

TRABALHOS FORENSES

CASES STUDIES

1. COMPETÊNCIA COMUM DE ESTADO E MUNICÍPIO PARA FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO

PROCESSO N. 033.98.006801—3

I — MARIA JOSÉ REGADO, devidamente qualificada, aforou a presente AÇÃO ORDINÁRIA contra o ESTADO DE SANTA CATARINA e o MUNICÍPIO DE ITAJAÍ, já identificados, alegando, em resumo do absolutamente necessário, que é portadora de deficiência renal crônica, e que para manter sua saúde necessitava do consumo diário da substância AZATIOPRINA, e que, para tanto, sempre recebeu auxílio do Município de Itajaí, pois não possui recursos suficientes para seu sustento. Do uso prolongado do medicamento, desenvolveu problemas no sistema digestivo (hepatite C), e para evitar a rejeição do rim que teve transplantado, de acordo com a prescrição médica, faz-se indispensável o uso contínuo da substância MICOFENOLATO MOFETIL (Cell Cept 500mg). Como o custo da medicação é muito elevado, a Autora solicitou o fornecimento pelas Secretarias de Saúde Municipal e Estadual, que negaram-se a efetuar a doação do remédio, alegando que tal substância não está relacionada na listagem de medicamentos excepcionais (Portaria n. 005/92 SAS/SE). Sem o consumo da medicação a Autora arrisca-se a perder o órgão transplantado e, conseqüentemente vir a óbito.

Busca, então, tutela jurisdicional para garantir seu direito à vida, à saúde e à assistência médica integral. Fundamentada no art. 196 da Constituição Federal e art. 153 da Constituição Estadual, juntou documentos e requereu tutela antecipada para o recebimento da medicação necessária, provisoriamente, às expensas do Estado de Santa Catarina. Requereu, ainda, o benefício da Assistência Gratuita e a procedência da ação com a condenação solidária dos Requeridos no fornecimento permanente e integral da substância MICOFENOLATO MOFETIL.

A antecipação de tutela e a Assistência Judiciária Gratuita foram deferidas às fls. 40/47, sem recursos pertinentes.

Contestando o feito, o Município de Itajaí atribuiu à Secretaria de Estado de Saúde a responsabilidade para a concessão de medicamentos excepcionais, já que, ao habilitar-se nos termos da Norma Operacional Básica 01/96, regulamentada pela Portaria n. 545/MS, de 20.5.93, na modalidade de gestão semi-plena, passou a obter o repasse de verbas para as despesas de sua responsabilidade, que somente abrange os gastos com internações hospitalares e procedimentos ambulatoriais, não incluindo gastos com medicamentos excepcionais. Alegou que a obrigação do fornecimento gratuito de medicamentos excepcionais às pessoas carentes, e que deles fazem uso permanente, é do próprio Estado de Santa Catarina, e requereu a exclusão do Município da lide.

O Estado de Santa Catarina respondeu à ação, refutando a pretensão da Autora pela ausência de suporte legal para a prestação da tutela. Imputou à União a legitimidade passiva para o pleito, já que é a gestora dos recursos destinados à saúde pública, denunciando a União Federal à lide. Citou o art.167 da Constituição Federal, que veda o início de programas não incluídos na lei orçamentária anual e a transferência de recursos de uma categoria para outra, de outro Órgão, sem prévia autorização legislativa, e ponderou que a intervenção do Judiciário na destinação de recursos públicos, que é tarefa típica do Executivo, implica infringência ao art. 2º da Constituição Federal, que consagra a independência entre os Poderes, considerando inaceitável que decretos judiciais obriguem o Estado a fornecer medicamentos de uma hora para outra. Requereu a improcedência da ação pela falta de previsão orçamentária; o deslocamento da competência e o acatamento da denúncia da União à lide. Requereu, ainda, a extinção do processo pela falta de legitimidade do Estado para figurar no pólo passivo da ação.

Manifestando-se acerca da matéria contestatória, a Autora ratificou os fundamentos e pedidos iniciais.

Em parecer de fls. 88/93, o ilustre Representante do Ministério Público opinou pelo afastamento das preliminares argüidas e pelo prosseguimento do feito. É o relatório.

II — TUDO BEM VISTO E ANALISADO, DECIDO:

A Constituição Federal, no art. 196 e a Constituição Estadual, no art. 153, assim prescrevem:

“A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantida 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.”

Com o advento do Sistema Único de Saúde, consagrado na Carta de 1988, e principalmente após 1990, com a edição da Lei Orgânica da Saúde

— LOS (Lei 8.080, de 19.09.90), a responsabilidade pública pela saúde foi conferida às três esferas de Governo — União, Estados e Municípios — cabendo-lhes a execução dos serviços necessários à preservação da vida e saúde (arts. 23, II, 24, XII e 30, VII da Constituição Federal). Inexiste, portanto, qualquer dúvida quanto a legitimidade das partes.

A Saúde, a Previdência e a Assistência estão abrangidas pela Seguridade Social, responsável pelo financiamento dessas áreas, incluindo o Sistema Único de Saúde, como foi definido na Constituição/88, no art. 198, parágrafo primeiro: *“O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, além de outras fontes”*, dispondo a Lei Orgânica da Saúde, nos arts. 31 e 33, que *“o orçamento da Seguridade Social destinará ao Sistema Único de Saúde — SUS, de acordo com a receita estimada, os recursos necessários à realização de suas finalidades, tendo em vista as metas e prioridades estabelecidas na Lei de Diretrizes Orçamentárias. Esses recursos são depositados nos fundos de saúde de cada esfera de governo, e movimentados sob fiscalização dos respectivos conselhos de saúde”*.

No art. 2º, aquela Lei eleva a saúde como direito fundamental do ser humano, atribuindo ao Estado o dever de prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício, garantindo saúde aos cidadãos e trabalhando na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem a redução de riscos de doenças e de outros agravos, assegurando acesso universal (para todos) e equânime (com justa igualdade) às ações e aos serviços, para a sua promoção, proteção e recuperação. No art. 5º, inclui no campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS), entre outras, a assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica, configurando o direito recorrido.

O Ministério da Saúde, cumprindo a prioridade de implementar a política de descentralização do setor saúde, em consonância com as diretrizes da Política Nacional de Medicamentos e com a deliberação da Comissão Intergestores Tripartite, estabeleceu, a partir de 1999, o incentivo à Assistência Farmacêutica, financiado pelos três gestores, onde a transferência dos recursos federais ficou condicionada à contrapartida dos estados, municípios e do Distrito Federal. O repasse federal definido foi de R\$ 163.947.554,00 (cento e sessenta e três milhões, novecentos e quarenta e sete mil, quinhentos e cinquenta e quatro reais), que somados à contrapartida mínima de estados e municípios totalizaram um valor anual mínimo de R\$ 327.895.108,00 (trezentos e vinte e sete milhões, oitocentos e noventa e cinco mil, e cento e oito reais).

A Assistência Farmacêutica é o grupo de atividades relacionadas com medicamentos, destinadas a apoiar as ações de saúde demandadas por uma comunidade. Envolve o abastecimento de medicamentos em todas e

em cada uma de suas etapas constitutivas, a conservação e controle de qualidade, a segurança e a eficácia terapêutica dos medicamentos, o acompanhamento e a avaliação da utilização, a obtenção e a difusão de informação sobre medicamentos e a educação permanente dos profissionais de saúde, do paciente e da comunidade para assegurar o uso racional.

Parte integrante da Assistência Farmacêutica, é a Assistência Farmacêutica Básica, relacionada aos medicamentos básicos, essenciais, dispensados na rede ambulatorial do SUS sob prescrição médica. O Estado de Santa Catarina está qualificado para o recebimento do incentivo à Assistência Farmacêutica Básica, e recebe cerca de R\$ 424.870,67 (quatrocentos e vinte e quatro mil, oitocentos e setenta reais e sessenta e sete centavos), anualmente, para cumprimento da programação de aquisição desses medicamentos.

De acordo com a Portaria n. 176/GM, de 8 de março de 1999, os recursos do Ministério da Saúde, destinados à aquisição de medicamentos básicos, são transferidos do Fundo Nacional de Saúde para os Fundos Estaduais ou Municipais de Saúde e Fundo de Saúde do Distrito Federal, nos termos da NOB/SUS 01/96, conforme a gestão de administração adotada. São transferidos diretamente ao Fundo Municipal, sempre que os municípios habilitarem-se ao pacto de gestão da Assistência Farmacêutica Básica, negociado na Comissão Intergestores Bipartite — CIB, de cada estado.

Os medicamentos excepcionais também integram o programa de Assistência Farmacêutica. Sua regras, no entanto, estão disciplinadas na Portaria n. 1481/GM, de 28-12-99, que visa garantir o acesso dos pacientes usuários do SUS a medicamentos considerados excepcionais, constantes da tabela do Sistema de Informações Ambulatoriais — SIA/SUS. São excepcionais porque os usuários destes medicamentos são pacientes crônicos e utilizam as substâncias por períodos prolongados, além dos tratamentos terem alto custo.

Diante da descentralização dos recursos financeiros proposta e adotada pelo Sistema de Saúde, estabeleceu-se que a totalidade dos recursos do Ministério da Saúde destinados ao co-financiamento dos medicamentos excepcionais, seja incluída no Fundo de Ações Estratégicas e Compensação — FAEC e por ele disponibilizada, conforme programação por unidade da federação. Esses recursos são adicionais aos recursos próprios de estados e Distrito Federal destinados para este fim, mas, nos estados que tenham municípios em gestão plena do Sistema, e que sejam responsáveis pela aquisição e dispensação de medicamentos excepcionais, os valores repassados são repactuados na Comissão Intergestores Bipartite — CIB, para que sejam direcionados aos Fundos Municipais. O Estado de Santa Catarina conta com verba anual equivalente a R\$ 9.548.544,00 (nove milhões, quinhentos e quarenta e oito mil, quinhentos e quarenta e quatro reais).

O SUS constitui uma rede regionalizada de ações e serviços públicos de saúde, organizado de forma descentralizada, com direção única em cada esfera de governo, tendo a Lei 8.080/90, no art. 9º, definido que a direção do sistema único de saúde, no âmbito da União, é exercida pelo Ministério da Saúde e, nos Estados e Municípios, pelas respectivas Secretarias da Saúde, devendo a União apoiar os estados e municípios, tanto técnica como financeiramente, na manutenção de serviços de saúde, como estabeleceu a Constituição Federal no art. 30, VII.

Se a Constituição determina que a saúde é responsabilidade das três esferas de Governo e que a Seguridade Social será financiada por impostos e contribuições sociais, cabendo à União transferir recursos para o financiamento desse sistema integrado (art. 198, parágrafo primeiro), uma vez que as fontes mencionadas nos incisos I, II e III do art. 195, bem como a CPMF, são arrecadadas exclusivamente pelos cofres federais, há uma repartição constitucional dos recursos, bem como uma repartição constitucional dos deveres, pois parte da arrecadação é destinada aos entes federativos que têm responsabilidade direta pela saúde pública.

A descentralização das responsabilidades entre os entes federativos e a obrigatoriedade da União em transferir recursos para o seu custeio é inquestionável. Esses recursos são depositados no fundo de saúde estadual ou municipal para a execução global do plano de saúde, previamente aprovado pelas instâncias deliberativas do SUS. As transferências estão reguladas detalhadamente no Decreto Federal n. 1.232, de 30-08-94 e na Norma Operacional Básica n. 01/96, aprovada pela Portaria n. 2.203/MS, de 05-11-96. Portanto, descabida qualquer obrigação da União no pagamento de serviços para os quais já transpôs a competência e a verba necessária, improcedendo a denúncia invocada pelo Estado de Santa Catarina.

“DENUNCIAÇÃO DA LIDE. PEDIDO DE EXCLUSÃO DO FEITO PELO DENUNCIANTE. INADMISSIBILIDADE. É inadmissível o pedido de exclusão do processo, formulado pelo próprio denunciante a seu favor e, via de consequência, a condenação da denunciada. Inexiste relação jurídica entre a autora da ação principal e a denunciada à lide. Com a denúncia da lide, objetiva a denunciante obter título executivo contra a denunciada. Realmente, com a instauração da lide secundária, em decorrência da denúncia da lide não se alteram os termos da lide principal, que continua a ter nos pólos a autora e a ré denunciante, uma vez que o pedido da autora é formulado contra ela e só ela pode ser condenada se julgada procedente a ação”. (TJSC, Ap. 23.913, rel. Des. JOÃO MARTINS, ADCOAS 110.777)

As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecem a vários princípios, entre os quais, está a descen-

tralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo (art. 7º, IX); a ênfase na descentralização dos serviços para os municípios (art. 7º, IX, “a”); a conjugação dos recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios na prestação de serviços de assistência à saúde da população (art. 7º, XI) e a organização dos serviços públicos de modo a evitar duplicidade de meios para fins idênticos (art. 7º, XIII), todos explicitados na Lei n. 8.080/90.

A direção municipal do Sistema de Saúde (SUS), como prevê o art.18 da Lei n. 8.080/90, deve planejar, organizar, controlar e avaliar as ações e os serviços de saúde e gerir e executar os serviços públicos de saúde; executar serviços de vigilância epidemiológica, vigilância sanitária, alimentação e nutrição, saneamento básico e saúde do trabalhador.

Para esclarecer as responsabilidades dos estados e municípios, relativamente à prestação de serviços de saúde, oportuna a citação da Norma Operacional Básica do SUS — NOB 01/96, publicada no D.O.U de 06-11-96, por meio da Portaria n. 2.203, de 05-11-96, e alterada pela Portaria n. 1.882 de 18-12-97. Resultado de amplo e participativo processo de discussão, seu foco central é a redefinição do modelo de gestão federativo, o que representou um importante marco na consolidação do SUS e, por conseguinte, no efetivo cumprimento dos princípios e diretrizes que o orientam, expressado, em especial, na finalidade da Norma: “promover e consolidar o pleno exercício, por parte do poder público municipal e do Distrito Federal, da função de gestor da atenção à saúde de seus municípios...”.

Na NOB 01/96, definiu-se que os gestores Federal e Estadual, promotores da harmonização, modernização e integração do SUS, nas dimensões nacional e estadual, respectivamente, são responsáveis pelo processo de articulação entre os gestores, nos diferentes níveis do Sistema, o que ocorre, preferencialmente, em dois colegiados de negociação: a Comissão Intergestores Tripartite (CIT), composta, paritariamente, por representação do Ministério da Saúde (MS), do Conselho Nacional de Secretários Estaduais de Saúde (CONASS) e do Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde (CONASEMS), e a Comissão Intergestores Bipartite (CIB), composta, também de forma paritária, por representação da Secretaria Estadual de Saúde (SES) e do Conselho Estadual de Secretários Municipais de Saúde (COSEMS) ou órgão equivalente.

Desde então, o gestor municipal é quem deve prover a seus cidadãos toda atenção à saúde por eles requerida, com a devida cooperação técnica e financeira da União e dos Estados, caracterizando um processo de transformação profunda, no qual se desloca poder — gestão, atribuições e decisões — para o nível mais local do Sistema.

O exercício dos serviços de saúde pelo Município compreende, portanto, não só a responsabilidade por algum tipo de prestação de serviço

(Constituição Federal, art. 30, VII), como, da mesma forma, a responsabilidade pela gestão de um sistema que atenda, com integralidade, à demanda das pessoas pela assistência à saúde e às exigências sanitárias ambientais (Constituição Federal, art. 30, V).

A plena responsabilidade do poder público municipal, ainda que não seja isolada, só atinge os poderes públicos estadual e federal, e sempre como co-responsáveis, nas suas respectivas competências ou na ausência da função municipal (art. 23, II da Constituição Federal). Essa responsabilidade, no entanto, não exclui o papel da família, da comunidade e dos próprios indivíduos, na promoção, proteção e recuperação da saúde.

Os municípios passaram a ser, de fato, os responsáveis imediatos pelo atendimento das necessidades e demandas de saúde do seu povo e pelas exigências de intervenções saneadoras em seus territórios, superando o papel exclusivo de prestadores de serviços e assumindo seus respectivos papéis de gestores do SUS, através de mudanças nos mecanismos e fluxos de financiamento, que ampliaram as transferências de caráter global, fundo a fundo, com base em programações ascendentes, pactuadas e integradas. Isso levou o Sistema à prática de acompanhamento, controle e avaliação das ações de saúde, superando os mecanismos tradicionais, com a conseqüente valorização dos resultados advindos de programações com critérios epidemiológicos e do desempenho com qualidade, vinculando os serviços e seus usuários, e privilegiando os núcleos familiares e comunitários, criando, assim, condições para uma efetiva participação e controle social.

Evidente que a realidade objetiva do poder público nos municípios brasileiros é muito diferenciada, caracterizando diferentes modelos de organização, de diversificação de atividades, de disponibilidade de recursos e de capacitação gerencial, o que, necessariamente, configura modelos distintos de gestão. Por isso, o poder público estadual, quando ou enquanto um município não assuma a gestão do Sistema, é quem responde pelo conjunto de serviços capaz de atender integralmente àquela população, que necessita de um sistema que lhe é próprio. No entanto, esta prestação tem caráter transitório, atendendo à saúde daqueles municípios porque o município ainda não tomou para si a responsabilidade.

Quanto a discussão acerca da disponibilidade de recursos, inclusive aqueles destinados para aquisição de medicamentos, sejam básicos ou excepcionais, vale dizer que, aqueles provenientes da esfera federal, destinados às ações e serviços de saúde, configuram o Teto Financeiro Global (TFG), cujo valor, para cada estado e cada município, é definido com base na Programação Pactuada e Integrada (PPI). O teto financeiro do Estado contém os tetos de todos os municípios, habilitados ou não a qualquer uma das condições de gestão, que são GESTÃO PLENA DA ATENÇÃO BÁSICA e GESTÃO PLENA DO SISTEMA MUNICIPAL. Uma vez habilitado, declara-se

os compromissos assumidos por parte do gestor perante os outros gestores e perante a população sob sua responsabilidade. .

O Estado de Santa Catarina é o gerenciador dos recursos estaduais e federais a ele destinados desde abril de 1999, e contribui com os municípios na aquisição de medicamentos básicos, produzindo e distribuindo, às unidades sanitárias, aqueles fabricados pelos laboratórios industriais estaduais. Também os municípios, desde abril de 1999, gerenciam os recursos federais e estaduais destinados e direcionados ao Fundo de Saúde Municipal. Através da Portaria n. 478 SAS/MS, de 18 de agosto de 1999, quando da definição dos tetos financeiros anuais dos municípios habilitados na condição de Gestão Plena do Sistema Municipal, aprovados pelas Comissões Intergestores Bipartite dos Estados do Acre, Bahia, Maranhão, Minas Gerais, Paraíba, Paraná, Rio Grande do Sul, Rondônia, Santa Catarina e São Paulo, restou incluído, dentre as cidades habilitadas, o Município de Itajaí. Assim, desde 1999, a saúde pública no Município requerido está sob gestão de administração plena.

A responsabilidade do Município de Itajaí quanto ao Sistema de Saúde, abrange, então, a elaboração de todo o programa local, contendo, inclusive, a referência ambulatorial especializada e hospitalar; a gerência de unidades próprias, ambulatoriais e hospitalares; a gerência de unidades ambulatoriais e hospitalares do Estado e da União; a garantia da prestação de serviços em seu território, inclusive os serviços de referência aos não-residentes; a administração da oferta de procedimentos ambulatoriais de alto custo e procedimentos hospitalares de alta complexidade conforme a PPI e segundo normas federais e estaduais; a execução das ações básicas, de média e alta complexidade em vigilância sanitária; a execução de ações de epidemiologia, de controle de doenças e de ocorrências mórbitas, decorrentes de causas externas, como acidentes, violências e outras incluídas no TFECD — Teto Financeiro da Epidemiologia e Controle de Doenças.

Ao apresentar o Plano Municipal de Saúde, aprovado pelo Conselho Municipal de Saúde, ficam estabelecidas as metas, a integração e articulação com a rede estadual, bem como as respectivas responsabilidades na programação integrada do estado, incluindo detalhamento da programação de ações e serviços que compõem o sistema municipal. Essas metas são condição básica para a habilitação como gestor pleno do Sistema, assegurando a oferta, em seu território, de todo o elenco de procedimentos cobertos pelo PAB e, adicionalmente, de serviços de apoio diagnóstico em patologia clínica e radiologia básicas.

A Lei n. 2.640, de 12 de agosto de 1991, instituiu o Fundo Municipal de Saúde, objetivando criar condições financeiras e de gerenciamento dos recursos destinados ao desenvolvimento das ações de saúde, que são executadas e coordenadas pela Secretaria de Saúde do Município de Itajaí,

e que compreendem o atendimento à saúde, universal, integral, regionalizado e hierarquizado; a vigilância sanitária; a vigilância epidemiológica e as ações de saúde de interesse individual e coletivo correspondentes; além do controle e da fiscalização das agressões ao meio-ambiente, nele compreendido o ambiente de trabalho, em comum acordo com as organizações competentes das esferas federal e estadual (art. 1º e incisos).

O Teto Financeiro da Assistência do Município (TFAM) é o montante correspondente ao financiamento do conjunto das ações assistenciais assumidas pela SMS. O TFAM é transferido, regular e automaticamente, do Fundo Nacional ao Fundo Municipal de Saúde, e destina-se ao custeio dos serviços localizados no território do município.

A Portaria n. 3.916/GM, de 30 de outubro de 1998, diante da necessidade de uma política devidamente expressa relacionada à questão de medicamentos, aprovada pela Comissão Intergestores Tripartite e pelo Conselho Nacional de Saúde, determinou a readequação de todos os planos, programas, projetos e atividades na conformidade das diretrizes, prioridades e responsabilidades nela estabelecidas. Seu propósito é “garantir a necessária segurança, eficácia e qualidade destes produtos, a promoção do uso racional e o acesso da população àqueles considerados essenciais”.

A Política Nacional de Medicamentos, é parte essencial da Política Nacional de Saúde, e constitui um dos elementos fundamentais para a efetiva implementação de ações capazes de promover a melhoria das condições da assistência à saúde da população. O RENAME — Relação Nacional de Medicamentos, imprescindível instrumento de ação do SUS, contempla um elenco de produtos necessários ao tratamento da maioria das patologias prevalentes no País, o que não significa que encerrem todas as necessidades da população. Tanto é, que o Ministério da Saúde estabeleceu mecanismos que permitem sua contínua atualização. Essa Relação é apenas a base para organização de listas estaduais e municipais, cujo conjunto de medicamentos deve ser ajustado ao nível local, às doenças mais comuns da população, definidas segundo prévio critério epidemiológico, favorecendo o processo de descentralização da gestão, visto que estas instâncias são, com a participação financeira e técnica do Ministério da Saúde, responsáveis pelo suprimento de suas redes de serviços. Trata-se, portanto, de meio fundamental para orientar a padronização, como qualquer outra listagem de substâncias medicamentosas, até a relativa às medicações excepcionais, quer da prescrição, quer do abastecimento de medicamentos, principalmente no âmbito do SUS, constituindo, assim, um mecanismo para a redução dos custos dos produtos, sem que restrinja a aquisição e distribuição daqueles que não constem na lista, pois todo medicamento que é imprescindível à manutenção e recuperação da saúde do indivíduo é essencial, seja ele básico ou excepcional.

A aquisição e a distribuição, anteriormente feitas pelo Ministério, dos produtos componentes da Assistência Farmacêutica Básica foram substituídas pela transferência regular e automática, fundo-a-fundo, de recursos federais, sob a forma de incentivo agregado ao Piso da Atenção Básica. Esses recursos são utilizados prioritariamente para a aquisição, pelos municípios e sob a coordenação dos estados, dos medicamentos necessários à atenção básica da saúde de suas populações. Além dessas transferências, atenção especial é dada ao repasse para aquisição dos medicamentos destinados ao atendimento de esquemas terapêuticos continuados, aos que ratificam decisões e compromissos internacionais e àqueles voltados à assistência a pacientes de alto risco, como é o caso dos transplantados e renais crônicos. Só são adquiridos e distribuídos diretamente pelos estados, o elenco de medicamentos predefinidos, incluindo aí, os de dispensação em caráter excepcional, tendo por base critérios técnicos e administrativos, e destinando orçamento adequado à aquisição.

Claro que a descentralização da aquisição e distribuição de medicamentos aos municípios não exime os gestores federal e estadual de responsabilidades em situações especiais. Tal decisão, entretanto, é adotada por ocasião das programações anuais, considerando-se, sempre, a forma de financiamento adotada pelos gestores, sobretudo no tocante à disponibilidade de recursos financeiros.

Cabe à Secretaria de Saúde Municipal coordenar e executar a assistência farmacêutica no seu respectivo âmbito; assegurar a dispensação adequada dos medicamentos; definir a relação municipal de medicamentos essenciais, com base na RENAME, a partir das necessidades decorrentes do perfil nosológico da população; assegurar o suprimento dos medicamentos destinados à atenção básica da saúde de sua população, integrando sua programação a do estado, visando garantir o abastecimento de forma permanente e oportuna; adquirir, além dos produtos destinados à atenção básica, outros medicamentos essenciais à manutenção da saúde, definidos no plano municipal como responsabilidade concorrente do município.

Entendo que a responsabilidade da União, através do Ministério da Saúde, e por intermédio da Secretaria Executiva, restringe-se à aquisição e distribuição diretamente às Secretarias Estaduais de Saúde, dos medicamentos relativos aos programas nacionais de AIDS (anti-retrovirais), Tisiologia, Hanseníase, Sangue e Hemoderivados (fator viii, fator ix, completo protrombínico e ddavp), Diabetes (insulina) e controle de endemias, definidos em normas específicas e especiais. Já os medicamentos constantes nas tabelas do SAI/SUS, dispõem de mecanismos de financiamento pela União e demais gestores, cujos recursos estão contemplados pelos respectivos tetos financeiros de assistência dos estados e municípios.

Se é dever do Estado assegurar a todos os cidadãos, indistintamente, o direito à saúde, que é fundamental e está consagrado na Constituição da

República nos arts. 6º e 196, não se pode sobrepor a interesses indisponíveis e fundamentais, meros interesses financeiros do Estado, como a prévia inclusão ao orçamento, a vedação de transferência de recurso de uma categoria de programação para outra ou de um órgão para outro, a necessidade de autorização legislativa para transferência da importância para custeio do tratamento requerido, a lesão à economia pública, etc., prevalecendo o direito à saúde e à vida, em face de normas que regulam a atividade econômica do Estado.

Neste sentido, precedente do Supremo Tribunal Federal, citado pelo ilustre Des. *Alcides Aguiar*, em Agr. Reg. no AI n. 96.007056-7, da Capital:

“Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, *caput*), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, — uma vez configurado esse dilema — razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: o respeito indeclinável à vida” (STF, Min. CELSO MELLO).

Também no entendimento do Supremo Tribunal Federal, que, no mérito de casos semelhantes, assegura o direito ao adequado tratamento:

“A Constituição Federal prevê ações programáticas para assegurar à coletividade o direito público à saúde, assim também ao indivíduo ao referir que o direito é de todos. A saúde — ou doença — está no corpo, impondo-se preservar a primeira, nas ações programáticas, e curar a segunda, na atenção particularizada, fornecendo aos carentes os medicamentos excepcionais, como os necessários ao tratamento da AIDS, como é previsão legal (Lei n. 9.908/93) neste Estado e no país (Lei n. 9.913/96)” (AG n. 238.328-0/RS, rel. Min. MARCO AURÉLIO).

“Diante da omissão do Estado em prestar atendimento à população carente, que não possui meios para a compra de medicamentos necessários à sua sobrevivência, a jurisprudência vem se fortalecendo no sentido de emitir preceitos pelos quais os necessitados podem alcançar o benefício almejado” (REsp n. 249.026/PR, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJ 26-06-2000).

“CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. MEDICAMENTOS: FORNECIMENTO A PACIENTES CARENTES: OBRIGAÇÃO DO ESTADO. I — Paciente carente de recursos indispensáveis à aquisição dos medicamentos de que necessita: obrigação do Estado em fornecê-los. Precedentes do S.T.F. II — Negativa de seguimento ao RE. Agravo não provido” (AGRRE-273042/RS, rel. Min. CARLOS VELLOSO, 2ª Turma, 28-08-2001).

“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 consequência 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.

...

DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES. O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, *caput*, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF”.

Nenhuma regra hermenêutica pode sobrepor-se ao princípio maior estabelecido na Constituição Brasileira/88, de que “a saúde é direito de todos e dever do Estado”. Imprescindível, entretanto, interpretar a lei da forma mais humana, em que os princípios de ordem ético-jurídica conduzam ao único desfecho justo: decidir pela preservação da vida.

Com total propriedade expressou o Des. *Xavier Vieira*, no corpo do acórdão referente ao Agravo de Instrumento n. 96.012721-6, da comarca de Araranguá:

“Sendo a saúde direito e dever do Estado (CF, art. 196, CE, art. 153), torna-se o cidadão credor desse benefício, ainda que não haja serviço oficial ou particular no País para o tratamento reclamado. A existência de previsão orçamentária própria é irrelevante, não servindo tal pretexto como escusa, uma vez que o executivo pode socorrer-se de créditos

adicionais. A vida, dom maior, não tem preço, mesmo para uma sociedade que perdeu o sentido da solidariedade, num mundo marcado pelo egoísmo, hedonista e insensível. Contudo, o reconhecimento do direito à sua manutenção (...), não tem balizamento caritativo, posto que carrega em si mesmo, o selo da legitimidade constitucional e está ancorado em legislação obediente àquele comando”.

Consoante acentua *Zanobini*:

“Nenhum bem da vida apresenta tão claramente unidos o interesse individual e o interesse social, como o da saúde, ou seja, do bem-estar físico que provém da perfeita harmonia de todos os elementos que constituem o seu organismo e de seu perfeito funcionamento. Para o indivíduo saúde é pressuposto e condição indispensável de toda atividade econômica e especulativa, de todo prazer material ou intelectual. O estado de doença não só constitui a negação de todos estes bens, como também representa perigo, mais ou menos próximo, para a própria existência do indivíduo e, nos casos mais graves, a causa determinante da morte. Para o corpo social a saúde de seus componentes é condição indispensável de sua conservação, da defesa interna e externa, do bem-estar geral, de todo progresso material, moral e político. As pessoas doentes representam ônus e perigo contínuo para a sociedade: ônus, na medida em que não lhe trazem nenhuma contribuição de trabalho e exigem cuidados e assistência que comprometem meios econômicos e atividades de outras pessoas; perigo, pela possibilidade da propagação da doença a outras pessoas e, em alguns casos, à propagação rápida, de caráter epidêmico” (Cretella Júnior, ob. cit., p. 4.331).

Eis o entendimento do e. Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

“SAÚDE PÚBLICA. CAUTELAR INOMINADA. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS, PELO ESTADO, AOS PORTADORES DE AIDS. POSSIBILIDADE. DOTAÇÃO ORÇAMENTÁRIA E PROCESSO LICITATÓRIO. DESNECESSIDADE. DOENÇA DE NATUREZA GRAVE COM CONSEQÜÊNCIAS IRREVERSÍVEIS. SITUAÇÃO DE URGÊNCIA CARACTERIZADA. INEXISTÊNCIA DE INGERÊNCIA POR PARTE DO PODER JUDICIÁRIO E/OU AGRESSÃO AO PRINCÍPIO DA INDEPENDÊNCIA DOS PODERES. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 5º, CAPUT, 23, II, 196 A 198, DA CF; ART. 153, II, DA CE E DAS LEIS 8.080/90 E 9.313/96. RECURSO IMPROVIDO”. (Apelação cível n. 98.001183-3, da Capital, rel. Des. JUIZ CESAR ABREU, Quarta Câmara Civil, 25 de fevereiro de 1999)

“AGRAVO DE INSTRUMENTO — OBRIGAÇÃO DE O ESTADO FORNECER REMÉDIOS INDISPENSÁVEIS AO TRATAMENTO DE MIOCARDIOPATIA ISQUÊMICA GRAVE E DIABETIS MELLITUS — DIREITO À VIDA E À SAÚDE — TUTELA ANTECIPADA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA

— POSSIBILIDADE, NA HIPÓTESE — RECURSO NÃO PROVIDO” (Agravado de instrumento n. 00.002550-0, da Capital, Rel. Des. JOÃO MARTINS, Câmara Cível, 03/05/2001).

No mesmo sentido, decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: “AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. SAÚDE PÚBLICA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS EXCEPCIONAIS (TRAMAL — CLORIDRATO DE TRAMADOL). MAL DE PARKINSON. AÇÃO ORDINÁRIA C/C TUTELA ANTECIPADA. CONCESSÃO NA ORIGEM. NÃO-PROVIMENTO. E CONSABIDO QUE A SAÚDE PÚBLICA É OBRIGAÇÃO DO ESTADO EM ABSTRATO, DESIMPORTANDO QUAL A ESFERA DE PODER QUE, EFETIVAMENTE, A CUMPRE, POIS A SOCIEDADE QUE CONTRIBUI E TUDO PAGA, INDISTINTAMENTE, AO ENTE PÚBLICO QUE LHE EXIGE TRIBUTOS CADA VEZ MAIS CRESCENTES EM TODAS E QUAISQUER ESFERAS DE PODER ESTATAL, SEM QUE A CADA QUAL SEJA ESPECIFICADA A DESTINAÇÃO DESSES RECURSOS. PORTANTO, O ALEGADO DANO DO AGRAVANTE NÃO TEM COMPARAÇÃO COM O DANO QUE PODE REPRESENTAR A FALTA DE ATENDIMENTO AO PEDIDO DO MEDICAMENTO TRAMAL (CLORIDATO DE TRAMADOL), AO AGRAVADO. ENTREGA DE NUMERÁRIO. VEDAÇÃO (ART. 100 DA CF/88). PROVIMENTO. AGRAVO PARCIALMENTE PROVIDO” (Agravado de Instrumento n. 599066388, 4ª Câmara Cível do TJRS, Porto Alegre, rel. Des. WELLINGTON PACHECO BARROS, j. 07.04.191999).

A questão de prejuízos financeiros gerados ao Estado foi muito bem analisada pelo eminente Des. *Xavier Vieira*, então Vice-Presidente do TJSC, no Pedido de Suspensão de Liminar n. 96.009529-2, da comarca de Criciúma, ao citar a obra “Contabilidade Pública”, de *João Angélico*:

“Para João Angélico, *in* Contabilidade Pública, Ed. Atlas, pág. 35, ‘durante a execução orçamentária, o Poder Executivo pode solicitar ao Legislativo, e este conceder, novos créditos orçamentários. Eles serão adicionados aos créditos que integram o orçamento em vigor. Por essa razão, denominam-se créditos adicionais. Os créditos adicionais aumentam a despesa pública do exercício, já fixada no orçamento. A fim de não prejudicar o equilíbrio do orçamento em execução, a lei determinará que cada solicitação de crédito adicional será acompanhada da indicação de recursos hábeis. São considerados recursos hábeis: (...); III — os resultantes de anulação parcial ou total de dotações orçamentárias ou de créditos adicionais, autorizados em lei; (...) (art. 43). A Lei n. 4.320, de 17-3-64 (Lei Orçamentária), em seu título V, regula os créditos adicionais, classificando-os em suplementares, especiais e extraordinários (incisos I, II, III, do art. 41). No caso presente, trata-se de crédito pessoal, eis que os créditos especiais destinam-se a amparar programas novos que não figuram no orçamento”.

O Superior Tribunal de Justiça, entende indiscutível o dever do Estado na prestação de assistência farmacêutica, necessária a manutenção da vida humana:

“AGRAVO REGIMENTAL — MEDICAMENTOS — RESPONSABILIDADE ENTRE ESTADO E MUNICÍPIO. Pode o relator negar seguimento a recurso manifestamente improcedente. Agravo improvido — LEGITIMIDADE PASSIVA, MUNICÍPIO, AÇÃO JUDICIAL, REFERÊNCIA, DISTRIBUIÇÃO GRATUITA, MEDICAMENTO, AIDS, INDEPENDÊNCIA, FALTA, REGULAMENTAÇÃO, MATÉRIA, EXISTÊNCIA, RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA, ESTADO, MUNICÍPIO” (AGA 246642/RS, 28/09/1999, Primeira Turma, rel. Min. GARCIA VIEIRA).

“RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS. SUS. LEI N. 8.080/90. O v. acórdão proferido pelo egrégio Tribunal *a quo* decidiu a questão no âmbito infraconstitucional, notadamente à luz da Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990. O Sistema Único de Saúde pressupõe a integralidade da assistência, de forma individual ou coletiva, para atender cada caso em todos os níveis de complexidade, razão pela qual, comprovada a necessidade do medicamento para a garantia da vida da paciente, deverá ser ele fornecido. Recurso especial provido. Decisão unânime. CABIMENTO, APRECIÇÃO, DIREITO, RECEBIMENTO, MEDICAMENTO, ÂMBITO, RECURSO ESPECIAL, HIPÓTESE, ACÓRDÃO RECORRIDO, FUNDAMENTAÇÃO, LEI FEDERAL, INEXISTÊNCIA, NEGAÇÃO, DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. OBRIGATORIEDADE, MUNICÍPIO, FORNECIMENTO, GRATUIDADE, MEDICAMENTO, INDICAÇÃO, PARECER, MÉDICO, OBJETIVO, TRATAMENTO MÉDICO, HIPÓTESE, DOENTE, COMPROVAÇÃO, INEXISTÊNCIA, RECURSOS FINANCEIROS, OBSERVÂNCIA, LEI FEDERAL, 1990, CARACTERIZAÇÃO, DIREITO LÍQUIDO E CERTO, PACIENTE (MEDICINA), NÃO CARACTERIZAÇÃO, NORMA PROGRAMÁTICA, NORMA, GARANTIA, DIREITO FUNDAMENTAL, OBSERVÂNCIA, PREVALÊNCIA, DIREITO A VIDA, REFERÊNCIA, INTERESSE, NATUREZA FINANCEIRA, ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA” (RESP 212346/RJ, rel. Min. FRANCIULLI NETTO, 09/10/2001 — 2ª Turma).

Vislumbra-se, no caso em exame, que a responsabilização solidária entre Estado e Município, contraria todos os preceitos legais descentralizadores dos serviços de saúde em Santa Catarina. A partir da Gestão Plena, assumida pelo Município de Itajaí em 1999, entendo que o gestor municipal só estaria desobrigado da prestação assistencial integral, demonstrando prova, *quantum satis*, de que esse serviço específico (fornecimento do medicamento solicitado), quando do pacto com a Comissão Intergestores, restou como atribuição do Estado de Santa Catarina. Não há, no entanto, evidências nesse sentido, fazendo crer que a responsabilidade pela saúde dos munícipes é exclusivamente local, tendo o Município de Itajaí o dever constitucional de assistir seus cidadãos de toda e qualquer forma necessária à manutenção da saúde e da vida.

Na insuficiência de recursos para aquisição dos medicamentos indispensáveis, ou na ausência de contrapartida estadual ou federal para programas específicos que porventura sejam necessários para a integralização dos serviços de saúde pelo Município gestor, cumpre ao Executivo intervir com o Legislativo para solicitação de novos créditos orçamentários. Não se pode, entretanto, através do Poder Judiciário, autorizar a duplicidade de meios para fins idênticos, em total desrespeito aos princípios norteadores da Lei Orgânica da Saúde, cuja diretriz é a descentralização de todos os serviços para os municípios.

III — DISPOSTIVO:

EM ASSIM SENDO, com fundamento no art. 196 da Constituição Federal, art. 18 da Lei n. 8.080/90 e art. 1º da Lei Municipal n. 2.640/91, julgo improcedente o pedido formulado por MARIA JOSÉ REGADO contra o ESTADO DE SANTA CATARINA e procedente o pedido formulado contra o MUNICÍPIO DE ITAJAÍ, todos já identificados, para condenar o Município ao fornecimento permanente e integral da substância MICOFENOLATO MOFETIL, em quantidade estabelecida pela prescrição médica.

Condeno o Vencido ao pagamento dos honorários advocatícios da Dra. Assistente Judiciária que ora arbitro em R\$ 1.000,00 (mil reais), consoante o art. 20, § 4º do Código de Processo Civil.

Isento de custas em se tratando de Fazenda Pública (art. 35, “i”, da LC n. 156/97, com redação dada pela LC n. 161/97).

Recòrro de ofício.

Publicar, Registrar e Intimar.

Itajaí, quarta-feira, 10 de dezembro 2003.

RODOLFO CEZAR RIBEIRO DA SILVA

Juiz de Direito

COMENTÁRIOS

Elidia Tridapalli^()*

A sentença ora comentada deve ser analisada no âmbito do momento em que foi prolatada;

(*) Msc. em Direito, Graduada Enfermeira/UFSC-1984, Bacharel em Direito UNIVALI-1994, Advogada Militante na Comarca de Itajaí. E-mail: elidia@joaomartins.com.br.

Primeiro a medida que a Constituição Federal de 1988, em seu art. 196, previu em seus dispositivos que a proteção ao sistema de saúde deveria ser organizada de forma hierarquizada, regionalizada e com atendimento universal, principalmente após a promulgação da Lei Orgânica da Saúde — LOS — Lei 8.080/90, conferiu a responsabilidade pública pela saúde e que os serviços fossem organizados de forma descentralizada do Poder Central. Toda a discussão que antecedeu a aprovação da LOS, que instituiu o Sistema Único de Saúde-SUS, adveio da possibilidade de fomentar a discussão de buscar juridicamente através da propositura de demandas judiciais, para que o público /Estado, visto como — União — Estados — Municípios, fosse compelido por determinação judicial, a propiciar o atendimento integral as necessidades para recuperação da saúde à comunidade, especialmente a mais carente, que não disponibilizava de condições financeiras, para adquirir o medicamento necessário para recuperação de sua saúde.

Vale salientar que a lição da doutrina e jurisprudência nos casos em que foram deferidas judicialmente as possibilidades de importação dos medicamentos conhecidos como “coquetel” para tratamento da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida — AIDS, no período de 1984 a 1994, foi fundamental para que o ordenamento jurídico pátrio incluísse a possibilidade de proposituras destas demandas.

Superada a fase da busca dos medicamentos para tratamento da AIDS, a indústria farmacêutica, cada vez mais controlada pelos objetivos do lucro, além de colocar no mercado número considerável de medicamentos, utilizando-se muitas vezes de marketing pesado para dissuadir a população brasileira ao consumo desenfreado de medicamentos que a nosso entender faz com que os órgãos públicos tenham suas reservas em deferir todos os tratamentos prescritos pelos profissionais médicos, sem que haja a indicação dos técnicos autorizados pelo Ministério da Saúde e isto faz com que diante da desconfiança e da generalização de usos de medicamentos, muitas vezes utilizados sem a devida prescrição médica, através da automedicação, faz com que o ônus público seja por demais elevado, e a negativa aos requerimentos administrativos seja a prática usual dos serviços de saúde, especialmente quando trata-se de medicação de alto custo ou de medicamento novo no mercado e que ainda não está inserido na relação de alto custo nas Secretarias de Estado de Saúde.

Em razão de ainda haver muita polêmica no que tange à competência administrativa no fornecimento dos medicamentos de alto custo, é muito comum haver nas demandas judiciais a legitimidade do ente público que deve ser chamado no pólo passivo. E não raras vezes os profissionais advogados utilizam-se da Ação do Mandado de Segurança para obrigar o agente — Secretário de Saúde — a deferir o fornecimento da medicação prescrita, sob o argumento de que é ilegal a negativa e o direito líquido e certo se encontraria cristalina e demonstrado de toda a população bra-

sileira ter direito à preservação da vida, preocupação maior do Estado Brasileiro. E também é muito comum na propositura da demanda serem chamados no pólo passivo um ou outro ente público-Estado e Município, ou a União. E nas discussões, quando o medicamento possui valores elevados algumas empresas monopolizam sua comercialização, fazendo com que os valores se elevem demasiadamente e o Fundo não suporte a aquisição sem que tenha que optar entre atender 10 usuários dos serviços de saúde que utilizam medicamentos de pequeno valor e/ou atender um que vai gerar uma despesa dos 10 usuários juntos.

Com toda esta polêmica, é claro que o governante de plantão analisa o fator custo-benefício, especialmente quando se trata de autoridades que pretendem submeter-se a processos eleitorais, para quem os números de atendidos são importantes já que os votos são unitários, e portanto efeitos diferenciados. A Secretaria de Estado de Saúde do Estado de Santa Catarina, durante a Gestão de do Secretário Dr. Fernando Coruja Agostini, de formação médica e advogado, em parceria com universidades, federais e estaduais, mais organizações não-governamentais, assembleia legislativa do Estado de Santa Catarina, representantes do Poder Judiciário, promoveu inúmeros seminários, debates, para chegar a um denominador comum sobre o fornecimento de medicação de alto custo através do acatamento das decisões judiciais, entendendo sempre que o executivo pondera que em razão de o orçamento da saúde, seja ele o da União/Estados/Municípios, ser limitado ao atender uma decisão judicial, o Executivo deixaria de atender os outros 10 usuários que também seriam necessitados e carentes.

Afora as discussões financeiras, que sempre aparecem nos momentos que os órgãos do Poder Executivo, levanta no momento de cumprir decisões e prioridades, dentro dos processos aparece a discussão processuais no que tange o instrumento que os operadores do direito entendem ser o legítimo na busca da tutela jurisdicional, e alguns entendem que a forma mais célere de ver atendido o direito do usuário é pela via mandado de Segurança, fundamentando a justificativa, por ser direito líquido e certo de todos os brasileiros e aqueles equiparados, residentes no Brasil, terem direito à vida, desta feita é comum dentro do processo nas contestações, os procuradores dos Municípios, Estados e da União argüirem a carência da ação, e/ou a ilegitimidade passiva do ente público atuar no pólo passivo da demanda ou de tentarem caracterizar a incompetência do Juízo, seja em razão da matéria, que justifica que o direito à saúde tem fundamento pelo princípio constitucional, e os magistrados diante da relevância dos pedidos feitos. É claro que sempre há necessidade de promover a pré-constituição da prova, seja da impossibilidade econômica da aquisição da medicação, da negativa do órgão público em fornecer a medicação, seja de comprovar a receita médica, acompanhada de justificativa médica, comprovada pela juntada de exames hematológicos, da necessidade da utilização da medi-

cação solicitada para amenizar ou até curar os problemas de saúde do portador da patologia.

A subscritora do presente comentário, já promoveu pedido através de procurador vez que muitas vezes o portador da patologia encontrava-se em estado de saúde gravíssimo e o Poder judiciário legitimou o filho ou marido, pai ou mãe a atuar no pólo ativo desde que este comprovasse que o pedido estava sendo feito em nome daquele que se encontrava impossibilitado de exercer seu direito de cidadão em busca da tutela jurisdicional. Quanto ao deferimento liminar do pedido através do pedido da Tutela Antecipada, fundada no art. 273 do CPC, ou via liminar em Mandado de Segurança, seja proposta contra autoridade pública que indeferiu o fornecimento da medicação, seja o da União, Estados ou Municípios, ou com todos no pólo passivo, o deferimento na maioria é satisfatório, e no mérito os julgamentos sempre confirmamos efeitos da liminar, a não ser é claro que a inicial não esteja devidamente instruída e que comprove a necessidade tanto da impossibilidade de aquisição do medicamento quanto da patologia que justifica a necessidade de utilização do medicamento.

Da experiência da atuação profissional, tanto do magistrado prolator da sentença ora comentada e da subscritora do comentário, é que, após o deferimento liminar, raríssimos são os casos de interposição de recurso através do agravo de instrumento pelo ente público e os que são interpostos na ampla maioria são julgados improcedentes, fundamentando que o bem maior que está sendo preservado com a tutela jurisdicional é sempre a vida. Quando há estas manifestações, o Estado ou município ou ambos na audiência conciliatória na sua maioria, é feita composição, extinguindo-se o feito ante a satisfação do pedido através da liminar deferida.

Vale salientar que a r. sentença ora comentada serviu e serve de parâmetro para magistrados de primeiro grau de todo o Estado de Santa Catarina, já que a petição inicial com os pedidos apontados já fora distribuída para vários advogados e cada qual em seus municípios estão sendo propostas demandas para suprir as necessidades dos contribuintes usuários do SUS, fazendo com que o exercício da cidadania seja cada vez mais aprimorado e a discussão do direito sanitário em nosso país, por muitos ainda desconhecido, seja fomentado como um ramo do direito que possibilita abertura de mercado de trabalho aos advogados e que o Poder Judiciário seja cada vez mais estimulado a prolar decisões através de seus magistrados atendendo o anseio do povo brasileiro mais necessitado, razão primeira da existência do Estado Democrático de Direito.

Para finalizar, esperamos que a divulgação da presente sentença de autoria do ilustre magistrado sirva de fomento aos demais operadores do direito, e que seja instrumento para fundamentar tanto a busca do direito de obter do Estado Brasileiro a garantia integral de todas as ações de saúde visando à preservação da vida, quanto aos magistrados de primeiro grau,

ou até o órgão máximo de decisão do Poder Judiciário-Supremo Tribunal Federal-STF, no sentido de garantir o direito constitucional aos que buscam a tutela jurisdicional para ver preservada sua vida. E o mais importante, quem sabe em razão das inúmeras decisões judiciais favoráveis, o Poder Executivo faça previsão no orçamento da saúde de valores para atendimento a demanda de fornecimento dos medicamentos necessários, a assistência integral a toda população brasileira, sem que se tenha que demandar judicialmente.

2. O PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO E O ESTUDO DE IMPACTO AMBIENTAL COMO INSTRUMENTOS DE PRESERVAÇÃO AO DANO AMBIENTAL

APELAÇÃO CÍVEL 2000.01.00.014661-1/DF

Processo na Origem: 199834000276818

Tribunal Regional Federal — 1ª Região

EMENTA

CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL — AÇÃO CAUTELAR — LIBERAÇÃO DO PLANTIO E COMERCIALIZAÇÃO DE SOJA GENETICAMENTE MODIFICADA (SOJA ROUND UP READY), SEM O PRÉVIO ESTUDO DE IMPACTO AMBIENTAL — ART. 225, § 1º, IV, DA CF/88 C/C ARTS. 8º, 9º E 10, § 4º, DA LEI N. 6.938/81 E ARTS. 1º, 2º, *CAPUT* E § 1º, 3º, 4º E ANEXO I, DA RESOLUÇÃO CONAMA N. 237/97 — INEXISTÊNCIA DE NORMAS REGULAMENTADORAS QUANTO À LIBERAÇÃO E DESCARTE, NO MEIO AMBIENTE, DE OGM — PRINCÍPIOS DA PRECAUÇÃO E DA INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO CAUTELAR — PRESENÇA DO *FUMUS BONI IURIS* E DO *PERICULUM IN MORA* — PODER GERAL DE CAUTELA DO MAGISTRADO — INEXISTÊNCIA DE JULGAMENTO *EXTRA PETITA* — ART. 808, III, DO CPC — INTELIGÊNCIA.

I — Improcedência da alegação de julgamento *extra petita*, mesmo porque, na ação cautelar, no exercício do poder geral de cautela, pode o magistrado adotar providência não requerida e que lhe pareça idônea para a conservação do estado de fato e de direito envolvido na lide.

II — A sentença de procedência da ação principal não prejudica ou faz cessar a eficácia da ação cautelar, que conserva a sua eficácia na pendência do processo principal — e não apenas até a sentença — mesmo porque os feitos cautelar e principal têm natureza e objetivos distintos. Inteligência do art. 808, III, do CPC.

III — Se os autores só reconhecem ao IBAMA a prerrogativa de licenci- ar atividades potencialmente carecedoras de degradação ambiental, não há suporte à conclusão de que a mera expedição de parecer pela CTNBio,

autorizando o plantio e a comercialização de soja transgênica, sem o prévio estudo de impacto ambiental, possa tornar sem objeto a ação cautelar, na qual os autores se insurgem, exatamente, contra o aludido parecer.

IV — O art. 225 da CF/88 erigiu o meio ambiente ecologicamente equilibrado “a bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”, incumbindo ao Poder Público, para assegurar a efetividade desse direito, “exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade” (art. 225, § 1º, IV, da CF/88).

V — A existência do *fumus boni iuris* ou da probabilidade de tutela, no processo principal, do direito material invocado, encontra-se demonstrada especialmente: a) pelas disposições dos arts. 8º, 9º e 10, § 4º, da Lei n. 6.938, de 31-08-81 — recepcionada pela CF/88 — e dos arts. 1º, 2º, *caput* e § 1º, 3º, 4º e Anexo I da Resolução CONAMA n. 237/97, à luz das quais se infere que a definição de “obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente”, a que se refere o art. 225, § 1º, IV, da CF/88, compreende “a introdução de espécies exóticas e/ou geneticamente modificadas”, tal como consta do Anexo I da aludida Resolução CONAMA n. 237/97, para a qual, por via de consequência, necessário o estudo prévio de impacto ambiental; b) pela relevância da tese de que o parecer conclusivo da CTNBio não tem o condão de dispensar o prévio estudo de impacto ambiental, para o plantio, em escala comercial, e a comercialização de sementes de soja geneticamente modificadas, especialmente ante séria dúvida quanto à constitucionalidade do art. 2º, XIV, do Decreto n. 1.752/95, que permite à CTNBio dispensar o prévio estudo de impacto ambiental — de competência do IBAMA — em se tratando de liberação de organismos geneticamente modificados, no meio ambiente, em face do veto presidencial à disposição constante do projeto da Lei n. 8.974/95, que veiculava idêntica faculdade outorgada à CTNBio. Precedente do STF (ADin n. 1.086-7/SC, Rel. Min. Ilmar Galvão, *in* DJU de 16-09-94, pág. 24.279); c) pela vedação contida no art. 8º, VI, da Lei n. 8.974/95, diante da qual se conclui que a CTNBio deve expedir, previamente, a regulamentação relativa à liberação e descarte, no meio ambiente, de organismos geneticamente modificados, sob pena de se tornarem ineficazes outras disposições daquele diploma legal, pelo que, à míngua de normas regulamentadoras a respeito do assunto, até o momento presente, juridicamente relevante é a tese de impossibilidade de autorização de qualquer atividade relativa à introdução de OGM no meio ambiente; d) pelas disposições dos arts. 8º, VI, e 13, V, da Lei n. 8.974/95, que sinalizam a potencialidade lesiva de atividade cujo descarte ou liberação de OGM, no meio ambiente, sem a observância das devidas cautelas regulamentares, pode causar, desde incapacidade para as ocupações habituais por mais de 30 dias e lesão corporal grave, até a morte,

lesão ao meio ambiente e lesão grave ao meio ambiente, tal como previsto no art. 13, §§ 1º a 3º, da Lei n. 8.974/95, tipificando-se tais condutas como crimes e impondo-lhes severas penas.

VI — A existência de uma situação de perigo recomenda a tutela cautelar, no intuito de se evitar — em homenagem aos princípios da precaução e da instrumentalidade do processo cautelar —, até o deslinde da ação principal, o risco de dano irreversível e irreparável ao meio ambiente e à saúde pública, pela utilização de engenharia genética no meio ambiente e em produtos alimentícios, sem a adoção de rigorosos critérios de segurança.

VII — Homologação do pedido de desistência do IBAMA para figurar no pólo ativo da lide, em face da superveniência da Medida Provisória n. 1.984-18, de 1º-06-2000.

VIII — Preliminares rejeitadas. Apelações e remessa oficial, tida como interposta, improvidas.

ACÓRDÃO

Decide a Turma, à unanimidade, homologar o pedido de desistência formulado pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis — IBAMA; por maioria, rejeitar a preliminar de prejudicialidade da ação cautelar e, por unanimidade, rejeitar as demais preliminares. No mérito, negar provimento às Apelações e à Remessa Oficial, tida como interposta.

2ª Turma do TRF da 1ª Região — 08-08-2000.

Juíza ASSUSETE MAGALHÃES

RELATORA

COMENTÁRIOS

Ivaldo N. S. Trigueiro⁽¹⁾

Girlene Matos P. Gonçalves⁽²⁾

A atividade agrícola, por si só, produz impactos de maior ou menor importância sobre o meio ambiente. O importante é a sua valoração, uma vez que não se pode impedi-la. De acordo com *Campanhola*, citado por *Ladeira* (2000), ao quantificar os prejuízos causados pelos impactos ambi-

(1) Professor Adjunto do Depto. de Nutrição da UFBA e Advogado, e-mail: ival@ufba.br.

(2) Especialista em Política e Estratégia (UNEB/ADESG), Tutora do Curso de Letras da UNIFACS e Advogada.

entais, é necessário lembrar que alguns eventos não podem ser avaliados, pois, estão ligados a: *“biodiversidade, e a saúde humana, pois não se pode dar valor ao dano causado pelo nascimento de crianças deficientes devido à contaminação dos pais por agrotóxicos, ou dar valor a uma espécie vegetal endêmica que foi extinta antes mesmo de ser descrita e estudada”*. Por outro lado, a engenharia genética pode ser responsável pela criação dos organismos geneticamente modificados (OGMs), originários do cruzamento de diferentes espécies: animais ou vegetais ou animais e vegetais entre si (Moma, 1999). É consenso entre os pesquisadores que a ciência ainda não pode afirmar com precisão os efeitos dos OGMs, sobre a saúde e o meio ambiente.

A sustentação do homem em equilíbrio com o meio ambiente se caracteriza por uma troca harmônica, entre extrair da terra os bens necessários à sobrevivência e propiciar ao meio ambiente as condições exigidas para a sua recuperação e manutenção, de modo que não haja a exaustão da capacidade de renovação dos meios naturais de sobrevivência. É fundamental que se estabeleçam as bases da biossegurança, com o fito de permitir a disseminação e implantação de novas tecnologias no país, sem prejuízos à saúde, ao meio ambiente e à biodiversidade.

As técnicas de cruzamento das espécies por processo tradicional empregam sempre espécies correlatas, enquanto as técnicas modernas permitem mover genes entre espécies completamente diferentes (Ivanis-sevich, 2000). Nas técnicas de DNA recombinante, apenas um ou alguns genes, após isolamento, são inseridos em outra espécie. De acordo com a Profa. Maria Helena Bodanese Zanettini, citada por Nascimento (2000): *“No melhoramento convencional, que utiliza o método de cruzamento, tanto entre cultivares, como em cruzamentos interespecíficos, grandes blocos de genes são transferidos da planta doadora para a planta receptora, mesmo após várias gerações de seleção. Plantas resultantes destes cruzamentos foram, portanto, geneticamente modificadas, como é o caso do milho, trigo, aveia, batata e tomate, que temos consumido por décadas.”* Os OGMs podem ser conceituados como *“aqueles organismos que adquirem pelo uso de técnicas modernas de engenharia genética, características de outro organismo, algumas vezes bastante distantes do ponto de vista evolutivo”*. Como se vê, os OGMs apresentam modificações impossíveis de serem obtidas com técnicas que empreguem cruzamentos tradicionais, como uma planta com um gene de cigarra ou uma bactéria produtora de insulina humana⁽³⁾.

De acordo com Dallari (2000), no início do século XXI, denominava-se Princípio da Precaução a resposta inovadora que se buscava construir para

(3) GARCIA, L. A. Plantas transgênicas. Disponível em: <www.mindware.com.br/edutec/edtranjsq.htm> Conceituação emitida pela Dr^a Lenise Aparecida Martins Garcia, do Departamento de Biologia Celular da Universidade de Brasília.

preservar o mundo de ameaças reais ou mesmo do sentimento geral de medo em relação à defesa da saúde pública, da qualidade dos alimentos e do equilíbrio do meio ambiente. Os diversos segmentos da sociedade, através deste princípio, buscam a preservação dos ganhos duramente obtidos e, ao mesmo tempo, buscam para o futuro a manutenção ou melhoria da qualidade de vida e do meio ambiente que a todos beneficiará.

As discussões sobre as normas reguladoras da biossegurança tiveram início na década de 70, na Europa, inseridas no Direito Ambiental alemão, impondo às autoridades a obrigação de agir diante de uma ameaça de dano irreversível ao ambiente, mesmo que os conhecimentos científicos até então acumulados não confirmem tal risco. Somente após a Conferência Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (ECO/92)⁽⁴⁾, é que o Princípio da Precaução foi de fato incluído no Direito Internacional na proteção da saúde e qualidade de vida, no ordenamento jurídico, tanto de ordem interna quanto no direito comparado.

A concepção do Princípio da Precaução⁽⁵⁾ foi precedida pelo princípio denominado *Vorsorgeprinzip*, na década de 70, na Alemanha, impulsionado pelo grande impacto causado pela segunda guerra mundial e o rápido desenvolvimento industrial e de fundamental importância para a lei germânica, adotado na Segunda Conferência Internacional de Proteção do Mar do Norte⁽⁶⁾, e a Convenção de Mudanças Climáticas (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2003). De acordo com Machado (2001), no Brasil o Princípio da Precaução foi inserido no ordenamento pátrio pela Convenção da Diversidade Biológica (RIO-92).

A liberação de produtos transgênicos vem sendo condicionada à observância do Princípio da Precaução, que exige um conhecimento científico pleno acerca das características, propriedades e riscos dos organismos geneticamente modificados que são utilizados. Para alguns especialistas, a busca do “risco zero” é um desiderato irrealizável para a humanidade.

De acordo com a Convenção da Diversidade Biológica, é suficiente a ameaça de sensível redução de diversidade biológica ou ameaça sensível de perda de diversidade biológica, para se adotar o referido princípio. Não foi exigido que a ameaça representasse dano sério ou irreversível. A exigên-

(4) A Convenção sobre a Biodiversidade realizada no Rio de Janeiro em 1992 foi um verdadeiro marco na proteção à biodiversidade, originando a *Declaração do Rio de Janeiro*, que por seus princípios cristalizou o princípio da precaução.

(5) The precautionary principle in action. Disponível em: <<http://www.biotech-info.net/handbook.pdf>> Acesso em 9 mar. 2004.

(6) “Citado por CÉZAR, F.G. e ABRANTES, P.C.C. Princípio da precaução; considerações epistemológicas sobre o princípio da precaução e sua relação com o processo de análise de risco. Cadernos de Ciência e Tecnologia. Brasília, v. 20, n. 2, p. 225-262, 2003. De modo a proteger o Mar do Norte de efeitos possivelmente danosos das substâncias mais perigosas, é necessária uma abordagem precautória — o que pode requerer o controle da entrada de tais substâncias mesmo antes de uma relação causal ter sido estabelecida por evidências científicas absolutamente claras”.

cia fundamental para a conservação da diversidade biológica é a conservação *in situ* dos ecossistemas e dos *habitats* naturais e a manutenção de populações viáveis de espécies no seu meio natural, aplicável quando houver incerteza científica diante da ameaça de redução ou de perda da diversidade biológica (Machado, 2001).

Segundo Mukai (1998), o Princípio da Precaução caracteriza o meio ambiente e pode ser visto como base da formulação de qualquer política voltada para o meio ambiente, priorizando as medidas que possam evitar “*atentados ao meio ambiente*”. As atuações no meio ambiente, com efeitos imediatos ou mediatos, devem ser consideradas de forma antecipada, reduzindo ou eliminando as causas, prioritariamente à correção dos efeitos dessas ações ou atividades, susceptíveis de alterarem a qualidade do ambiente.

A adoção do Princípio da Precaução pela Convenção sobre a Diversidade Biológica em 1992, realizada em Estocolmo e na Conferência RIO-92, estabeleceu sua definição no art. 15: “*O Princípio da Precaução é a garantia contra os riscos potenciais que, de acordo com o estado atual do conhecimento, não podem ser ainda identificados. Este Princípio afirma que a ausência da certeza científica formal, a existência de um risco de um dano sério ou irreversível requer a implementação de medidas que possam prevenir este dano*”. Estabelece também que: “*de modo a proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deve ser amplamente aplicado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos graves ou irreversíveis a ausência de absoluta certeza científica não deve ser utilizada para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental.*”

A precaução já fora acatada pelo legislador brasileiro desde 1988, na Constituição Federal, através do art. 225, e positivado no ordenamento jurídico através do Decreto n. 2.519/98, instrumento que internalizou as disposições da Convenção sobre Diversidade Biológica, redigida e assinada durante a ECO-92. A aplicação do Princípio da Precaução significa que, se há incerteza científica, devem ser adotadas medidas técnicas e jurídicas para prevenir e evitar perigo de dano à saúde e ao meio ambiente⁽⁷⁾.

Quanto às atividades relativas ao emprego dos organismos geneticamente modificados foi publicada a Lei n. 8.974/95, conhecida como Lei de Biossegurança, que estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização no uso das técnicas de engenharia genética na construção, cultivo, manipulação, transporte, comercialização, consumo, liberação e descarte de organismos geneticamente modificados, visando proteger a vida e a saúde do homem, dos animais e das plantas, bem como o meio

(7) *Revista Consultor Jurídico*, 24 de março de 2003. Comentários Dra. Roberta Jardim de Moraes (Advogada).

ambiente. Dispõe também sobre a criação da Comissão Técnica Nacional de Biossegurança (CTNBio). A existência de uma Lei nacional dispendo sobre a matéria já demonstra, portanto, a importância do Princípio da Precaução.

De acordo com *Machado* (2001), dentre as características do Princípio da Precaução, destaca-se a existência de risco, ou pelo menos a possibilidade de um dano ao ser humano ou à natureza. Aqui, a busca se caracteriza pela pesquisa da certeza ou incerteza científica do risco ambiental. A certeza deve ser demonstrada, pois no caso de certeza ou dúvida da ocorrência do dano ambiental, este deve ser prevenido, de acordo com o Princípio da Precaução. Com relação à tipologia do risco ou ameaça, toma-se como base a Convenção da Biodiversidade Biológica que ressalta nos seus ditames: “...*não é necessário que a ameaça seja séria ou irreversível*”. Basta que essa ameaça seja sensível quanto à possível redução ou perda de biodiversidade biológica. Outro aspecto importante a ser considerado se refere à implementação das medidas de prevenção, conforme a Declaração do Rio de Janeiro/92: “*as medidas não devem ser adiadas*”. A precaução se exerce no tempo presente, impedindo-se o prejuízo ambiental que possa resultar das ações ou omissões humanas, mesmo que sejam incertos. Evita-se, portanto, o dano ambiental pela prevenção no tempo certo. Conforme palavras do autor citado: “*O princípio da precaução para ser aplicado efetivamente, tem que suplantar a pressa, a precipitação, a improvisação, a rapidez insensata e a vontade de resultados imediatos*”.

O Princípio da Precaução, por outro lado, não deve significar estagnação diante das situações colocadas. Materializa-se na busca da segurança ambiental e na continuidade da vida. Persistindo a dúvida, opta-se pela solução que proteja imediatamente o ser humano e conserve o meio ambiente. No que diz respeito à prova, a incerteza científica e a relação de causalidade são presumidas, com a finalidade de evitar-se a ocorrência do dano, levando, por conseguinte, à inversão do ônus da prova; conseqüentemente, impondo-se ao autor do dano potencial provar que a sua ação não causaria danos ao meio ambiente. No ordenamento jurídico pátrio, consoante a Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, art. 14, § 1º, a responsabilidade civil é caracterizada como objetiva. Ainda, necessário se faz correlacioná-lo aos princípios constitucionais da administração pública brasileira, art. 225 da Constituição Federal e da Lei n. 9.605/98 (responsabilidade penal da pessoa jurídica), quanto ao seu art. 54, § 3º; implementado pela administração pública (art. 37 da Constituição Federal, *caput*)⁽⁸⁾ e adequá-lo aos princípios da moralidade e da legalidade, da publicidade e da impessoalidade.

(8) Art. 37 da Constituição Federal — A administração pública direta e indireta de qualquer dos poderes da União, Estados do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (incisos de I a XXI).

O Princípio da Precaução apresenta como bases fundamentais a clareza nas tomadas de decisão e a avaliação do risco, para que haja o exercício da democracia em todas as áreas em que este instituto esteja envolvido. A maioria dos especialistas na área de meio ambiente preconiza a sua aplicação: *“o princípio da precaução, para ser aplicado efetivamente, tem que suplantar a pressa, a precipitação, a rapidez insensata e a vontade de resultado imediato. O princípio da precaução não significa a prostração diante do medo, não elimina a audácia saudável, mas equivale à busca da segurança do meio ambiente, indispensável para a continuidade da vida (Machado, 2001).*

Conforme anteriormente relatado, a orientação da aplicação do Princípio da Precaução no Brasil foi estabelecida pela Convenção da Biodiversidade através dos princípios 15 e 17 e do art. 225 da Constituição Federal. De acordo com o inciso II, § 1º, as entidades voltadas à manipulação de material genético devem ser fiscalizadas, tendo em vista o risco de dano que poderão causar ao ambiente. Para evitar-se a possibilidade de danos, o inciso IV, do mesmo artigo, recomenda o Estudo Prévio de Impacto Ambiental em qualquer atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente. No caso de aplicação do Princípio da Precaução, é imprescindível a prévia análise do impacto ambiental, não sendo, pois, de aplicação discricionária. Outras normas, além dos dispositivos analisados, que versam sobre a responsabilidade civil e penal em relação à infração de normas de proteção ao meio ambiente, devem ser analisadas. A Lei n. 6.938/91, que trata da política nacional do meio ambiente; Lei n. 7.437/85, que trata da Ação Civil Pública e a Lei n. 9.605/98, que trata da proteção penal. Por fim, é de fundamental importância também a inversão do ônus da prova, cabendo àqueles que pretendem atuar no meio ambiente provar a segurança do produto.

Discorre Machado (2001), sobre a questão da aplicação do princípio da precaução, frente à incerteza de danos ambientais: *“A primeira questão versa sobre a existência do risco ou da probabilidade de dano ao ser humano e à natureza. Há certeza científica ou há incerteza científica do risco ambiental? Há ou não unanimidade no posicionamento dos especialistas? Devem, portanto, ser inventariadas as opiniões nacionais e estrangeiras sobre a matéria. Chegou-se a uma posição de certeza de que não há perigo ambiental? A existência de certeza necessita ser demonstrada, porque vai afastar uma fase de avaliação posterior. Em caso de certeza do dano material, este deve ser prevenido, como preconiza o princípio da prevenção. Em caso de dúvida ou de incerteza, também se deve agir prevenindo. Essa é a grande inovação do princípio da precaução. A dúvida científica expressa com argumentos razoáveis, não dispensa a prevenção”.*

O conteúdo do Princípio da Precaução foi positivado no ordenamento pátrio, através da Constituição de 1988, Capítulo VI — Do Meio Ambiente,

elevando-o à categoria de direito fundamental⁽⁹⁾, e consagrado pela Convenção da Diversidade Biológica e a Convenção-Quadro sobre a Mudança do Clima. A primeira delas, denominada “*Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento*”, realizada no Rio de Janeiro, estabelece que: *Princípio 15: “De modo a proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deve ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaças de danos sérios ou irreversíveis, a ausência de absoluta certeza científica não deve ser utilizada como razão para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental.”* e *Princípio 17: “A avaliação de impacto ambiental, como um instrumento internacional, deve ser empreendida para as atividades planejadas que possam vir a ter impacto negativo considerável sobre o meio ambiente, e que dependam de uma decisão de autoridade nacional competente.”*

Os elementos norteadores do Princípio da Precaução também podem ser observados no texto da Lei n. 9.605/98, no art. 54 *caput* e § 3º, que se reporta às sanções penais impingidas aos danos causados à saúde humana, mortandade de animais ou destruição significativa da flora (*reclusão, de um a quatro anos e multa*), incorrendo também aquele que deixar de adotar, quando assim o exigir a autoridade competente, medidas de precaução em casos de risco de dano ambiental grave ou irreversível.

O princípio da precaução encontra-se contemplado no texto constitucional, através do art. 225 e seus incisos, que preconizam o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, merecendo a proteção do Poder Público para a presente e futuras gerações; preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País, além de interferir nas instalações de obras potencialmente causadoras de degradação; determinar o estudo impacto prévio ambiental, além do controle da produção, comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade da vida e o meio ambiente. Pode-se notar a intenção do legislador constitucional em proteger os direitos difusos, conferindo proteção estatal quando preconiza um ambiente onde todos possam ter uma qualidade de vida adequada, preservando o ecossistema e a biodiversidade, inclusive para as futuras gerações.

Depreende-se do § 1º, inciso IV, do art. 225, que imperativo se torna o estudo prévio das conseqüências de determinada atividade ou obra humana ao meio ambiente, denominado de Estudo Prévio de Impacto Ambiental (EIA), que tem suas bases na Lei n. 8.974/95, que regulamenta os incisos II e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, que, por sua vez, foi regulamentada pelo Decreto n. 1.752/95; Decreto n. 2.577/98, que dá nova redação ao art. 3º do Decreto n. 1.752/95 e finalmente conceituado pela Resolu-

(9) Capítulo VI da CF/88 — Do Meio Ambiente.

ção CONAMA n. 001/1986: “a análise dos impactos ambientais do projeto e de suas alternativas, através de identificação, previsão da magnitude e interpretação da importância dos prováveis impactos relevantes, discriminando: os impactos positivos e negativos (benéficos e adversos), diretos e indiretos, imediatos e a médio e longo prazo; temporários e permanentes; seu grau de reversibilidade; suas propriedades cumulativas e cinérgicas; a destruição do ônus e benefícios sociais.”

Mesmo conhecendo-se os riscos advindos do emprego dos OGMs, o Princípio da Precaução não deve ser encarado como um obstáculo às atividades de pesquisa. É um instrumento atual e necessário, como forma de resguardar os legítimos interesses de cada pessoa em particular, da sociedade, da saúde e do meio ambiente como um todo. Mesmo assim, a comunidade científica, de modo geral, ainda não detém um posicionamento único que possa afirmar qual o comportamento a ser adotado quanto ao plantio e a comercialização dos produtos transgênicos, sem que parem dúvidas quanto aos efeitos deletérios à saúde e ao meio ambiente.

Nesse contexto, na decisão a seguir comentada, a 2ª Turma do TRF da 1ª Região negou provimento, por unanimidade, às apelações da União, Monsanto e Monsoy, que integraram a lide como litisconsortes passivas no Processo 1998.34.00.027681-8 (6ª Vara Cível Federal de Brasília), ocasião em que manteve integralmente os termos da sentença proferida na Ação Cautelar referida. Na ação principal, foi determinada a suspensão do cultivo da soja transgênica, em escala comercial, sem que fossem suficientemente esclarecidas as questões técnicas suscitadas por pesquisadores de renome a respeito das possíveis falhas apresentadas pela CTNBio em relação ao pedido de desregulamentação da soja Round up Ready, o que ocorrerá com a apresentação do Estudo Conclusivo de Impacto Ambiental. Enquanto se realiza o referido estudo, o plantio da soja transgênica será restrito ao necessário para a realização dos testes e do próprio EIA/RIMA, em regime monitorado e em área de contenção.

Das decisões proferidas na Apelação Cível interposta (Processo AC 2000.01.00.014661-1/DF), conforme inteligência do art. 808, III do CPC, destaca-se a manutenção da eficácia da Cautelar, para além da sentença, a despeito da sentença de procedência da ação principal, pois os feitos cautelar e principal têm objetivos distintos.

Por outro lado, a existência do *fumus boni iuris* ou da probabilidade de tutela, no processo principal, do direito material invocado, encontra-se demonstrada pela disposições dos art. 8º, 9º e 10, § 4º, da Lei n. 6.938/81, a qual foi recepcionada pela CF/88, além dos arts. 1º e 2º, *caput* e § 1º, 3º e 4º e Anexo I da Resolução do CONAMA n. 237/97, onde a definição de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente referida pelo art. 225, § 1º, IV da CF/88, compreende a “introdução de espécies exóticas e/ou geneticamente modificadas”, tal como consta do

Anexo I da referida Resolução, para a qual conseqüentemente se faz necessário o estudo prévio de impacto ambiental. O parecer conclusivo da CTN-Bio não tem o condão de dispensar o estudo de impacto ambiental para o plantio, em escala comercial de sementes geneticamente modificadas, principalmente, considerando-se a declaração de inconstitucionalidade do art. 2º, XIV, do Decreto n. 1.752/95, o qual permitiu à CTNBio dispensar o estudo de impacto ambiental de organismos geneticamente modificados no ambiente e, em face do veto presidencial à disposição constante do Projeto de Lei n. 8.974/95, que veiculava idêntica outorga à CTNBio. Conclui, portanto, a Magistrada, que a CTNBio deve expedir, previamente, a regulamentação relativa à liberação e descarte no meio ambiente dos OGMs, e que, pela falta de normas reguladoras, até o presente, torna-se relevante a tese da impossibilidade de autorização de qualquer atividade relativa à introdução de OGM no meio ambiente. Também pela disposição encontrada nos arts. 8º, VI e 13, V da Lei n. 8.974/95 (denominada Lei da Biossegurança), que indicam o potencial lesivo das atividades com os OGMs, sem a observância das cautelas regulamentares, podendo causar desde a incapacidade para as atividades habituais, dentre outros gravames, tal como previsto no art. 13 §§ 1º a 3º, da Lei n. 8.974/95, tipificando-as como crime.

Evidentemente, acertada é a decisão tomada, pois a existência de perigo recomenda a tutela cautelar para se evitar, com base no princípio da precaução e da instrumentalidade do processo cautelar, o risco de dano irreparável até o deslinde da ação principal e homologa o lúcido pedido de desistência do IBAMA como figura no pólo ativo da lide, em face da superveniência da M.P. n. 1.984/18/2000. Rejeita as preliminares. Apelações e remessa oficial, tida como interposta, improvidas.

ACÓRDÃO

Decide a Turma, à unanimidade, homologar o pedido de desistência formulado pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis — IBAMA; por maioria, rejeitar a preliminar de prejudicialidade da Ação Cautelar e, por unanimidade, rejeitar as demais preliminares. No mérito, negar provimento às apelações e à Remessa Oficial, tida como interposta.

2º TURMA DO TRF DA 1ª REGIÃO — 08-08-2000

JUÍZA ASSUSETE MAGALHÃES — RELATORA

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DALLARI, S. G. e VENTURA, D. L. F. de. O princípio da precaução: dever do Estado ou protecionismo disfarçado. *Revista São Paulo em Perspectiva*. São Paulo, v. 16, n. 2, p. 33-63, 2002.

IVANISSEVICH, A. Muito longe de um consenso. *Ciência Hoje*. p. 43-45, 2000.

LADEIRA, M. C. A Responsabilidade civil na produção de organismos geneticamente modificados. *Revista de Direito Mackenzie*. São Paulo, n. 2, p. 103-117, 2000.

MACHADO, P. A. L. O princípio da precaução e o direito ambiental. *Revista de Direitos Difusos e Coletivos*. v. 8, p. 1081-1095, 2001.

MOMMA, A. N. Plantas transgênicas: marketing e realidades. *Revista de Direito Ambiental*, n. 15, São Paulo, p. 114-132, 1999.

MUKAI, T. *Direito Ambiental Sistematizado*. Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1998.

NACIMENTO, S. P. Os alimentos transgênicos e a segurança alimentar — comentários. *Higiene Alimentar*. V. 15, n. 86, p. 17-18, 2001.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Convenção Quadro das Nações Unidas sobre a Mudança do Clima. Nova York, 1992. Disponível em: <<http://www.mct.gov.br/clima/convencao/texto3.htm>>. Acesso em: 9 mar. 2004.