe ao poder público fornecer gratuitamente àqueles que necessitarem os medicamentos, próteses e outros recursos relativos ao tratamento, habilitação ou reabilitação**

Assim, se é a própria Lei nº 8.069/90 que ordena ao Poder Público que forneça gratuitamente a crianças e adolescentes necessitados quaisquer recursos "**relativos ao tratamento, habilitação ou reabilitação**", não tem o menor cabimento a assertiva da União no sentido de que a decisão a qua arranca a Lei nº 8.080/90.

Na mesma seara é anódina a acusação de que o Judiciário rompe com o princípio da legalidade ao determinar a providência almejada pelo menor Davi; é que a providência encontra nicho no § 2º do art. 11 do ECA e na própria Constituição, onde está dito que um dos fundamentos de nossa República é a *dignidade* da pessoa humana (art. 1º, III).

Ora, se a doença é causa de indignidade de uma vida ainda tenra, satisfaz os desígnios da República que o Poder Público - ainda que forçado pelo Judiciário - proveja recursos capazes de tentar trazer um pequenino brasileiro ao convívio normal de seus concidadãos.

Por fim, não há que se falar que na espécie dos autos o Judiciário invade atribuições e competências administrativas de

outro Poder.

Múltiplas vezes foi o próprio STF quem deu a última palavra chancelando providências no âmbito da saúde ordenadas ao Poder Executivo pelo Judiciário.

Só no ano de 2010, o Plenário do Supremo Tribunal Federal indeferiu *nove recursos* interpostos pelo Poder Público contra decisões judiciais que determinaram ao Sistema Único de Saúde (SUS) o fornecimento de remédios de alto custo ou tratamentos não oferecidos pelo sistema a pacientes de doenças graves que recorreram à Justiça. Na ocasião, o decano da Corte, ministro Celso de Mello, manifestou-se no sentido de que "...O direito à saúde representa um pressuposto de quase todos os demais direitos, e é essencial que se preserve esse estado de bem-estar físico e psíquico em favor da população, que é titular desse direito público subjetivo de estatura constitucional, que é o direito à saúde e à prestação de serviços de saúde".

Ademais, cumpre observar que não se está determinando uma "política pública de saúde", apenas resolvendo-*seum caso episódico*. Por isso que não se está diante do "ativismo judicial" capaz de colocar em risco a "exequibilidade das políticas de saúde pública", redundando na desorganização da atividade administrativa, argumento *ad terrorem* tantas vezes manejado pelo Poder Público.

A propósito do tema vale lembrar o alerta do prof. Kildare Gonçalves Carvalho (*Direito Constitucional*, 15ª ed., Belo Horizonte, ed. Del Rey, 2009, pág. 750):

É preciso ponderar, no entanto, que o princípio da reserva do possível não se reveste do caráter absoluto que alguns juristas pretendem atribuir-lhe, à consideração principal de que, sendo a saúde um direito que se relaciona com a garantia da vida e da dignidade humana, pertence ao Judiciário, no âmbito do controle do devido processo legal, de cunho substantivo, impedir que seja violado por meio de qualquer processo, por mais razoável que seja, e que fique à mercê dos poderes Legislativo e Executivo.

Quanto a fixação de *astreintes* contra o Poder Público, é medida plenamente admitida, sendo prática conhecida a recalcitrância do mesmo em cumprir as decisões judiciais (STF: RE nº 495.740/DF, Segunda Turma, Relator o Ministro Celso de Mello, DJe de 14/8/09 - AI nº 708.667/SP-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro Dias Tofoli, DJe de 10/4/12). Na doutrina, confira-se: LEONARDO JOSÉ CARNEIRO DA CUNHA, Algumas Questões sobre as Astreintes (Multa Cominatória), 'in' 'Revista Dialética de Direito Processual nº 15', p. 95/104, item n. 7, junho-2004; GUILHERME RIZZO AMARAL, As Astreintes e o Processo Civil Brasileiro: multa do artigo 461 do CPC e outras, p. 99/103, item n. 3.5.4, 2004, Livraria do Advogado Editora; EDUARDO TALAMINI, Tutela Relativa aos Deveres de Fazer e de não Fazer: e sua extensão aos deveres de entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A; CDC, art. 84), p. 246/247, item n. 9.3.4, 2ª ed., 2003, Editora Revista dos Tribunais.

Pelo exposto, restando desistidos os itens c.2 e c.3 de fls. 29, **INDEFIRO** a antecipação de tutela requerida.

Comunique-se *incontinenti*.

À contramíntula.

Após, ao MPF.

Intime-se.

São Paulo, 27 de novembro de 2014.

Johonsom di Salvo
Desembargador Federal