



Gabinete da Desembargadora Beatrix Figueiredo Franco

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 6683-71.2016.8.09.0000 (201690066830)

COMARCA : GOIÂNIA

3^a CÂMARA CÍVEL

IMPETRANTE : JOSÉ AMARO FILHO

IMPETRADO : SECRETÁRIO DE SAÚDE DO ESTADO DE GÓIAS

RELATORA : DES.ª BEATRIZ FIGUEIREDO FRANCO

Ilegitimidade do Secretário de Estado da Saúde para responder por mandado de segurança destinado à obtenção da substância experimental fosfoetanolamina sintética. Artigos 6º, § 5º, e 10, ambos da lei federal nº 12.016/2009 e artigo 267, I, Código de Processo Civil. Indeferida a petição inicial, extinto o feito sem julgamento de mérito e, portanto, denegada a segurança.

DECISÃO MONOCRÁTICA

JOSÉ AMARO FILHO, qualificado e representado, acometido de carcinoma de bexiga transicional infiltrante, grau III, impetra *mandado de segurança* contra omissão atribuída ao SECRETÁRIO DE SAÚDE DO ESTADO DE GOIÁS, pretendendo obter segurança que lhe garanta o recebimento da substância experimental *fosfoetanolamina sintética*.



Gabinete da Desembargadora Beatrix Figueiredo Franco

A instrução dos autos não se fez acompanhar de relatório médico detalhando as terapias intentadas e os resultados obtidos pelo impetrante. Não foi juntado nenhum documento ou receituário em que se pudesse ver ou do qual se pudesse inferir a prescrição da substância, a quantidade a ser obtida, a forma de apresentação e a dosagem a ser ministrada. Também não logrou fundamentar a legitimidade do Secretário de Estado da Saúde, autoridade impetrada, para responder pela alardeada omissão.

Não se olvida da gravidade do estado de saúde do impetrante nem das polêmicas que envolvem as pesquisas com a molécula alcunhada *fosfoetanolamina sintética*, nascida nos laboratórios do Instituto de Química da Universidade de São Paulo, em São Carlos, e sua dispensação judicial.

Registros firmados em nota de esclarecimento publicada pela instituição acadêmica¹, disponível *on line*, repercutem em aspectos técnico-jurídicos nevrálgicos desta impetração (prova pré-constituída e legitimidade da autoridade impetrada), além de inspirar cuidado quanto à efetividade da prestação jurisdicional. Ao fim de aclarar os pontos retro suscitados, posterguei o exame da liminar para momento posterior à manifestação da Câmara Técnica de Saúde do Judiciário, setor do qual solicitei os seguintes esclarecimentos: 1) se médicos podem prescrever a substância *fosfoetanolamina sintética*, sem que a atitude gere responsabilidade funcional perante o respectivo órgão de classe; 2) de que profissional se pode esperar, na eventual concessão de mandado de dispensação da substância, a prescrição de dosagem para uso no impetrante; 3) se é possível aquirir no mercado a

¹ - In: <http://www5.usp.br/99485/usp-divulga-comunicado-sobre-a-substancia-fosfoetanolamina/>, capturado em 13/01/2015.





Gabinete da Desembargadora Beatrix Figueiredo Franco

referida molécula, em quantidades bastantes ao tratamento e 4) se as alternativas terapêuticas distribuídas pelo sistema público de saúde referidas nos autos esgotam as possibilidades reconhecidas pela ciência médica.

Parecer do órgão técnico consultivo para assuntos de saúde juntado às fs. 50-66.

Assistência Judiciária deferida à f. 43.

Esse o necessário relato.

A par da gravidade da doença que acomete o impetrante, não diviso legitimidade da autoridade inquinada coatora nem reproto omissa sua conduta, para efeito de responder pela impetração.

Segundo se extrai dos artigos 1º e 3º, § 3º, Lei federal nº 12.016/2009 e da evolução jurisprudencial sobre o tema, a autoridade coatora pertinente ao mandado de segurança é o protagonista do ato ou da omissão consideradas ilegal ou abusiva, ou aquele responsável pela respectiva revisão. A figura deve ser corretamente indicada pelo impetrante na petição inicial, insusceptível a suplantação ou a retificação do eventual equívoco caso a correção implique modificação da competência para o julgamento do processo, hipótese em que o feito deverá ser imediatamente extinto sem resolução de mérito (artigos 6º, § 5º e 10, *caput*, Lei federal nº 12.016/2009 e 267, I, Código de Processo Civil). Essa é a atual diretriz jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, veja-se:





Gabinete da Desembargadora Beatrix Figueiredo Franco

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO MANDADO DE SEGURANÇA. ALTERAÇÃO DA AUTORIDADE COATORA PARA POSSIBILITAR A MODIFICAÇÃO DA COMPETÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. 1. "Esta Corte entende que é insuscetível de retificação o polo passivo no mandado de segurança, sobretudo quando a correção acarretaria deslocamento de instância, nos termos do acórdão recorrido." (EDcl no AREsp 33.387/PR, Relator Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 13/2/2012). Outros precedentes: EDcl no MS 15.320/DF, Relator Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, DJe 26/4/2011; e RMS 22.518/PE, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ 16/8/2007. 2. Agravo regimental não provido.¹

[...] 2. Consoante o disposto no art. 6º, § 3º, da Lei n. 12.016/09, considera-se autoridade coatora aquela que tenha praticado o ato impugnado ou da qual emane a ordem para a sua prática e, por conseguinte, responde pelas suas consequências administrativas. 3. Não se aplica a teoria da encampação quando a indicação errônea da autoridade implicar modificação da competência absoluta para o processamento da demanda. Precedentes.[...]²

¹ STJ, AgRg nos EDcl na PET no MS 20233/DF, rel. Min. Benedito Gonçalves, DJ de 19.02.2015.

² STJ, 2^a Turma, EDcl no RMS 45122/SP, rel. Min. OG Fernandes, DJ de 02.06.2015.





Gabinete da Desembargadora Beatrix Figueiredo Franco

[...] 2. A aplicação ao mandado de segurança da regra contida no art. 113, § 2º, do CPC, que autoriza o magistrado a encaminhar o processo para o juízo competente nos casos em que reconhecer sua incompetência absoluta, dá-se somente em casos em que houve mero erro de endereçamento do writ. Isto, porque nas situações em que há indicação equivocada da autoridade impetrada, tal providência importaria em indevida emenda à petição inicial da impetração, já que seria necessária a correção do pólo passivo. 3. Agravo regimental improvido.³

No mesmo sentido, converge a orientação deste tribunal.

Confira-se:

1- Por ser matéria de ordem pública, a ilegitimidade da autoridade apontada como coatora pode ser reconhecida de ofício, a qualquer tempo. [...] 3- A correção do polo passivo, em mandado de segurança, somente é possível caso a autoridade, ainda que erroneamente indicada, integre os quadros da pessoa jurídica que sofrerá os efeitos da demanda e, primordialmente, esteja submetida à competência do órgão julgador a que direcionada a demanda. 4- Sendo inviável a retificação do polo passivo no

3 - STJ, 3ª Seção, AgRg no MS 12412/DF, rel. Min. Nefi Cordeiro, DJ de 17.09.2015.





Gabinete da Desembargadora Beatrix Figueiredo Franco

mandado de segurança, revela-se como hipótese de incidência a norma do art. 267, VI, do C.P.C. (ilegitimidade passiva), motivo pelo qual a segurança deve ser denegada, nos termos do artigo 6º, §5º, da Lei nº 12.016/09.- Preliminar de ilegitimidade passiva suscitada de ofício. Segurança, extinta, sem resolução de mérito.⁴

I - A autoridade coatora, parte legítima para figurar no polo passivo do mandado de segurança, recai sobre a figura do responsável pela prática do ato reputado ilegal ou omissivo ou sobre aquele a quem compete a respectiva regularização (artigo 6º, § 3º, Lei federal nº 12.016/2009). Cumpre ao impetrante, no ato de aforamento da ação, o correto apontamento do agente público. Embora, em princípio, seja possível a retificação segundo recente jurisprudência do STJ, caso a alteração subjetiva implique modificação da autoridade competente para o julgamento do mandado de segurança, como na hipótese dos autos, o equívoco dá ensejo à extinção do processo sem resolução de mérito (artigos 6º, § 5º, Lei federal nº 12.016/2009 e 267, VI, Código de Processo Civil).⁵

4 - TJGO, 4ª Câmara Cível, MS nº 13337-11.2015.8.09.0000, relª. Desª. Nelma Branco Ferreira Perilo, DJ de 31.07.2015.

5 - TJGO, 3ª Câmara Cível, AI nº 386458-33.2014.8.09.0000, relª. Desª. Beatriz Figueiredo Franco, DJ de 21.01.2015.



Gabinete da Desembargadora Beatrix Figueiredo Franco

A hipótese em testilha amolda-se ao mesmo contexto processual gerador da extinção dos mandados de segurança a que se referem as ementas transcritas. Ao impugnar a suposta omissão do Secretário de Estado de Saúde consistente na disponibilização da substância experimental *fosfoetanolamina sintética*, o impetrante desconsidera os meios possíveis de obtenção do referido produto químico.

Sabe-se que, a despeito de seu alardeado potencial no controle biológico da propagação tumoral, no que funcionaria a molécula como uma espécie de marcador celular, a permitir que o próprio sistema imunológico da pessoa portadora do câncer ataque as células doentes, preservando as sãs, não há, segundo o parecer da Câmara Técnica de Saúde do Judiciário coligido aos autos, até o presente momento, comprovação científica da eficácia da substância, nem estudos suficientes que permitam inferir as doses máxima suportável e mínima terapêutica. Pela mesma razão, associada ao estágio embrionário dos estudos com a molécula, também não há capacidade de produção em larga escala e nem viabilidade de se obter o produto no mercado, apenas produzido em pequenas quantidades, por um dos laboratórios do Instituto de Química da USP de São Carlos para atender ordens judiciais.

É certo que a ausência de registro pelo órgão brasileiro de regulação sanitária e econômica do mercado de medicamentos, produtos e serviços que possam afetar a saúde da população brasileira – Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) – não obsta o fornecimento de drogas ou mesmo de substância experimental de reconhecida eficácia terapêutica. Em outras palavras, não se desconhece o teor do artigo 24 da Lei n.º 6.360/76, com a redação dada pela





Gabinete da Desembargadora Beatrix Figueiredo Franco

Lei nº 10.742, de 6.10.2003, segundo o qual *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*. A hipótese dos autos, entretanto, diverge desta descrição e da normativa invocada.

Como já dito, a *fostoeanolamina sintética* não é medicamento nem teve sua eficácia terapêutica comprovada, seja no ambiente acadêmico ou no da indústria farmacêutica, nacional ou alienígena. Se se acha disponível para aquisição no mercado é questão sobre a qual paira dúvida não debelada nos autos, seja pelo impetrante, a quem ordinariamente cabe o ônus probatório, ou pela Câmara Técnica de Saúde do Judiciário. De toda sorte, em vista da ausência de viabilidade da prescrição da substância por profissionais da saúde, informação creditada ao parecer supra referido, mesmo que fosse possível adquirir o produto no mercado, este juízo não poderia válida e responsavelmente dosá-lo e/ou quantificá-lo, seja de *per si* ou por delegação a determinado profissional, para entrega ao impetrante, aspecto em que também se revela a ausência de liame hierárquico funcional que permita divisar atribuição ao Secretário impetrado afeita ao fornecimento da substância.

Desse modo, ainda que se repute compreensível e, porque não dizer, até louvável, a tentativa de obtenção de qualquer substância para conter o avanço da doença e garantir sobrevida, ainda que se sensibilize para com a dolorosa aflição por que passam o impetrante, familiares e amigos, ainda assim, não há como afastar a conclusão de que eventual concessão da segurança, ante a errônea indicação





Gabinete da Desembargadora Beatrix Figueiredo Franco

da autoridade impetrada, apenas serviria a aumentar a agonia e a tormenta, já que resultaria de todo ineficaz a ordem, à míngua de proeminência hierárquica do Secretário de Estado de Saúde de Goiás sobre a Universidade de São Paulo, sem o que não se poderia assegurar a eficácia do *mandamus*, nem mesmo mediante a imposição de responsabilidade pessoal à autoridade sanitária goiana.

Ao teor do exposto, segura nos artigos 6º, § 5º, e 10, ambos da lei federal nº 12.016/2009 e no artigo 267, I, Código de Processo Civil, indefiro a petição inicial, extinguo o feito sem julgamento de mérito e, portanto, denego a segurança.

Intime-se.

Goiânia, 25 de janeiro de 2016.

DES.^a BEATRIZ FIGUEIREDO FRANCO
Relatora