

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
FACULDADE DE DIREITO “PROF. JACY DE ASSIS”

JULIANA VICENTE TURCHETO

**A APLICAÇÃO DE ASTREINTES EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA:
UMA ANÁLISE SOBRE O DIREITO À SAÚDE E O RECURSO
ESPECIAL N.º 1.474.665/RS**

Uberlândia/MG

2019

JULIANA VICENTE TURCHETO

**A APLICAÇÃO DE ASTREINTES EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA:
UMA ANÁLISE SOBRE O DIREITO À SAÚDE E O RECURSO
ESPECIAL N.º 1.474.665/RS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito “Prof. Jacy de Assis” da Universidade Federal de Uberlândia, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito Público

Orientadora: Prof^ª. Dr^ª. Daniela de Melo Crosara

Uberlândia/MG

2019

JULIANA VICENTE TURCHETO

**A APLICAÇÃO DE ASTREINTES EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA:
UMA ANÁLISE SOBRE O DIREITO À SAÚDE E O RECURSO
ESPECIAL N.º 1.474.665/RS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito “Prof. Jacy de Assis” da Universidade Federal de Uberlândia como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito Público

Banca Examinadora:

Prof^ª. Dr^ª. Daniela de Melo Crosara
Orientadora

Prof. XXX
Membro da Banca

Prof. XXX
Membro da Banca

Dedico este trabalho a todos aqueles que acreditaram em mim e me incentivaram nos momentos de dificuldade, em especial aos meus pais e amigos, sem vocês nada disso se tornaria realidade.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, inicialmente, a Deus e à Nossa Senhora Aparecida por não me deixarem desamparada nos momentos mais difíceis da minha vida e por serem a força que ilumina e abençoa os meus caminhos.

Agradeço aos meus pais, Célia e Edson, por todo o esforço empreendido para que eu pudesse desfrutar dos estudos e alcançar os meus objetivos. Agradeço também ao meu irmão, Felipe, por acreditar no meu potencial. Sem o apoio e a compreensão de vocês nesta jornada, nada disso seria possível. Obrigada por tudo, vocês são o bem mais precioso da minha vida!

Agradeço aos meus amigos por estarem comigo durante os cinco anos de faculdade, sendo minha família em uma cidade nova e desconhecida, me apoiando em todos os momentos e fazendo com que eu acreditasse no meu potencial.

Agradeço à Faculdade de Direito “Prof. Jacy de Assis” e à Universidade Federal de Uberlândia por me proporcionarem momentos de aprendizagem e experiência, influenciando diretamente no meu crescimento como pessoa e profissional.

Agradeço à minha orientadora Daniela de Melo Crosara pela sua doçura na forma de ensinar, tornando mais leve a trajetória acadêmica.

Agradeço, também, a todas as pessoas que fizeram parte do meu cotidiano nos últimos cinco anos, partilhando ensinamentos e experiências, os quais levarei para toda a vida.

RESUMO

O objetivo do presente trabalho é analisar a inovação jurídica trazida com o julgamento do Recurso Especial n.º 1.474.665/RS, em sede de recurso repetitivo, o qual consolidou a possibilidade de fixação de multa coercitiva contra o Estado para coagi-lo a fornecer medicamento a pessoa desprovida de recursos financeiros. O reconhecimento do direito à saúde como direito fundamental social, com o advento da Constituição Federal de 1988, é resultado de sua vinculação com o princípio da dignidade da pessoa humana e com o direito à vida, sendo atribuído aos entes públicos o dever de proteção e de execução desse direito. Por meio da análise dos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, bem como da legislação, busca-se destacar como a imposição de multa diária aos entes públicos pode resultar em um meio para garantir a efetivação do direito à saúde, conforme estabelece o art. 196 da Carta Magna.

Palavras-chave: Dignidade da pessoa humana; direitos fundamentais; direito à saúde; medicamentos; multa coercitiva.

ABSTRACT

The goal of this paper is to analyze the legal innovation brought with the judgment of the Special Appeal n°. 1.474.665 / RS, in a repetitive appeal, which consolidated the possibility of setting a coercive fine against the State to force it to provide medicine to a person without financial resources. The recognition of the right to health as a fundamental social right, with the advent of the Federal Constitution of 1988, is the result of its connection with the principle of human dignity and the right to life, being assigned to the public entity the duty to protect and execute that right. Through the analysis of doctrinal and jurisprudential understandings, as well as legislation, we seek to highlight how the imposition of daily fines to public entities can result in a way to ensure the realization of the right to health, as established by art. 196 of the Magna Carta.

Keywords: Dignity of the human person; fundamental rights; right to health; medicines; coercive fine.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art.	Artigo
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CF	Constituição Federal
CPC	Código de Processo Civil
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
N.º	Número
OMS	Organização Mundial da Saúde
RENAME	Relação Nacional de Medicamentos
REsp	Recurso Especial
RS	Rio Grande do Sul
STJ	Superior Tribunal de Justiça
SUS	Sistema Único de Saúde

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 DO DIREITO À SAÚDE	12
2.1 CONCEITO DE SAÚDE	12
2.2 O HISTÓRICO DA REGULAMENTAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS	13
2.3 O DIREITO SOCIAL À SAÚDE E SUA PREVISÃO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	18
2.4 PRINCÍPIOS JURÍDICOS E O DIREITO À SAÚDE	21
2.4.1 <i>Princípio da dignidade da pessoa humana</i>	22
2.4.2 <i>O mínimo existencial e a reserva do possível</i>	23
2.4.3 <i>Proibição do retrocesso social</i>	26
2.5 O DIREITO À SAÚDE E O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PELO ESTADO	28
2.6 INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO ACESSO AO DIREITO À SAÚDE ...	30
3 O INSTITUTO DAS <i>ASTREINTES</i> NO DIREITO BRASILEIRO	33
3.1 CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA	33
3.2 AS <i>ASTREINTES</i> E O SEU TRATAMENTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	34
3.3 HIPÓTESES DE CABIMENTO	39
3.4 SUJEITOS ATIVO E PASSIVO	41
3.5 CRITÉRIOS PARA FIXAÇÃO.....	42
3.5.1 <i>Termo inicial e termo final de incidência</i>	44
3.5.2 <i>Momento de exequibilidade</i>	45
3.6 APLICAÇÃO EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA.....	47
4 O RECURSO ESPECIAL N.º 1.474.665/RS E SEUS EFEITOS JURÍDICOS	50
4.1 RECURSO ESPECIAL	50
4.1.1 <i>Recurso especial repetitivo</i>	53
4.2 ARGUMENTOS PARA A INTERPOSIÇÃO DO RECURSO ESPECIAL	57
4.3 O TEMA N.º 98 E A DECISÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	59
4.4 EFEITOS DO RECURSO ESPECIAL N.º 1.474.665/RS	62
4.5 OUTROS MEIOS COERCITIVOS PARA A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE .	64

CONCLUSÃO.....	66
REFERÊNCIAS	68

1 INTRODUÇÃO

Com o advento da Constituição de 1988, o homem foi colocado como fundamento de todo o ordenamento jurídico brasileiro. Em razão disso, o constituinte originário consagrou alguns direitos como fundamentais, direcionando ao Estado o dever de proteção e efetividade de tais direitos. Nesse sentido, pode-se destacar o direito à saúde, o qual é essencial ao ser humano e, por isso, deve ser realizado na maior e melhor medida possível.

A saúde é um direito social de cidadania a ser exercido por todos de forma igualitária e integral, sendo dever do Estado garanti-la por meio de políticas sociais e econômicas que alcancem a redução do risco de doenças e de outros agravos, bem como por serviços que a promovam, protejam e recuperem. Com arrimo no art. 196 da Carta Magna, é função do Estado proteger e promover a efetivação do direito à saúde, tendo em vista o seu estreito vínculo com o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à vida.

Nos últimos anos é perceptível o aumento no número de ações que versam sobre o direito à saúde e a obrigação do Estado em assegurar o fornecimento de meios para a sua concretização. Apesar de inegável o dever consagrado no art. 196 da Constituição Federal de 1988, são recorrentes os casos em que o ente estatal se nega a entregar ao cidadão o que lhe é de direito, ficando este à mercê da própria sorte.

Ainda na vigência do Código de Processo Civil de 1973 surgiu o questionamento sobre quais os meios disponíveis ao magistrado para que sua decisão fosse respeitada pelo Estado e, com isso, a parte tivesse a sua prestação jurisdicional concretizada. É nesse cenário que o julgamento do Recurso Especial n.º 1.474.665/RS, em sede de recurso repetitivo, vem alterar o entendimento jurisprudencial ao permitir a imposição de *astreintes* a ente público nos casos que envolvam o fornecimento de medicamentos a indivíduos que, comprovadamente, não tenham condições econômicas para arcar com o tratamento.

No caso em tela, a aplicação da multa coercitiva se deu como forma de pressionar o Estado do Rio Grande do Sul a fornecer medicamentos à autora, em razão da imprescindibilidade do tratamento para sua enfermidade grave. O entendimento do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp n.º 1.474.665/RS demonstra apreço ao direito à saúde e, conseqüentemente, ao direito à vida, buscando garantir os direitos fundamentais previstos na Constituição, bem como visa dar maior efetividade às decisões judiciais.

Desse modo, serão analisados os efeitos jurídicos do REsp n.º 1.474.665/RS, verificando se o Estado, quando da aplicação de multa cominatória, executa a decisão jurisdicional de modo

a fornecer os medicamentos a determinado paciente, cumprindo com o seu encargo como o principal responsável pela concretização do direito fundamental à saúde.

O método de abordagem empregado no presente trabalho é o dedutivo, partindo de premissas gerais para uma conclusão específica, pois serão analisadas as peculiaridades da decisão proferida em sede de recurso especial repetitivo através de uma interpretação histórica e sistêmica do Direito brasileiro. Outrossim, a estratégia de pesquisa é a dogmática ou instrumental, visto que se utiliza do tripé doutrina, jurisprudência e legislação para verificar quais são os efeitos decorrentes do julgamento do recurso especial n.º 1.474.665/RS no sistema jurídico brasileiro.

O primeiro capítulo do presente trabalho é dedicado ao estudo do direito à saúde, com destaque para a evolução de seu tratamento nas constituições brasileiras e o seu reconhecimento como direito fundamental social, o que veio a ser alcançado com a promulgação da Constituição Federal de 1988. Além disso, será enfrentada a questão acerca da responsabilidade do Estado no fornecimento de medicamentos, de sorte que essa é uma das causas que contribuiu para a ocorrência do fenômeno da judicialização da saúde.

No segundo capítulo será abordado o tratamento conferido pela legislação processual ao instituto das *astreintes*. Proveniente do direito francês, a *astreinte* é inovação no ordenamento jurídico pátrio, estando à disposição do juiz para ser utilizada como instrumento coercitivo para alcançar o exato cumprimento da obrigação estipulada em juízo. À vista disso, o juiz, ao fixar o valor da multa, deve sempre observar as normas e os princípios da Constituição. Ademais, serão analisados os parâmetros para a sua fixação, as obrigações que admitem referido instituto processual, o momento em que se torna exigível, bem como as peculiaridades acerca de sua admissão em face da Fazenda Pública.

No terceiro capítulo haverá a apresentação do julgamento do Recurso Especial n.º 1.474.665/RS, trazendo as principais características sobre o procedimento dos recursos especiais repetitivos e os argumentos utilizados para sua interposição e formação do entendimento do Superior Tribunal de Justiça. Por fim, serão destacados alguns efeitos do julgado no exercício da jurisdição nacional, procurando esclarecer se não há outros meios para compelir o Estado a fornecer os medicamentos a pacientes com enfermidades graves.

2 DO DIREITO À SAÚDE

Para a compreensão do presente trabalho é imprescindível fazermos a análise acerca dos conceitos, princípios e normas que fazem menção ao direito à saúde, o qual veio a ser reconhecido no ordenamento jurídico pátrio com algumas características peculiares que merecem ser destacadas. Feitas tais considerações, será também abordada a questão da responsabilidade do Estado brasileiro na regulamentação e realização de políticas públicas relativas ao direito à saúde, visto que a cada ano a judicialização da saúde se torna um fenômeno crescente, influenciando diretamente na atuação estatal e na efetivação desse direito fundamental social em âmbito nacional.

2.1 CONCEITO DE SAÚDE

Inicialmente, é imperioso apresentar um conceito acerca do que é saúde. Ressalta-se que o tema é complexo, pois envolve a multidisciplinariedade de fatores que influenciam na sua determinação, de maneira que o assunto provoca divergências entre os estudiosos da área.

De acordo com o dicionário online *Michaelis*¹, saúde significa: 1. estado do organismo com funções fisiológicas regulares e com características estruturais normais e estáveis, levando-se em consideração a forma de vida e a fase do ciclo vital de cada ser ou indivíduo; 2. bem-estar físico, psíquico e social; 3. vigor físico, energia, força, robustez; 4. qualidade ou estado de equilíbrio e sucesso financeiro de uma organização ou de uma economia; 5. brinde ou saudação que se faz bebendo à saúde e à felicidade de alguém.

A imprecisão do conceito de saúde decorre dos distintos pensamentos que envolvem a matéria, uma vez que a sua determinação depende da análise de diversas particularidades que envolvem o contexto cultural, econômico, histórico, político e social de uma sociedade. Frente a isso, o conceito de saúde já passou por diversas modificações desde o período da Antiguidade – época em que a saúde representava a noção de equilíbrio entre os elementos que compõem o corpo humano –, sendo certo que a evolução do pensamento científico teve forte influência na determinação de seus aspectos relevantes. Sobre o tema, descreve Julio Cesar de Sá da Rocha²:

¹ MICHAELIS. **Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa**. Significado de saúde. *In*: Michaelis. [s.l.] 2019. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/sa%C3%BAde>. Acesso em: 28/09/2019.

² ROCHA, Julio Cesar de Sá da. **Direito da Saúde**: direito sanitário na perspectiva dos interesses difusos e coletivos. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 16.

A discussão sobre um conceito para saúde atravessou séculos [...]; de um lado o entendimento de que a saúde relacionava-se como o meio ambiente e as condições de vida dos homens; do outro lado, o conceito de saúde como ausência de doenças.

A Organização Mundial da Saúde (OMS), no ano de 1946, foi o primeiro órgão com abrangência mundial a estabelecer um conceito sobre saúde. Referido conceito está disciplinado na Constituição da OMS de 1946, estabelecendo que a saúde é “um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não somente ausência de afecções e enfermidades”³. Esse conceito recebeu diversas críticas por ser amplo e impreciso, razão pela qual o Brasil, por meio dos estudos realizados na VII Conferência Nacional de Saúde em 1986, adotou o seguinte conceito sobre saúde:

Em seu sentido mais abrangente, a saúde é a resultante das condições de alimentação, habitação, educação, renda, meio ambiente, trabalho, transporte, emprego, lazer, liberdade, acesso e posse da terra e acesso a serviços de saúde. É assim, antes de tudo, o resultado das formas de organização social da produção, as quais podem gerar grandes desigualdades nos níveis de vida⁴.

Tendo em vista o progresso da Biologia Molecular e da Engenharia Genética, mencionada definição sofreu importantes transformações, sendo certo que o conceito de saúde não foi delineado com precisão, o que provoca certa insegurança quanto à aplicação dos dispositivos legais que tratam sobre o assunto. Por ora, devemos considerar que a saúde está intrinsecamente ligada ao direito à vida, relacionando-se com o bem-estar físico, mental e social de um indivíduo, constituindo elemento indispensável para apurar a qualidade de vida de uma sociedade.

2.2 O HISTÓRICO DA REGULAMENTAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

A evolução constitucional brasileira sobre a regulamentação do direito à saúde é aspecto importante no presente trabalho. O tema recebeu abordagens distintas nas edições das seis constituições que compõem o direito constitucional brasileiro, sendo-lhe conferido, gradativamente, o status de direito fundamental social.

³ OMS. **Constituição da Organização Mundial da Saúde de 1946**. Nova Iorque, 1946. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>. Acesso em: 28/09/2019.

⁴ Brasil. Relatório Final da 8ª Conferência Nacional de Saúde. Brasília, 1986. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/8_conferencia_nacional_saude_relatorio_final.pdf. Acesso em: 28/09/2019.

A primeira constituição do Brasil nos remete ao advento da Constituição Imperial de 1824, a qual foi outorgada pelo Imperador Dom Pedro I e manteve algumas particularidades do autoritarismo proveniente do governo monárquico estabelecido por Portugal em terras brasileiras. O constitucionalismo imperial, apesar de ter delegado ao Imperador o controle dos demais poderes por meio do Poder Moderador, se dedicou a estabelecer um rol significativo de direitos e garantias individuais, dando especial ênfase aos direitos civis, políticos e sociais.

Em relação aos direitos sociais, o direito à saúde não foi tratado de forma expressa pela Constituição de 1824, sendo somente estabelecida a garantia ao direito aos socorros públicos, o qual estava disciplinado no art. 179, XXXI⁵.

Ainda que incipiente, a Constituição de 1824 perdurou por longos sessenta e sete anos, vindo a ser substituída pela Constituição de 1891, a qual marcou o início da era republicana no país, tendo forte influência do constitucionalismo republicano norte-americano. Diante de sua notável matriz liberal, a Carta Magna de 1891 suprimiu do texto constitucional os direitos de cunho social que foram regulamentados na Constituição Imperial, de sorte que o direito aos socorros públicos foi excluído, dando lugar à regulamentação da proteção sanitária ao utilizar o termo “segurança individual” em seu art. 72⁶.

No que tange aos direitos sociais, marcadamente o direito à saúde, a Constituição de 1891 demonstrou um retrocesso em relação à Constituição de 1824, de modo que ficou evidente o seu descompasso com as transformações sociais da época, retirando dos cidadãos garantias e direitos ancorados nas questões sociais.

Nesse sentido, está o entendimento do ilustre Ingo Wolfgang Sarlet⁷:

Uma avaliação sumária da primeira Constituição republicana permite afirmar que, a despeito do considerável tempo de vigência da Constituição, de 24.02.1891 até 11.11.1930, o descompasso entre o texto constitucional e a realidade social, econômica, política e cultural brasileira acabou sendo uma das marcas características desse período.

⁵ Art.179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.
[...]

XXXI. A Constituição também garante os socorros publicos. (Brasil. Constituição Política do Império do Brazil, de 25 de março de 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 28/09/2019).

⁶ Art 72 – A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes [...]. (Brasil. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em: 28/09/2019).

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 244.

Por outro lado, a Constituição de 1934 deu início à introdução do constitucionalismo social no sistema jurídico brasileiro, embora tenha sofrido influências dos movimentos fascistas difundidos na Europa no momento logo após a Primeira Guerra Mundial. Neste viés, a Constituição de 1934 buscou difundir a noção de um Estado Social, conferindo um elenco significativo de direitos sociais, representando uma época progressista para o direito constitucional brasileiro.

No que se refere ao direito à saúde, a Carta Magna de 1934 inovou ao disciplinar sobre normas programáticas e de competência dos entes estatais na normatização e desenvolvimento das assistências públicas e da saúde⁸.

Além disso, outros artigos da Constituição de 1934 fizeram alusão ao direito à saúde – como o que previu a assistência médica ao trabalhador e à gestante (art. 121) – razão pela qual essa constituição pode ser classificada como a que conferiu maior tratamento ao tema, ficando atrás apenas da regulamentação disposta pela Constituição Federal de 1988⁹, embora seu texto não tenha sido efetivamente colocado em prática.

Com a edição da Constituição de 1937, denominada de “Constituição Polaca”, o cenário constitucional brasileiro esteve submetido ao perfil autoritário e controlador da ditadura do Estado Novo instituída por Getúlio Vargas (1937-1945), momento em que são flagrantes os casos de intervenção do Estado na vida do cidadão. Alguns direitos e garantias individuais foram amplamente limitados, razão pela qual, segundo o art. 123, deveriam ser exercidos tendo por limite “[...]o bem público, as necessidades da defesa, do bem-estar, da paz e da ordem coletiva, bem como as exigências da segurança da Nação e do Estado [...]”¹⁰.

O texto constitucional esteve atento ao tratamento dado ao direito à saúde pela constituição anterior ao estabelecer a competência legislativa dos entes estatais em relação ao mencionado direito, deixando a cargo da União, privativamente, essa função, embora admitisse

⁸ Art. 10 – Compete concorrentemente à União e aos Estados:

[...]

II – cuidar da saúde e assistência públicas. (Brasil. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 28/09/2019).

RASIL, 1934).

⁹ Nesse sentido, SILVA, Michelle Emanuella de Assis. Direito à saúde: Evolução histórica, atuação estatal e aplicação da teoria de Karl Popper. **Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos**, v. 9, n. 2, 8 jun. 2017, p. 11. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/view/12251>. Acesso em: 10/09/2019.

¹⁰ Brasil. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em: 28/09/2019.

a possibilidade de sua delegação aos Estados, nos termos dos art. 16¹¹, XXVII, e 18¹², alínea “c”.

Na sequência, a Constituição de 1946 foi escrita no momento de transição entre o final do governo autoritário da Era Vargas e o início do governo democrático de Eurico Gaspar Dutra, representando um momento de gradual abertura política e a retomada de alguns direitos que contribuíram para a proteção dos direitos sociais. É importante mencionar que a Carta de 1946 resultou em um texto que reuniu aspectos das Constituições de 1934 e de 1937, de sorte que instituiu diretrizes gerais de ordem social e econômica que influenciaram diretamente na previsão de direitos políticos e sociais.

Isso contribuiu para a adoção de uma sistemática voltada à distribuição de poderes entre a União, os Estados e os Municípios, embora mantivesse a competência privativa da União para legislar sobre o direito à saúde (art. 5º, XI, “b”). Outrossim, o texto constitucional da época inovou ao dispor sobre o direito à inafastabilidade do controle jurisdicional em casos de qualquer lesão a direito individual, bem como estabeleceu a proteção do direito à vida, o qual tem estreitos vínculos com o direito à saúde¹³.

Com o Golpe Militar de 1964, que destituiu o poder civil democrático e instituiu um período de longos vinte e um anos de ditadura militar, a legislação constitucional passou por consideráveis mudanças. A limitação do Poder Legislativo resultou na supressão de direitos e no retrocesso social, sendo evidentes as tentativas do governo em abafar os seus opositores políticos por meio da edição dos Atos Institucionais.

Conforme a precisa análise de Pontes de Miranda¹⁴:

¹¹ Art. 16 – Compete privativamente à União o poder de legislar sobre as seguintes matérias:
[...]

XXVII – normas fundamentais da defesa e proteção da saúde, especialmente da saúde da criança. (Brasil. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em: 28/09/2019).

¹² Art. 18 – Independentemente de autorização, os Estados podem legislar, no caso de haver lei federal sobre a matéria, para suprir-lhes as deficiências ou atender às peculiaridades locais, desde que não dispensem ou diminuam as exigências da lei federal, ou, em não havendo lei federal e até que esta regule, sobre os seguintes assuntos:
[...]

c) assistência pública, obras de higiene popular, casas de saúde, clínicas, estações de clima e fontes medicinais. (Brasil. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em: 28/09/2019).

¹³ Art. 141 – A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:
[...]

§ 4º – A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual. (Brasil. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: 28/09/2019).

¹⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Comentários à Constituição de 1967**. São Paulo: Ed. RT, 1967. t. IV, p. 451.

Estava em curso um período histórico-institucional em que não havia mais a distinção entre o ato político (ou administrativo) e o ato legislativo, ou seja, quando o ato político já é lei, no sentido de que não havia mais o rito do Poder Legislativo em transformar o ato político em ato legislativo, consubstanciando um governo autocrático.

Dito isso, faz-se necessário apresentar que, com a edição da Constituição de 1967, foi mantida a competência privativa da União para legislar sobre o direito à saúde (art. 8º, XIV e XVII, “c”), bem como foi garantida a proteção à assistência sanitária, hospitalar e médica preventiva aos trabalhadores e seus familiares (art. 158, XV).

Após o término da ditadura militar brasileira, a Constituição de 1988 – intitulada de “Constituição Cidadã” – veio para restituir direitos e garantias até então suprimidos pelo governo autoritário de outrora. A Carta Magna de 1988 configura um texto comprometido com as transformações sociais da realidade dos brasileiros, vez que coloca o ser humano como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, o texto constitucional se dedicou a instituir, no início de suas disposições, a importância do ser humano na ordem jurídica brasileira, com destaque para o princípio da dignidade da pessoa humana, conforme explicita Sarlet¹⁵:

Tanto o Preâmbulo quanto o título dos Princípios Fundamentais são indicativos de uma ordem constitucional voltada ao ser humano e ao pleno desenvolvimento da sua personalidade, bastando lembrar que a dignidade da pessoa humana, pela primeira vez na história constitucional brasileira, foi expressamente guindada (art. 1º, III, da CF) à condição de fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro, por sua vez também como tal criado e consagrado no texto constitucional.

Ao assumir um caráter fortemente dirigente na efetivação de objetivos ambientais, culturais, econômicos e sociais, a Constituição Federal de 1988 inovou ao criar um rol de direitos fundamentais em que está inserido o direito à saúde, o qual representa uma consequência constitucional indissociável do direito à vida¹⁶. Nessa perspectiva, o direito à saúde tem previsão em diversos dispositivos constitucionais, com destaque para os artigos 6º e 196, possuindo conexão com tópicos relevantes como o bem-estar social, as políticas públicas e os princípios da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial, dentre outros princípios que serão tratados em tópicos subsequentes.

Deste modo, depreende-se que o direito à saúde esteve constante em todas as constituições brasileiras, seja de modo direto ou indireto, o que revela a sua importância perante

¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 257.

¹⁶ CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional Positivo**. 22. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2017, p. 55.

o sistema jurídico brasileiro, tendo em vista que “sem saúde, não há vida; e sem vida, não há como se exercer qualquer direito”¹⁷.

2.3 O DIREITO SOCIAL À SAÚDE E SUA PREVISÃO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

O direito à saúde é reconhecido pelo ordenamento jurídico pátrio como um direito social previsto no art. 6º, *caput*, da Constituição Federal de 1988:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015).¹⁸

Os direitos sociais, segundo a Teoria da Geração de Direitos de Norberto Bobbio¹⁹, são direitos de segunda geração, sendo provenientes das mudanças sociais que ocorreram com o advento da Revolução Industrial no século XIX. Esses direitos se destinam a conferir ao cidadão a melhoria nas suas condições de vida por meio da execução de políticas públicas. Desse modo, possuem um *status positivus*, visto que proporcionam ao indivíduo exigir do Estado o exercício de determinada atividade para que ocorra a satisfação de seu direito. Com efeito, os direitos sociais, nas palavras do constitucionalista português J. J. Gomes Canotilho, “exigem o dever do Estado na criação de pressupostos materiais, indispensáveis ao exercício efetivo desses direitos”²⁰.

Convém relatar que os direitos sociais representam um agrupamento de direitos e garantias que depende de uma análise conjunta e sistemática de todas as normas constitucionais que a eles se vinculam, de toda a legislação infraconstitucional e de toda a jurisprudência que os atinge. Outrossim, os direitos sociais exigem uma abordagem que esteja em consonância com os direitos fundamentais, estando, inclusive, compreendidos no rol de direitos fundamentais previstos na Carta Magna brasileira.

Diante disso, as normas de direitos sociais estão sujeitas ao mesmo regime jurídico que é atribuído às normas de direitos fundamentais, vez que possuem aplicabilidade direta em razão

¹⁷ SILVA, Michelle Emanuella de Assis. Direito à saúde: Evolução histórica, atuação estatal e aplicação da teoria de Karl Popper. **Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos**, v. 9, n. 2, 8 jun. 2017, p. 13. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/view/12251>. Acesso em: 10/09/2019.

¹⁸ Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 28/09/2019.

¹⁹ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 2. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

²⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 435.

do art. 5º, §1º, da Constituição de 1988, sendo, portanto, normas de eficácia plena. Aos direitos sociais também se aplica o dever de exigir de todos os órgãos estatais a sua máxima eficácia e efetividade, de modo que não podem sofrer qualquer tipo de redução, seja parcial ou total, em seu conteúdo normativo²¹.

Outro tópico relevante que diz respeito aos direitos sociais fundamentais está na configuração de uma dupla dimensão – subjetiva e objetiva – que gera resultados diversos no ordenamento jurídico. No que tange à dimensão subjetiva dos direitos sociais, é importante destacar que revelam a possibilidade de seus respectivos titulares exigirem a sua concretização em face de seus destinatários. Por outro lado, a dimensão objetiva desses direitos espelha o vínculo de suas normas com o sistema de fins e valores constitucionais que devem ser respeitados e concretizados por todos, inclusive o Estado.

Com relação à dimensão objetiva dos direitos sociais, assinala Sarlet²²:

[...] As normas de direitos sociais (sendo normas de direitos fundamentais) possuem uma eficácia dirigente ou irradiante, decorrente da perspectiva objetiva, que impõe ao Estado o dever de permanente realização dos direitos sociais, além de permitir às normas de direitos sociais operarem como parâmetro, tanto para a aplicação e interpretação do direito infraconstitucional, quanto para a criação e o desenvolvimento de instituições, organizações e procedimentos voltados à proteção e promoção dos direitos sociais.

Uma vez compreendida essa dúplici dimensão, é importante estabelecer quem são os titulares e destinatários dos direitos sociais. Os titulares dos direitos sociais são todas as pessoas, sem distinção entre brasileiros e estrangeiros. A definição dos titulares está relacionada com o estreito vínculo desses direitos com o princípio da dignidade da pessoa humana e com o direito à vida, sem, contudo, excluir a possibilidade da concepção transindividual desses direitos. Em contrapartida, os destinatários são todos aqueles que são obrigados a respeitar e a dar efetividade aos direitos sociais, o que corresponde aos entes estatais, em todas as suas esferas de atuação, bem como aos indivíduos, quando se trata de relação entre particulares.

A Constituição de 1988 destinou ao Título VIII – Da Ordem Social – o cuidado com as disposições sobre o direito à saúde, oportunidade em que foi consolidada a redação de cinco

²¹ Na mesma linha de pensamento, podemos citar os autores Ingo Sarlet, Sérgio Arenhart, Daniel Mitidieiro, Kildare Carvalho e Luís Roberto Barroso. O tema é abordado por Luís Roberto Barroso nos seguintes termos: [...] O que se vedação do retrocesso propõe se possa exigir do Judiciário é a invalidade da revogação de normas que, regulamentando o princípio, concedam ou ampliem direitos fundamentais, sem que a revogação em questão seja acompanhada de uma política substitutiva ou equivalente. Isto é: a invalidade, por inconstitucionalidade, ocorre quando se revoga uma norma infraconstitucional concessiva de um direito, deixando um vazio em seu lugar. BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora, 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 379.

²² SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 619.

artigos (arts. 196 a 200) que tratam sobre o tema. De início, notadamente em seu art. 196, a Constituição Cidadã traz a positivação do direito à saúde:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido 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.²³

Com a redação do art. 196 da Constituição Federal de 1988 a saúde passou a ser um direito público subjetivo, tendo o seu bem jurídico constitucionalmente tutelado pela Lei Maior brasileira. Esse artigo representa uma norma definidora de um direito, o qual tem caráter universal por alcançar a todos os indivíduos, e uma norma de cunho impositiva de deveres e tarefas atinentes a uma conduta que se espera do Estado.

A universalidade do direito à saúde é resultado da expressão “*todos*” ser abrangente e inclusiva, posto que não abarca exceções. A saúde é apresentada como um valor coletivo, um bem de todos, sendo certo que o direito social à saúde é inerente à condição de cidadania, e deve ser assegurado sem distinção de raça, religião, ideologia política ou condição socioeconômica. Assim, no que toca à natureza jurídica do direito à saúde, faz-se necessário mencionar a dupla tutela desse direito, a qual pode ser difusa e individual.

Sobre o assunto, Cândice Lisbôa Alves esclarece:

Como o direito à saúde é direito de todos sem restrições, pode ser entendido como direito difuso. A classificação em direito difuso permite a tutela coletiva sem, contudo, retirar do direito à saúde a possibilidade concomitante de tutela individual. Ao contrário, apenas insere mais uma oportunidade de busca da atividade estatal.²⁴

Por outro lado, o Estado, como destinatário desse direito, tem como dever empreender o máximo de esforços na concretização da saúde, o que alcança a regulamentação, fiscalização e controle de suas políticas públicas. Neste aspecto, todos os entes estatais têm igual responsabilidade na efetivação do direito à saúde, não havendo espaços para arguições quanto à isenção de responsabilidade de qualquer das esferas públicas da República Federativa do Brasil.

Em um segundo momento, o artigo 197 da Constituição de 1988 estabelece que as ações e serviços de saúde detêm relevância pública, sendo função do Poder Público dispor, por meio da edição de leis, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, ao passo que sua execução

²³ Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 28/09/2019.

²⁴ ALVES, Cândice Lisbôa. **Direito à saúde: Efetividade e Proibição do Retrocesso Social**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2013, p. 133.

deve ser feita diretamente pelo ente estatal ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

O artigo 198, por sua vez, criou o SUS – Sistema Único de Saúde – sistema integrado voltado para a realização das ações e serviços públicos de saúde, bem como fixou as suas diretrizes. Nos termos do art. 199 da Carta Magna, ficou estabelecida a possibilidade das instituições privadas participarem de forma complementar ao SUS, desde que sejam observadas as diretrizes fixadas no art. 198. Por fim, a Constituição reservou espaço para tratar sobre as atribuições que competem ao Sistema Único de Saúde, as quais estão dispostas em caráter meramente exemplificativo no art. 200.

Ante ao exposto, verifica-se que o texto constitucional vigente se dedicou de maneira inovadora ao direito à saúde, conferindo especial proteção e delimitando os deveres estatais para a sua concretização, aspectos que serão vistos de forma detalhada no decorrer deste capítulo.

2.4 PRINCÍPIOS JURÍDICOS E O DIREITO À SAÚDE

Princípio é palavra derivada do latim *principium* que significa “fonte”, “origem”, “base”, “valor de ordem moral”, “regra”. No campo jurídico, os princípios são espécie do gênero normas jurídicas e representam preceitos, leis ou pressupostos considerados universais a uma sociedade. Os princípios equivalem a normas jurídico-constitucionais com relevante grau de abstração, indeterminação e vagueza, exigindo a realização de determinada previsão na melhor medida possível, o que resultará na otimização de um direito ou bem jurídico.

De acordo com Robert Alexy²⁵,

[...] Princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas.

Os princípios constituem a base do sistema jurídico brasileiro por serem empregados na interpretação dos dispositivos legais, de sorte que atuam como forma de proteção para os diversos direitos consagrados na Carta Constitucional. O ponto de partida do presente estudo se dará pela exposição dos princípios jurídicos previstos no ordenamento jurídico brasileiro que estão associados, direta ou indiretamente, ao direito à saúde. Com destaque para os princípios

²⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90.

fundamentais previstos na Constituição de 1988, também serão estudados os princípios fundamentais considerados implícitos, os quais são demasiadamente importantes para o microsistema jurídico do direito à saúde.

2.4.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

A dignidade da pessoa humana exprime um princípio geral e fundamental de toda a ordem jurídico-constitucional, conferindo um dos fundamentos que estruturam o Estado Democrático de Direito brasileiro:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana.²⁶

Nessa perspectiva, a dignidade da pessoa humana mantém uma íntima e indissociável vinculação com os direitos humanos e fundamentais, uma vez que representa uma espécie de valor-fonte em que se assenta o direito pátrio e o direito internacional. A dignidade da pessoa humana é qualidade intrínseca ao ser humano, sendo, portanto, irrenunciável e inalienável. Ela confere autonomia ao ser humano, estabelecendo a proteção e promoção de direitos essenciais para que o indivíduo tenha condições básicas de sobrevivência.

Conceituar a dignidade da pessoa humana significa dar um sentido jurídico ao fundamento de todo o sistema de direitos fundamentais. Dando especial importância ao tema, Ingo Sarlet apresenta o seguinte conceito sobre dignidade da pessoa humana:

A qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.²⁷

Sediado no Título I – Dos Princípios Fundamentais –, o princípio da dignidade da pessoa humana constitui uma norma jurídica dotada de *status* constitucional formal e material que funciona como fundamento e conteúdo dos direitos previstos na Constituição e nas legislações

²⁶ Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 28/09/2019.

²⁷ SARLET, Ingo. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 59-60.

infraconstitucionais. Como bem leciona Jorge Miranda²⁸, “a Constituição, ao reconhecer e proteger a dignidade da pessoa humana, confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema de direitos fundamentais e ao sistema constitucional”.

O princípio alcança a grande maioria dos direitos consagrados no texto constitucional, sejam direitos individuais ou direitos sociais, culturais e econômicos, em maior ou menor escala. Sendo assim, a atuação do Estado assume relevância na viabilização da dignidade da pessoa humana, o que deve resultar em uma atuação voltada à promoção de condições fáticas e normativas que possibilitem a efetivação dos direitos de cada indivíduo.

Dito isso, deve-se destacar a relação que envolve o direito à saúde e o princípio da dignidade da pessoa humana. O direito à saúde, como direito fundamental social que está intimamente ligado ao direito à vida, tem no princípio da dignidade da pessoa humana um dos alicerces para a sua efetivação no cotidiano dos brasileiros. Ao se pensar em dignidade da pessoa humana, tem-se a noção de que o Estado está completamente vinculado à realização de ações e de serviços de saúde que correspondam à importância conferida ao ser humano pela Carta Magna de 1988. Por essa razão, é possível afirmar que o direito à saúde assume posição preferencial no desenvolvimento das políticas públicas, as quais devem ser voltadas à efetividade desse direito.

Dessa forma, é mister dizer que a dignidade da pessoa humana espelha o fundamento mais importante para a concretização do direito à saúde, pois é por meio da saúde que se possibilita ao indivíduo ter uma vida digna, a qual deve ser condizente com a posição de prestígio em que a Constituição de 1988 atribuiu ao ser humano, ou seja, ele ser a razão de todo o sistema constitucional brasileiro.

2.4.2 O mínimo existencial e a reserva do possível

O princípio do mínimo existencial está vinculado à existência dos direitos fundamentais sociais, tendo como função propiciar ao indivíduo os recursos materiais mínimos para uma existência digna e condizente com o princípio da dignidade da pessoa humana. Proveniente do contexto da Alemanha após Segunda Guerra Mundial, o mínimo existencial é figura recentemente implementada em nosso sistema jurídico, o que tem gerado controvérsias acerca da determinação de seu conteúdo e de sua influência na efetivação dos direitos fundamentais.

²⁸ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**, vol. IV, 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 180.

Tendo em vista a sua incipiente introdução no direito pátrio, o renomado constitucionalista Ingo Sarlet²⁹, citando as teses alemãs que são influência no direito brasileiro, declara que:

[...] Muito embora também na doutrina e jurisprudência constitucional brasileira não se possa falar na existência de unanimidade no que diz com a noção de um mínimo existencial, a tendência amplamente majoritária converge no sentido de afirmar que o conteúdo do mínimo existencial ultrapassa a noção de um mínimo meramente vital ou de sobrevivência, para resguardar não só a vida humana em si, mas uma vida saudável, portanto, uma vida com certa qualidade.

O princípio do mínimo existencial busca resguardar a efetivação de direitos que são indispensáveis para uma vida saudável que proporcione o desenvolvimento das capacidades dos seres humanos, a qual deve ser condizente com as características intelectuais, laborais e emocionais de cada indivíduo. Em vista disso, é possível inferir que o conteúdo do mínimo existencial é determinado pelas condições sociais existentes em um determinado tempo e local, refletindo, assim, as necessidades vitais de um grupo social diante das mazelas da vida em sociedade.

É esse conteúdo que serve de parâmetro para delimitar os alcances dos direitos sociais, influenciando na determinação de critérios materiais importantes para que o Estado concentre esforços na concretização desses direitos, como é o caso do direito à saúde. Conclui-se que o mínimo existencial reflete os deveres que o Estado possui a fim de que sejam empreendidos meios para a concretização dos direitos fundamentais, o que provoca efeitos imediatos na determinação das políticas públicas que serão adotadas por cada ente estatal.

Além disso, é importante dizer que esse princípio possui uma dupla dimensão, assim como os direitos fundamentais, que pode ser compreendida em um viés negativo e positivo. O aspecto negativo resulta na impossibilidade do Estado subtrair o mínimo existencial do indivíduo, mantendo intocável certas garantias que são indispensáveis para uma vida saudável e digna. Por outro lado, o viés positivo assegura o dever do Estado em fornecer prestações de natureza material para a concretização dos direitos fundamentais sociais. Nesse sentido, verifica-se que o mínimo existencial delimita um dever prestacional originário do Estado, o qual não necessita de previsão legal para ser exigido pelo indivíduo, vez que decorrente do princípio da dignidade humana.

No direito à saúde, o mínimo existencial deve ser compreendido através da análise do caso concreto, o qual vai resultar na busca pela satisfação das necessidades essenciais para cada

²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 642.

pessoa e seu núcleo familiar, delimitando, portanto, o seu conteúdo e as ações e serviços que devem ser empregados pelo Estado. Vale destacar que o Estado não pode se eximir de realizar ações voltadas ao fornecimento de medicamentos e assistência médica, pois sua responsabilidade é originária, decorrente dos princípios estruturantes da Constituição Federal, estando, portanto, desvinculada das alegações de falta de recursos na efetivação do direito à saúde, ou seja, da ideia da reserva do possível.

A reserva do possível é uma teoria que também tem suas origens na Alemanha, sendo resultado de entendimento jurisprudencial que estabeleceu serem os direitos sociais, em razão de sua taxatividade, dependentes dos recursos econômicos do Estado³⁰. A teoria da reserva do possível está diretamente relacionada com a exigibilidade dos direitos sociais, posto que guarda relação com a destinação, criação e distribuição de recursos materiais e humanos para a concretização desses direitos. Essa teoria é o principal fundamento utilizado pelo ente estatal para justificar a não realização de ações voltadas à efetivação dos direitos sociais, englobando aspectos de cunho fático e jurídico que influenciam na adoção das políticas públicas.

Sob o ângulo da dimensão fática, a reserva do possível define que os recursos econômico-financeiro do Estado são finitos, bem como os recursos humanos e técnicos são também limitados. Em contrapartida, o cunho jurídico da reserva do possível abarca a gestão e a competência do ente estatal para definir quais problemas sociais terão prioridade no direcionamento de seus recursos, de modo que a pretensão social reclama a realização de ações estatais em variados e distintos aspectos da vida em sociedade.

A contraposição entre os direitos sociais e a disponibilidade de meios econômicos e técnicos para a eficácia desses direitos provocou o fenômeno da judicialização do direito à saúde, o qual vem crescendo e se tornou recorrente nos últimos anos. O embate entre realização de políticas públicas voltadas ao fornecimento de medicamentos e assistência médica e a limitação decorrente da reserva do possível transferiu ao Judiciário o poder de decidir sobre até onde vai o dever prestacional do Estado em relação às expectativas e necessidades dos indivíduos no caso concreto, e como isso poderia influenciar na conjuntura socioeconômica da sociedade.

De imediato, no que tange ao direito à saúde, é mister dizer que o Poder Judiciário vem proferindo decisões³¹ que relativizam os argumentos estatais de limitação orçamentária e

³⁰ Nesse sentido, ALVES, Cândice Lisbôa. **Direito à saúde: Efetividade e Proibição do Retrocesso Social**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2013, p. 105.

³¹ ADMINISTRATIVO, CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. SAÚDE. TRATAMENTO MÉDICO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. COMPROVAÇÃO. PROVA DOCUMENTAL. HONORÁRIOS

organizacional, assegurando prestações voltadas à efetivação dos direitos sociais, em benefício do direito à vida e do princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, a teoria da reserva do possível vem sendo, na maioria dos julgados, mitigada em favor do cumprimento de direitos fundamentais que são indispensáveis a uma vida digna e saudável ao indivíduo. Por oportuno, as questões postas serão analisadas mais detidamente no tópico que tratar sobre a intervenção do Poder Judiciário no acesso ao direito à saúde.

2.4.3 Proibição do retrocesso social

Outro tópico importante diz respeito à vedação contra as intervenções restritivas por parte do Estado nas disposições legais constitucionais e infraconstitucionais que estabelecem a proteção dos direitos sociais. A proibição do retrocesso social surgiu em decorrência das crises econômicas e sociais enfrentadas após o término da Segunda Guerra Mundial, período em que se verificou a importância do Estado na criação de leis e na realização de ações e de serviços públicos voltados à concretização dos direitos fundamentais.

Essa tese tem como marco inicial as discussões decorrentes dos sistemas jurídicos alemão e português, sendo entendida como instrumento de proteção aos direitos sociais de caráter positivo que foram incorporados pela norma constitucional ao elenco de direitos e garantias fundamentais do indivíduo. A maior parte da doutrina entende que o preceito da

ADVOCATÍCIOS. PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. PRINCÍPIO DA ISONOMIA, DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DA RESERVA DO POSSÍVEL. NÃO VIOLAÇÃO. SENTENÇA MANTIDA.

1. Consoante se extrai da Constituição Federal de 1988, à saúde foi dispensado o status de direito social fundamental (art. 6º), atrelado ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana, consubstanciando-se em “direito de todos e dever do Estado, garantido 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” (art. 196).

2. É responsabilidade do Poder Público, independentemente de qual seja o ente público em questão, garantir a saúde ao cidadão. No caso em análise, a obrigação de fazer consistiu em assegurar o fornecimento de medicamento a paciente com 70 anos, portadora de DMRI fase cicatricial no OD e fase exsudativa no OE, com perda de 30% da visão, conforme constou do relatório médico expedido por médico do Hospital de Olhos de Uberlândia, no qual foi expressamente consignado a necessidade de tratamento com anti-VEGF no Olho Esquerdo.

3. Considerando que as verbas de sucumbência regem-se pelo princípio da causalidade, ou seja, aquele que deu causa ao litígio, se vencido, deve arcar com tais verbas, tem-se por incensurável a condenação do Estado de Minas Gerais ao pagamento dos honorários advocatícios.

4. Quanto à alegação da reserva do possível, em tais casos **“O Estado não pode, a pretexto do descumprimento de seus deveres institucionais, esconder-se sob o manto da “reserva do possível”, pois essa não se presta como justificativa para que o Poder Público se exonere do cumprimento de obrigações constitucionais, principalmente aquelas que se referem aos direitos fundamentais da pessoa humana.”** (AGRSLT-14174-68.2008.4.01.0000, Desembargador Federal Presidente Jirair Aram Migueriam, Corte Especial, DJ de 26.2.2010)

5. Apelações e remessa oficial a que se nega provimento. (grifo nosso)

(BRASIL, TRIBUNAL REGIONAL DA 1ª REGIÃO, SEXTA TURMA. **Apelação cível (AC) n.º 11323-54.2012.4.01.3803**. Relator: Desembargador Federal Kassio Nunes Marques. Data de julgamento: 09/06/2014, Data de publicação: 01/07/2014. Disponível em: <https://trf1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/162019500/apelacao-civel-ac-113235420124013803>. Acesso em: 13/11/2019.)

proibição do retrocesso social é princípio implícito da Constituição Federal de 1988, sendo extraído da leitura do art. 5º, §2º, o qual tem a função de proporcionar integração para as normas existentes no sistema jurídico pátrio.

Kildare Carvalho aduz que o entendimento da proibição do retrocesso social “implica no reconhecimento da inconstitucionalidade não apenas quando se cuida de revogação da lei, mas também quando há uma afronta legislativa ao conteúdo do direito fundamental social concretizado pelo legislador”³². Compreende-se, portanto, que a proibição do retrocesso social determina a impossibilidade, e conseqüente inconstitucionalidade, da revogação de texto normativo que regulamente sobre direitos sociais fundamentais sem que haja o estabelecimento de novos dispositivos legais que disciplinem sobre tais direitos.

Registre-se que o princípio da proibição do retrocesso social abarca somente a vedação da reversibilidade jurídica dos direitos sociais adquiridos, embora não obste a reversibilidade fática de tais direitos. Além disso, é necessário salientar a vinculação desse princípio com os primados da justiça social e da dignidade humana, de modo a conferir um dever de prestação negativa ao legislador no que toca a alterações normativas que atingem o núcleo essencial dos direitos sociais. No que pertine ao núcleo essencial dos direitos sociais, Canotilho é categórico ao estabelecer sua relação com a formulação do princípio da proibição do retrocesso social:

O núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efectivado através de medidas legislativas deve considerar-se constitucionalmente garantido sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzem na prática numa ‘anulação’, ‘revogação’ ou ‘aniquilação’ pura e simples desse núcleo essencial.³³

O princípio da proibição do retrocesso social estabelece garantia contra a edição de leis pelo Estado que possam provocar a diminuição no conteúdo dos direitos fundamentais, revelando, assim, o viés negativo desse princípio. No que tange ao seu sentido positivo, o princípio da proibição do retrocesso social impõe outro dever ao legislador, qual seja, elaborar normas necessárias à complementação do conteúdo e da proteção dos direitos fundamentais.

Desse modo, depreende-se que o princípio da proibição do retrocesso social é mais um instrumento normativo que auferir proteção aos direitos sociais fundamentais, no sentido de conferir limitações e deveres ao poder do Estado de legislar sobre a matéria.

³² CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional Positivo**. 22. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2017, p. 172.

³³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998, p. 320-321.

2.5 O DIREITO À SAÚDE E O FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS PELO ESTADO

A Carta Magna de 1988 estabelece, em seu art. 196, que a saúde é “direito de todos e dever do Estado”, impondo ao Poder Público a realização de ações voltadas à regulamentação, ao controle e à fiscalização das ações e serviços que sejam condizentes com as premissas de acesso universal, igualitário e gratuito do direito à saúde. Conforme já afirmado, o Estado tem um dever prestacional originário que envolve a proteção e efetivação do direito à saúde, de modo a possibilitar ao indivíduo uma vida digna e saudável, nos moldes do que estabelece o princípio da dignidade da pessoa humana.

O Estado deve fazer uso de políticas sociais e econômicas adequadas ao oferecimento de medicina curativa e preventiva que persigam o objetivo estabelecido na redação do art. 196 da Constituição de 1988, qual seja: levar saúde a todos que dela necessitem. Neste sentido, a Constituição de 1988 estabeleceu, em seu art. 37, §6^o³⁴, que a responsabilidade civil dos entes estatais na prestação dos serviços de saúde é sempre objetiva, tendo em vista a consagração da Teoria do Risco Administrativo no direito pátrio.

O texto constitucional decretou um regime de cooperação entre a União, os Estados e os Municípios para a realização de políticas públicas voltadas à concretização do direito à saúde. Todos os entes estatais devem atuar de forma solidária por meio do Sistema Único de Saúde (SUS), sistema integrado por uma rede pública que é regionalizada e hierarquizada, tendo como principal dever o oferecimento de saúde de qualidade a todos. Como visto, os artigos 197 a 200 da Constituição brasileira regulamentam sobre o Sistema Único de Saúde (SUS), o qual tem a função de realizar ações e serviços de saúde, fixar os critérios e diretrizes de sua atuação, bem como estabelecer suas atribuições no cenário socioeconômico.

A Lei n.º 8.080/1990, intitulada Lei Orgânica da Saúde, foi editada para complementar as normas constitucionais que tratam sobre o direito à saúde e o Sistema Único de Saúde, estabelecendo as configurações da saúde pública no Brasil. Inicialmente, a Lei n.º 8.080/1990 dispõe, em seu art. 2º, sobre a organização e funcionamento dos serviços de saúde, bem como marca as exigências para a promoção, proteção e recuperação da saúde:

³⁴ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

[...]

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. (Brasil. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 28/09/2019).

Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

§ 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

§ 2º O dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade.³⁵

Aludido artigo confere à saúde o reconhecimento como direito fundamental que deve ser promovido, em primeiro plano, pelo Estado, e também pelo indivíduo. Existe uma ampla e significativa regulamentação nas leis infraconstitucionais que dão respaldo ao dever do Estado em proporcionar ao indivíduo o acesso à saúde de qualidade e que seja condizente com a regulamentação do tema no sistema jurídico brasileiro. Em vista disso, os artigos 5º³⁶ e 6º³⁷, I, “d” e VI, da Lei n.º 8.080/1990 estabelecem os objetivos e o campo de atuação do SUS.

Verifica-se que a responsabilidade do Estado está compreendida na formulação de políticas de saúde que promovam o amparo médico ao indivíduo, abarcando não só a assistência farmacêutica, como também o fornecimento de insumos terapêuticos, os quais representam o acesso a próteses, cadeiras de rodas, marcapassos, entre outros. Tendo em vista o objetivo do presente estudo, passaremos a analisar o dever do Estado em promover a assistência farmacêutica em âmbito nacional.

Embora a Lei n.º 8.080/90 faça expressa menção à responsabilidade do Estado em garantir assistência farmacêutica aos cidadãos, não há na Constituição e nem na lei o estabelecimento da competência dos entes federados quanto à distribuição de medicamentos. O estabelecimento dos critérios de competência para o fornecimento de medicamentos decorre da edição de inúmeros atos normativos federais, estaduais e municipais que criam as listas de medicamentos que serão adquiridos pelo Poder Público e fornecidos à população. Nesse aspecto, a regulamentação mais importante é a Portaria n.º 3.916/98, do Ministério da Saúde, que

³⁵ Brasil. Lei n.º 8.080, de 19 de setembro de 1990. Lei Orgânica da Saúde. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm. Acesso em: 02/10/2019.

³⁶ Art. 5º São objetivos do Sistema Único de Saúde SUS:

I – a identificação e divulgação dos fatores condicionantes e determinantes da saúde;

II – a formulação de política de saúde destinada a promover, nos campos econômico e social, a observância do disposto no § 1º do art. 2º desta lei;

III – a assistência às pessoas por intermédio de ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, com a realização integrada das ações assistenciais e das atividades preventivas. (BRASIL, 1990).

³⁷ Art. 6º Estão incluídas ainda no campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS):

I – a execução de ações:

[...]

d) de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica;

[...]

VI – a formulação da política de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos e outros insumos de interesse para a saúde e a participação na sua produção.

constituiu a Política Nacional de Medicamentos e instituiu o sistema de distribuição de medicamentos no Brasil.

A partir da Política Nacional de Medicamentos foi elaborada a Relação Nacional de Medicamentos (RENAME), a qual se destina a promover a assistência farmacêutica por meio da criação de uma lista dos medicamentos que devem estar disponíveis em toda a área de atuação do Sistema Único de Saúde. A formulação dessa lista envolve a definição sobre quais são os medicamentos essenciais à população, de sorte que deve haver a atualização periódica da lista para que sejam observadas as patologias e agravos à saúde mais relevantes e prevalentes em determinadas localidades.

Sendo assim, a responsabilidade do Estado com o fornecimento de medicamentos está adstrita às listas de medicamentos editadas pelo próprio Poder Público, embora nem sempre abarque todas as necessidades dos cidadãos. Diante desse cenário, há a crescente procura pelo Poder Judiciário para a resolução dos problemas de distribuição de medicamentos, razão pela qual será abordada a questão da judicialização do direito à saúde, enquanto fenômeno jurídico que acarreta efeitos na efetivação do direito à saúde.

2.6 INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO ACESSO AO DIREITO À SAÚDE

Nem sempre a assistência médica executada pelo Estado atende às necessidades dos pacientes, seja em razão da gravidade de sua moléstia, seja por falhas na gestão das políticas públicas de saúde, o que provoca a crescente propositura de ações voltadas a tutelar o direito à saúde. É neste contexto que o Poder Judiciário intervém para evitar abusos por parte do Poder Público e possibilitar a efetividade desse direito na esfera fática e jurídica do indivíduo.

O inciso XXXV do art. 5º da Carta Magna de 1988 disciplina que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Portanto, o texto constitucional é claro ao prescrever que o Poder Judiciário não pode se negar a solucionar conflitos que decorrem das situações em que o indivíduo tenha o seu direito lesionado ou ameaçado pelo próprio Estado.

A consagração da inafastabilidade da jurisdição é garantia fundamental que possibilita aos indivíduos a resolução dos problemas referentes à ausência ou deficiência dos serviços de saúde prestados pelo Estado, o que, indiscutivelmente, provoca reais riscos ao direito à vida e, em muitos casos, é capaz de produzir lesões irreparáveis a esse direito. A esse respeito, Cândice Lisbôa Alves expõe sabiamente que:

Não se discute hipoteticamente a saúde, e sim concretamente. Talvez seja esse o calcanhar de Aquiles da questão. As consequências do inadimplemento pelo Estado do direito à saúde desembocam em óbitos ou gravidades físicas por vezes sem reparação. O tempo corre contra o paciente.³⁸

Com efeito, entende-se ser legítima a intervenção jurisdicional para coagir o Estado a prestar atendimento médico e farmacêutico ao paciente, uma vez que o Poder Judiciário representa, para a população, um meio para suprir as lacunas deixadas pelos Poderes Executivo e Legislativo, transformando àquele poder em garantidor do direito à saúde.

Esse entendimento, todavia, não está consolidado na doutrina, tendo em vista a existência de um conjunto variado de críticas que questionam a competência do Poder Judiciário para interferir na esfera de atuação do Poder Executivo e, assim, obrigá-lo a executar determinada ação na área da saúde. A crítica mais relevante está no sentido de que as decisões judiciais provocam a desorganização da Administração Pública, uma vez que se está a tutelar um direito individual em detrimento de toda a coletividade. Sobre isso, Luís Roberto Barroso³⁹ expõe determinada situação:

Quando há alguma decisão judicial determinando a entrega imediata de medicamentos, frequentemente o Governo retira o fármaco do programa, desatendendo a um paciente que o recebia regularmente, para entregá-lo ao litigante individual que obteve a decisão favorável. Tais decisões privariam a Administração da capacidade de se planejar, comprometendo a eficiência administrativa no atendimento ao cidadão. Cada uma das decisões pode atender às necessidades imediatas do jurisdicionado, mas, globalmente, impediria a otimização das possibilidades estatais no que toca à promoção da saúde pública.

Outra crítica que tem ganhado relevância nos últimos anos diz respeito à restrita possibilidade de acesso ao Poder Judiciário pela população, em razão das discrepâncias socioeconômicas existentes no país, seja por não poderem suportar os custos de uma ação judicial, seja por não terem conhecimento sobre os seus direitos. Assim, as decisões judiciais estariam voltadas à concretização dos direitos da classe média, provocando uma desvantagem à efetivação do direito à saúde dos pobres.

Além disso, os críticos ressaltam que a judicialização da saúde só deve ser utilizada em último caso, posto que, primeiramente, deve haver a oportunidade do Poder Executivo empregar os meios que estão ao seu alcance para a concretização desse direito social fundamental.

³⁸ ALVES, Cândice Lisbôa. **Direito à saúde: Efetividade e Proibição do Retrocesso Social**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2013, p. 136.

³⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Temas de direito constitucional – tomo IV**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 243.

Para se ter uma noção sobre a dimensão da judicialização da saúde nos tribunais brasileiros é importante apresentarmos alguns números que foram divulgados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Em pesquisa realizada por referido órgão no ano de 2019, no período entre 2008 a 2017, foi constatado um crescimento de 130% no número de ações propostas em primeira instância que tratam sobre o direito à saúde⁴⁰, bem como houve a apuração de que a União gastou R\$ 1,3 bilhão com referidas ações⁴¹.

A expressividade de tais números reflete a importância da discussão dessa temática nos diversos setores do Poder Público e da população, de modo a coadunar as ações do Estado no planejamento de políticas públicas que favoreçam a concretização do direito à saúde, evitando, assim, a propositura de inúmeras demandas que sobrecarregam o Poder Judiciário e geram impacto orçamentário nas contas do Estado.

⁴⁰ VALOR, **Judicialização na saúde cresce 130% em quase 10 anos, aponta CNJ**. Disponível em: <https://valor.globo.com/brasil/noticia/2019/03/18/judicializacao-na-saude-cresce-130-em-quase-10-anos-aponta-cnj.ghtml>. Acesso em: 10/09/2019.

⁴¹ INSPER, **Judicialização da saúde dispara e já custa R\$ 1,3 bi à União**. Disponível em: <https://www.insper.edu.br/conhecimento/direito/judicializacao-da-saude-dispara-e-ja-custa-r-13-bi-a-uniao/>. Acesso em: 10/09/2019.

3 O INSTITUTO DAS *ASTREINTES* NO DIREITO BRASILEIRO

A execução das decisões proferidas pelo Poder Judiciário nas ações que envolvem a tutela do direito à saúde é um dos temas de grande complexidade e relevância para o presente estudo, porquanto configura o momento em que o réu, no caso o Estado, deverá adotar condutas voltadas ao cumprimento da obrigação fixada no *decisum*. Vale destacar que a execução configura nova etapa processual em que a atuação jurisdicional será importante na escolha dos meios executivos destinados a compelir o réu a satisfazer o direito do autor. Neste cenário, cabe analisar o emprego das *astreintes* nos processos de execução em face do Estado, vez que representa um meio executivo que tem ampla aplicabilidade no fenômeno da judicialização da saúde, mais especificamente na seara do fornecimento de medicamentos aos cidadãos. Assim, no presente capítulo, tentar-se-á expor as minúcias conferidas pelo Direito brasileiro ao tratamento das *astreintes* a partir da apresentação das características, da natureza jurídica e dos pressupostos deste instituto eminentemente processual.

3.1 CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

As *astreintes* têm sua origem no direito francês, mais precisamente no pós Revolução Francesa, momento em que este instrumento processual ganhou sedimentação e aplicação pela doutrina e jurisprudência. O direito brasileiro, ao adotar referido instituto, utiliza o termo *multa* para tratar sobre o assunto. As *astreintes* configuram um meio de coerção utilizado para fins de cumprimento de obrigação judicial, possibilitado a satisfação do direito do exequente.

Referida multa será fixada em decorrência do descumprimento do comando judicial, tendo como principal finalidade exercer certa pressão psicológica no devedor para que cumpra o que foi determinado pelo magistrado. Assim, é correto dizer que a multa configura um meio de “execução indireta”, sendo caracterizada por pressionar psicologicamente o devedor a facilitar a obtenção da tutela específica pelo credor.

Dito isso, é imperioso apresentar um conceito para a *astreinte* brasileira. Sérgio Arenhart, utilizando a definição de Roger Perrot, conceitua referido instituto processual da seguinte forma:

As *astreintes* são um meio de pressão que consiste em condenar um devedor sujeito a adimplir uma obrigação, resultante de uma decisão judicial, a pagar uma soma em dinheiro, por vezes pequena, que pode aumentar a proporções bastante elevadas com o passar do tempo e com o multiplicar-se das violações.⁴²

⁴² PERROT, Roger, 1996, p. 663 apud ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela inibitória da vida privada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 192. Nesse sentido, destaca-se o texto original: “L’*astreinte* può essere

No mesmo sentido, José Ignacio Botelho de Mesquita aduz que:

A multa periódica não é pena para sancionar o devedor pelo inadimplemento de uma obrigação. Tampouco é medida para compensar ou ressarcir os danos sofridos pelo não-cumprimento da obrigação. Trata-se, em suma, de um meio de coerção, de ameaça, que visa a compelir o devedor à observância da ordem judicial. Assim, por ter caráter eminentemente psicológico, a multa não se confunde com a obrigação a ser prestada, nem com a indenização eventualmente devida em razão das perdas e danos decorrentes do descumprimento da obrigação. Isso significa que as *astreintes* não se destinam a substituir a obrigação, nem a reparar os prejuízos advindos do inadimplemento ou do adimplemento tardio.⁴³

Como visto, as *astreintes* têm o objetivo de conferir efetividade para as decisões judiciais, distanciando-se, portanto, da finalidade atribuída ao instituto das perdas e danos – utilizado para indenizar o credor em razão da perda do objeto ou da impossibilidade do cumprimento da obrigação. Nesse diapasão, depreende-se que a natureza jurídica da multa é a coercitividade, porquanto representa medida processual utilizada pelo juiz para conferir efetividade à execução, cuidando-se de providência de ordem pública⁴⁴.

Assim, as *astreintes* representam um meio processual de extrema relevância para a efetividade das decisões judiciais, de sorte que contribuem para promover a prestação jurisdicional de maneira justa e coerente, possibilitando ao indivíduo a concretização do que lhe é de direito.

3.2 AS *ASTREINTES* E O SEU TRATAMENTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O tratamento das *astreintes* no ordenamento jurídico brasileiro é acontecimento relativamente recente, sendo apenas alcançado após a edição da Constituição Federal de 1988, embora existam indícios de que a influência do instituto do direito francês tenha ocorrido bem antes de sua previsão legislativa.

De início, foi com o advento do Código de Defesa do Consumidor (CDC), Lei n.º 8.078/1990, que as *astreintes* foram contempladas expressamente pelo legislador brasileiro. O CDC estabeleceu a possibilidade de fixação de multa diária pelo juiz nos casos de

definita come na mezzo di pressione che consiste nel condannare un debitore tenuto ad adempiere un'obbligazione, risultante da una decisione giudiziale, a pagare una somma di denaro, spesso molto ingente, che può aumentare fino a proporzioni assai elevate com il passare del tempo o com il moltiplicarsi delle violazioni”.

⁴³ MESQUITA, José Ignacio Botelho de. **Breves considerações sobre a exigibilidade e a execução das *astreintes***. Revista Jurídica, ano 53, n. 338, Porto Alegre: Notadez, dez. 2005, p. 24.

⁴⁴ Esse é o entendimento do ilustre Humberto Theodoro Júnior, para quem “esse caráter está bem evidenciado na regra do art. 537 [CPC/2015], onde o poder-dever do juiz de aplicar a *astreinte* está expressamente previsto como exercitável *independentemente* de requerimento da parte”. THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. III. 50 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 174.

descumprimento de obrigação específica pelo réu, ao tratar das ações que envolvem o cumprimento de obrigações de fazer e de não fazer, a teor do seu artigo 84⁴⁵.

Incontestável o caráter precursor do art. 84 do CDC ao disciplinar sobre a possibilidade de estabelecimento de multa cominatória, o que certamente influenciou a realização de reformas legislativas que introduziram o seu tratamento no Código de Processo Civil (CPC) de 1973, conforme ensina Bruno Miragem⁴⁶:

O art. 84 do CDC demonstra, mais uma vez, o caráter precursor das disposições do Código e sua preocupação fundamental com a efetividade do processo, consagrando instrumento de ação específica que só seria introduzido no Código de Processo Civil a partir da reforma de 1994, com a introdução do artigo 461 que, a rigor, reproduz o texto da lei consumerista.

Com as reformas implementadas a partir do ano de 1994, o Código de Processo Civil de 1973 deu novo tratamento às *astreintes* ao prescrever sobre as particularidades e balizas para sua aplicação no caso concreto. De suma importância, a Lei n.º 8.952/1994 introduziu alterações no texto legal do CPC/1973, em especial conferiu ao artigo 461 a reprodução fidedigna do artigo 84 do CDC. Esse artigo estabeleceu a essência legal da multa coercitiva, ampliando a sua aplicação para as obrigações específicas de fazer e de não fazer decorrentes das relações contratual e judicial.

Embora a dicção do art. 461 do Código de Processo Civil de 1973 seja vanguardista na regulamentação desse meio de coerção na legislação processual, há quem diga que o artigo 287⁴⁷ do mesmo diploma processual já regulava sobre a aplicação das *astreintes*. Mencionado

⁴⁵ Art. 84. Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

§ 1º A conversão da obrigação em perdas e danos somente será admissível se por elas optar o autor ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

§ 2º A indenização por perdas e danos se fará sem prejuízo da multa (art. 287, do Código de Processo Civil).

§ 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou após justificação prévia, citado o réu.

§ 4º O juiz poderá, na hipótese do § 3º ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando prazo razoável para o cumprimento do preceito.

§ 5º Para a tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz determinar as medidas necessárias, tais como busca e apreensão, remoção de coisas e pessoas, desfazimento de obra, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial. (Brasil. Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm. Acesso em: 02/10/2019).

⁴⁶ MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**, 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 1361.

⁴⁷ Art. 287. Se o autor pedir a condenação do réu a abster-se da prática de algum ato, a tolerar alguma atividade, ou a prestar fato que não possa ser realizado por terceiro, constará da petição inicial a cominação da pena pecuniária para o caso de descumprimento da sentença (arts. 644 e 645). (Brasil. Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-5869-11-janeiro-1973-357991-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 20/10/2019).

artigo estabelecia a possibilidade de aplicação de multa diária apenas nos casos que existisse pedido do autor, não autorizando a fixação *ex officio*, devendo ser fixada somente nas sentenças proferidas pelo órgão julgador.

No entanto, os parágrafos 4º e 5º do art. 461 do Código de Processo Civil de 1973, inovação trazida pela Lei n.º 8.952/1994, relativizaram e provocaram a inaplicabilidade do texto legal do art. 287⁴⁸, posto que estabeleceram a possibilidade de aplicação das *astreintes* pelo magistrado, de ofício ou por meio de requerimento da parte, nas decisões interlocutórias.

Ao analisar o tratamento conferido pelo CPC de 1973 para as *astreintes*, Humberto Theodoro Júnior ensina que:

Já no sistema do Código de 1973, a multa por atraso no cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer era cabível tanto na sentença, como em decisão interlocutória de antecipação de tutela. Caberia, também, em decisão incidental na fase de cumprimento de sentença, se esta não a houvesse estipulado. Era assim que se explicava a dupla menção da *astreinte* nos §§ 4º e 5º do art. 461 do CPC/1973: (i) no primeiro deles havia a previsão normal da aplicação no ato de impor a realização da prestação devida, ou seja, no deferimento da antecipação de tutela em caráter provisório, ou na sentença, quando a condenação era proferida em caráter definitivo; (ii) na segunda hipótese (a do § 5º) a multa se apresentava como uma das medidas de apoio que o juiz poderia tomar em qualquer tempo para tornar efetiva a condenação já proferida, e não necessariamente na própria sentença.⁴⁹

Além do art. 461, o Código Buzaid também regulamentou o funcionamento das *astreintes* no art. 461-A⁵⁰, o qual foi incluído com a promulgação da Lei n.º 10.444/2002. Complementando o que já estruturava a lei processual, o art. 461-A veio para permitir a aplicação da multa coercitiva nas obrigações de entregar coisa, o que anteriormente apenas era possível para as obrigações de fazer e de não fazer. Com isso, ficou clara a intenção do

⁴⁸ PIAN, Guilherme Germano. **Breve análise da execução das *astreintes* nas sentenças de improcedência**. Trabalho de Conclusão de Curso. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul, 2014. Disponível em: http://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2018/09/guilhermo_pian_2014_2.pdf. Acesso em: 09/10/2019.

⁴⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. III. 50 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 171.

⁵⁰ Art. 461-A. Na ação que tenha por objeto a entrega de coisa, o juiz, ao conceder a tutela específica, fixará o prazo para o cumprimento da obrigação. (Incluído pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002)

§ 1º Tratando-se de entrega de coisa determinada pelo gênero e quantidade, o credor a individualizará na petição inicial, se lhe couber a escolha; cabendo ao devedor escolher, este a entregará individualizada, no prazo fixado pelo juiz. (Incluído pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002)

§ 2º Não cumprida a obrigação no prazo estabelecido, expedir-se-á em favor do credor mandado de busca e apreensão ou de imissão na posse, conforme se tratar de coisa móvel ou imóvel. (Incluído pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002)

§ 3º Aplica-se à ação prevista neste artigo o disposto nos §§ 1º a 6º do art. 461. (Incluído pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002).

legislador em privilegiar o cumprimento da obrigação, evitando que o seu descumprimento pelo devedor resultasse na imediata conversão em perdas e danos⁵¹.

Por fim, outra importante consideração acerca do tratamento das *astreintes* no CPC de 1973 nos leva aos artigos 621⁵², parágrafo único, e 645⁵³, *caput*, os quais estabeleciam, respectivamente, sobre a execução de títulos extrajudiciais para as obrigações de entrega de coisa e obrigações de fazer e de não fazer.

Com a edição do Código de Processo Civil de 2015 ocorreu o aperfeiçoamento do instituto através da sua adequação com as nuances jurídicas e sociais da atualidade, apesar de ter sido mantido o âmago da disciplina do código anterior.

De início, o art. 536⁵⁴ do CPC de 2015 estabelece os meios executórios que estão à disposição do juiz para cumprimento das obrigações de fazer e de não fazer, dentre eles está a multa coercitiva. Essa técnica processual, em muitos casos, será o meio mais idôneo para tutelar o direito do autor⁵⁵, sendo utilizado nas situações em que o comando judicial não seja atendido

⁵¹ Como bem explica Luiz Rodrigues Wambier, o tratamento das obrigações de entrega de coisa antes da inclusão do art. 461-A do CPC/1973 tinha como dogma de que a vontade do devedor seria intangível, razão pela qual o descumprimento da obrigação redundaria na aplicação das perdas e danos. WAMBIER Luiz Rodrigues; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. **Breves comentários à 2ª fase da reforma do código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 115.

⁵² Art. 621. O devedor de obrigação de entrega de coisa certa, constante de título executivo extrajudicial, será citado para, dentro de 10 (dez) dias, satisfazer a obrigação ou, seguro o juízo (art. 737, II), apresentar embargos. (Redação dada pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002)

Parágrafo único. O juiz, ao despachar a inicial, poderá fixar multa por dia de atraso no cumprimento da obrigação, ficando o respectivo valor sujeito a alteração, caso se revele insuficiente ou excessivo. (Incluído pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002).

⁵³ Art. 645. Na execução de obrigação de fazer ou não fazer, fundada em título extrajudicial, o juiz, ao despachar a inicial, fixará multa por dia de atraso no cumprimento da obrigação e a data a partir da qual será devida. (Redação dada pela Lei nº 8.953, de 13.12.1994)

Parágrafo único. Se o valor da multa estiver previsto no título, o juiz poderá reduzi-lo se excessivo. (Incluído pela Lei nº 8.953, de 13.12.1994).

⁵⁴ Art. 536. No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente.

§ 1º Para atender ao disposto no *caput*, o juiz poderá determinar, entre outras medidas, a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial.

§ 2º O mandado de busca e apreensão de pessoas e coisas será cumprido por 2 (dois) oficiais de justiça, observando-se o disposto no art. 846, §§ 1º a 4º, se houver necessidade de arrombamento.

§ 3º O executado incidirá nas penas de litigância de má-fé quando injustificadamente descumprir a ordem judicial, sem prejuízo de sua responsabilização por crime de desobediência.

§ 4º No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, aplica-se o art. 525, no que couber.

§ 5º O disposto neste artigo aplica-se, no que couber, ao cumprimento de sentença que reconheça deveres de fazer e de não fazer de natureza não obrigacional. (Brasil. Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 20/10/2019).

⁵⁵ Vale mencionar a percepção detalhadamente exposta em MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comentado**, 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

pela parte devedora. No mesmo sentido está o texto do art. 537⁵⁶, o qual estipula como e em quais situações as *astreintes* podem ser utilizadas, sendo certo que serão aplicadas tanto na fase de conhecimento, quanto na fase de execução. No que toca às obrigações de entregar coisa, o Código de Processo Civil de 2015 não dispôs expressamente sobre referida multa, conquanto tenha o art. 538⁵⁷, § 3º, admitido a sua aplicação.

No que tange à possibilidade de aplicação das *astreintes* na execução de título extrajudicial, o CPC/2015 destinou dois artigos para o tema: o art. 806⁵⁸ se encarregou das obrigações de entrega de coisa e o art. 814⁵⁹ das obrigações de fazer e de não fazer. É mister dizer que o Código de Processo Civil de 2015, repetindo a abordagem atribuída pelo CPC/1973 após as reformas legislativas, estabeleceu tratamento pormenorizado acerca das obrigações que admitem a aplicação da multa coercitiva, sejam oriundas de título judicial ou de título extrajudicial.

Diante de todo o exposto, percebe-se que a previsão legislativa das *astreintes* vem se desenvolvendo ao longo dos anos, conferindo a importância necessária ao tema, de modo a

⁵⁶ Art. 537. A multa independe de requerimento da parte e poderá ser aplicada na fase de conhecimento, em tutela provisória ou na sentença, ou na fase de execução, desde que seja suficiente e compatível com a obrigação e que se determine prazo razoável para cumprimento do preceito.

§ 1º O juiz poderá, de ofício ou a requerimento, modificar o valor ou a periodicidade da multa vincenda ou excluí-la, caso verifique que:

I – se tornou insuficiente ou excessiva;

II – o obrigado demonstrou cumprimento parcial superveniente da obrigação ou justa causa para o descumprimento.

§ 2º O valor da multa será devido ao exequente.

§ 3º A decisão que fixa a multa é passível de cumprimento provisório, devendo ser depositada em juízo, permitido o levantamento do valor após o trânsito em julgado da sentença favorável à parte. (Redação dada pela Lei nº 13.256, de 2016)

§ 4º A multa será devida desde o dia em que se configurar o descumprimento da decisão e incidirá enquanto não for cumprida a decisão que a tiver cominado.

§ 5º O disposto neste artigo aplica-se, no que couber, ao cumprimento de sentença que reconheça deveres de fazer e de não fazer de natureza não obrigacional.

⁵⁷ Art. 538. Não cumprida a obrigação de entregar coisa no prazo estabelecido na sentença, será expedido mandado de busca e apreensão ou de imissão na posse em favor do credor, conforme se tratar de coisa móvel ou imóvel.

§ 1º A existência de benfeitorias deve ser alegada na fase de conhecimento, em contestação, de forma discriminada e com atribuição, sempre que possível e justificadamente, do respectivo valor.

§ 2º O direito de retenção por benfeitorias deve ser exercido na contestação, na fase de conhecimento.

§ 3º Aplicam-se ao procedimento previsto neste artigo, no que couber, as disposições sobre o cumprimento de obrigação de fazer ou de não fazer.

⁵⁸ Art. 806. O devedor de obrigação de entrega de coisa certa, constante de título executivo extrajudicial, será citado para, em 15 (quinze) dias, satisfazer a obrigação.

§ 1º Ao despachar a inicial, o juiz poderá fixar multa por dia de atraso no cumprimento da obrigação, ficando o respectivo valor sujeito a alteração, caso se revele insuficiente ou excessivo.

§ 2º Do mandado de citação constará ordem para imissão na posse ou busca e apreensão, conforme se tratar de bem imóvel ou móvel, cujo cumprimento se dará de imediato, se o executado não satisfizer a obrigação no prazo que lhe foi designado.

⁵⁹ Art. 814. Na execução de obrigação de fazer ou de não fazer fundada em título extrajudicial, ao despachar a inicial, o juiz fixará multa por período de atraso no cumprimento da obrigação e a data a partir da qual será devida. Parágrafo único. Se o valor da multa estiver previsto no título e for excessivo, o juiz poderá reduzi-lo.

proporcionar um meio eficaz para “a materialização da tutela jurisdicional almejada pelo autor”, conforme as lições de Guilherme Rizzo Amaral⁶⁰.

3.3 HIPÓTESES DE CABIMENTO

Desde a vigência do Código de Processo Civil de 1973, a determinação sobre quais espécies de obrigações admitem a aplicação de *astreintes* gera discussões na doutrina e jurisprudência. A princípio, as controvérsias pairam sobre as obrigações fungíveis e infungíveis. Obrigações fungíveis são aquelas que podem ser realizadas por terceiro, posto que “a pessoa do devedor não possui relevância jurídica para o credor”⁶¹. Por outro lado, as obrigações infungíveis, de acordo com Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, são aquelas em que “obrigatoriamente só puder ser prestada pelo devedor”⁶², em razão de suas qualidades pessoais (*intuitu personae*).

O entendimento majoritário está no sentido de que as obrigações fungíveis permitem a utilização das *astreintes*, visto que a lei processual civil estabeleceu um largo âmbito de sua incidência, no sentido de privilegiar a concretização da tutela específica, o que deve ser entendido como autorização para a aplicação do instituto. No entanto, quanto às obrigações infungíveis, é certo que não admitem a aplicação da multa coercitiva devido ao caráter próprio da obrigação, o qual envolve certa inspiração e espontaneidade do devedor, de modo que a utilização do instituto violaria os seus direitos basilares da personalidade⁶³. Esse é o entendimento do STJ, embora venha sofrendo adaptações, tendo em vista que alguns Ministros da Corte já entendem ser possível a imposição de *astreintes* em obrigações infungíveis⁶⁴.

⁶⁰ AMARAL, Guilherme Rizzo. **As astreintes e o processo civil brasileiro**: multa do artigo 461 do CPC e outras. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 58.

⁶¹ MARZAGÃO, Newton Coca Bastos. **A multa (astreintes) na tutela específica**. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 119.

⁶² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**: obrigações, 10. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2016, p. 217

⁶³ Referimo-nos, aqui, ao entendimento de Luiz Guilherme Marinoni, o qual estabelece que: “[...] Há que se ter cautela quando da sua utilização [das *astreintes*] em relação a obrigações de conteúdo artístico, ou a obrigações que exijam do devedor algo que não é só pessoal, mas que também não é passível de controle por ele próprio, como a inspiração para cantar ou pintar um quadro. Na verdade, o devedor de uma obrigação deste porte pode invocar indisposição momentânea para se furtar não só a responsabilidade pelo inadimplemento como também à própria tutela específica”. MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela específica (arts. 461, CPC e 84, CDC)**, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 72-73.

⁶⁴ DIREITO CIVIL. EXECUÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER E NÃO FAZER. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ARTÍSTICOS CELEBRADO ENTRE EMISSORA DE TV E COMEDIANTE. QUEBRA DA CLÁUSULA DE EXCLUSIVIDADE. EMBARGOS DO DEVEDOR. INADIMPLEMENTO DE OBRIGAÇÃO PERSONALÍSSIMA. COBRANÇA DE MULTA COMINATÓRIA. CABIMENTO.

I – É admissível a aplicação de multa no caso de inadimplemento de obrigação personalíssima, como a de prestação de serviços artísticos, não sendo suficiente a indenização pelo descumprimento do contrato, a qual visa a reparar as despesas que o contratante teve que efetuar com a contratação de um outro profissional.

Superadas as controvérsias acerca da aplicação das *astreintes* nas obrigações fungíveis e infungíveis, serão expostas as modalidades de obrigações que comportam referido meio de coerção. Como visto, o Código de Processo Civil de 1973 estabeleceu alguns dispositivos que disciplinam sobre a aplicação de *astreintes* nas obrigações de fazer, não fazer e entrega de coisa. No mesmo sentido, o Código de Processo Civil de 2015 conferiu tratamento específico para as *astreintes* no cumprimento das aludidas obrigações.

Essas obrigações representam determinada prestação que o devedor deverá realizar em favor do credor, seja ela de caráter positivo ou negativo. As obrigações de fazer equivalem a uma prestação positiva do devedor, ou seja, elas se concretizam por meio da realização de atos de natureza física ou intelectual, fática ou jurídica⁶⁵. De outro modo, as obrigações de não fazer revelam o caráter negativo a ser observado pelo devedor, configurando uma abstenção, isto é, um dever omissivo por parte do devedor.

É importante registrar que as obrigações de fazer e de não fazer são derivadas tanto do direito público quanto do direito privado, de sorte que referidas obrigações têm procedimento próprio de execução, admitindo a fixação de *astreintes* a depender de sua natureza fungível ou infungível.

Nas palavras de Humberto Theodoro Júnior:

A jurisprudência erigida sob a égide do Código de 1973 entende que as obrigações de fazer e não fazer, exequíveis na forma do art. 461 daquele diploma (atual art. 536), não são apenas as derivadas de relações negociais privadas. Também aquelas originadas de deveres decorrentes da lei, no terreno tanto do direito privado, como do direito público, podem ser objeto de condenação e execução, sob o procedimento próprio do cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer.⁶⁶

As obrigações de entrega de coisa (ou obrigação de dar) também refletem uma prestação positiva a ser realizada pelo devedor, consistente “na entrega ao credor de um bem corpóreo, seja para transferir-lhe a propriedade, seja para ceder-lhe a posse, seja para restituí-la”⁶⁷.

II - Caso contrário, o que se teria seria a transformação de obrigações personalíssimas em obrigações sem coerção à execução, mediante a pura e simples transformação em perdas e danos que transformaria em fungível a prestação específica contratada. Isso viria a inserir caráter opcional para o devedor, entre cumprir ou não cumprir, ao baixo ônus de apenas prestar indenização. Recurso Especial provido.

(BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, TERCEIRA TURMA. **Recurso Especial (REsp) n.º 482.094/RJ**. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Data de julgamento: 20/05/2008. Data de publicação: 24/04/2009. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4092380/recurso-especial-resp-482094/inteiro-teor-12214677?ref=juris-tabs>. Acesso em: 25/10/2019.)

⁶⁵ POPP, Carlyle. **Execução de obrigação de fazer**. 1. Ed. Curitiba: Juruá, 2001, p. 87.

⁶⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. III. 50 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 166.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 197.

Quanto à possibilidade de aplicação de *astreintes* nas obrigações de pagar, a doutrina repudia a utilização desse instituto processual, vez que existe outro meio executivo eficaz para a satisfação de tal obrigação, qual seja: a penhora. Além disso, a fixação de multa para uma obrigação de pagar que já não vem sendo cumprida revela a sua ineficácia, o que certamente será ignorado pelo devedor. Neste sentido, Eduardo Talamini explica que “recorrer-se-ia à multa porque a execução monetária tradicional é inefetiva, mas o crédito advindo da multa seria exequível através daquele mesmo modelo inefetivo”⁶⁸.

Sendo assim, as hipóteses de cabimento da aplicação das *astreintes* pelo juiz se restringem às ações que abrangem as obrigações de fazer, não fazer e entrega de coisa, tendo em vista a expressa previsão legal sobre o tema nos códigos processuais civis brasileiros.

3.4 SUJEITOS ATIVO E PASSIVO

As partes processuais, seja autor ou réu da ação, têm deveres e ônus a serem respeitados durante o desenvolvimento do processo, sendo certo que devem agir com probidade, nos termos dos preceitos da boa-fé e da lealdade processuais. A atuação das partes deve ser voltada ao cumprimento do que é estipulado pelo magistrado, com vistas a garantir e dar efetividade ao direito do credor de determinada obrigação. Em vista disso, as partes são compelidas a atender aos deveres judiciais, sob pena de serem expostas a sanções.

É nesse sentido que as *astreintes* são utilizadas como meio de coerção, de sorte que alguns se beneficiam dela e outros amargam a sua cominação. O sujeito ativo das *astreintes* é o credor da obrigação, ou seja, é aquele que será beneficiado por sua fixação, pois esse meio ajudará na concretização de seu direito que foi reconhecido em juízo. Assim, a multa que foi imposta pelo descumprimento de decisão judicial será revertida em favor do credor da obrigação, a quem é conferida legitimidade para executar os valores fixados.

Com relação ao sujeito passivo das *astreintes*, certo é que ele é representado pelo devedor da obrigação, porquanto a decisão judicial tenha sido direcionada a ele, cujo dever está em realizar determinada ação ou se omitir de realizá-la para entregar ao credor o que lhe é de direito. A atribuição da multa cominatória ao devedor tem o escopo de estimular o cumprimento da obrigação mandamental, de modo a atingir o que lhe é de suma importância: o seu patrimônio.

Conforme o entendimento da doutrina e jurisprudência pátria, o sujeito passivo das *astreintes* não se restringe apenas aos indivíduos que compõem a relação processual, mas sim

⁶⁸ TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos direitos de fazer e de não fazer**. São Paulo: RT, 2001, p. 470.

alcança todo aquele a quem se dirigir uma ordem judicial⁶⁹. Além disso, o sujeito passivo engloba tanto as pessoas físicas como as pessoas jurídicas, sejam elas de direito público ou privado.

Nesse sentido, é fácil a percepção de que o Estado pode ser sujeito passivo das *astreintes*, nos casos em que o Poder Público se nega a cumprir de forma injustificada determinada ordem judicial. Isso, no entanto, será tratado em tópico próprio, tendo em vista a importância do tema para o presente trabalho.

3.5 CRITÉRIOS PARA FIXAÇÃO

As *astreintes* podem ser fixadas de ofício ou por meio de requerimento da parte, a qual, em regra, é credora da obrigação contemplada em juízo. Com a edição do CPC de 2015, a utilização das *astreintes* passou a ser uma imposição ao juiz, tendo ele o dever de empregar os mais variados mecanismos de coerção para possibilitar a entrega da prestação jurisdicional almejada pela parte. Diante disso, não há o que se falar em julgamento *ultra petita* ou na violação ao princípio da inércia (ou princípio dispositivo), visto que o magistrado somente estará definindo o melhor mecanismo para o cumprimento da obrigação, o que não corresponde à inovação quanto aos limites da provocação que foi realizada pelo demandante⁷⁰.

O estabelecimento das *astreintes* usualmente ocorre nas decisões interlocutórias ou nas sentenças, sendo certo que o magistrado tem liberdade para fazer uso de tal mecanismo executivo em qualquer momento do processo. Ademais, a multa coercitiva incidirá somente após o transcurso do prazo definido pelo juiz para o cumprimento da obrigação, não sendo plausível que ela produza efeitos de imediato.

Vale destacar que para a definição de seu valor é preciso observar dois critérios objetivos, quais sejam: a função das *astreintes* e a condição econômica do sujeito passivo. De início, o juiz deverá analisar se a multa coercitiva tem, em comparação com outros meios de coerção, alto potencial para intimidar o devedor, de modo a convencê-lo a cumprir com a obrigação

⁶⁹ Nesse sentido, ROMANO, Giliani Costa. O instituto da multa coercitiva (*astreintes*) no novo Código de Processo Civil. **Revista dos Tribunais**, vol. 967, 2016. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RTrib_n.967.15.PDF. Acesso em: 12/10/2019.

⁷⁰ Essa é a compreensão da majoritária doutrina, a qual não deixa dúvidas sobre a importância da fixação da multa coercitiva nos casos concretos. Faz-se menção a HARTMANN, Rodolfo Kronenberg. As *astreintes* e o seu tratamento pelo NCPC. Rio de Janeiro: **Revista EMERJ**, v. 14, n. 54, 2011, p. 230. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista54/Revista54_227.pdf. Acesso em: 23/08/2018.

imposta⁷¹. Outrossim, deve-se considerar a capacidade econômica do devedor, verificando os eventuais impactos causados pela multa em sua esfera patrimonial.

Segundo renomado entendimento na seara do processo civil⁷²:

Para que a multa coercitiva possa constituir autêntica forma de pressão sobre a vontade do demandado, é fundamental que seja fixada com base em critérios que lhe permitam alcançar o seu fim. [...] As *astreintes*, para convencer o réu a adimplir, devem ser fixadas em montante suficiente para fazer ver ao réu que é melhor cumprir do que desconsiderar a ordem do juiz. Para o adequado dimensionamento do valor da multa, afigura-se imprescindível que o juiz considere a capacidade econômica do demandado. Se a multa não surte os efeitos que dela se esperam, converte-se automaticamente em desvantagem patrimonial que recai sobre o demandado desobediente.

Analisando as peculiaridades do caso concreto, o juiz deve se basear nos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade para determinar o valor da multa, sendo que o montante não é limitado pelo valor da obrigação a ser realizada. Na lição de Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini⁷³:

O valor da multa será fixado de modo a que esta cumpra sua função de mecanismo de pressão sobre a vontade do devedor. Portanto, não se limita necessariamente ao valor da obrigação que está sendo executada. Há de ser um montante apto a abalar o devedor na sua deliberação de permanecer desatendendo o mandado executivo.

Com efeito, se o valor das *astreintes* for pequeno em comparação com o patrimônio do devedor, isso certamente provocará a frustração da medida, porque o prejuízo sofrido não causa sérios impactos em seu acervo patrimonial. Por outro lado, se o valor fixado superar em muito referido patrimônio, a medida adotada se tornará impossível e, com isso, não haverá o aproveitamento de que dela se espera.

Nesse ponto, é importante destacar a possibilidade de revisão do valor das *astreintes*, caso fique constatada que a medida é desproporcionalmente onerosa ao demandado ou em razão da sua ineficácia quanto ao cumprimento da obrigação. A legislação vigente permite, por meio da dicção do art. 537, §1º, do CPC, que o juiz, de ofício ou a requerimento da parte, tenha o poder de modificar o valor da multa.

⁷¹ Sob essa ótica, Sérgio Cruz Arenhart discorre que: “em primeiro lugar, é preciso ter em conta a função das *astreintes*: ameaçar o devedor. Se este é, de fato, o último escopo da medida, é certo que o valor deverá ser suficiente e adequado para obter este temor. [...] Tem-se, realmente, o potencial intimidador como o principal elemento valorativo, para a fixação da multa pecuniária”. ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela inibitória da vida privada**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 194.

⁷² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comentado**, 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 685.

⁷³ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**, volume 2: execução, 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 358.

A maior dúvida ao se admitir a revisão do valor das *astreintes* está na determinação dos efeitos que referida decisão terá no desenvolvimento da marcha processual. Alguns estudiosos entendem que a eficácia da decisão se opera de maneira *ex nunc*, isto é, não atinge os valores anteriormente fixados. De outro lado, há quem defenda que os efeitos da decisão são *ex tunc*, atingindo, assim, todo o montante já definido. Partilhamos do entendimento de que a redução somente pode ter efeitos retroativos até o momento em que ficar constatada a ineficácia ou onerosidade da medida⁷⁴.

Por derradeiro, o instituto das *astreintes* admite diferentes periodicidades para sua aplicação, podendo ser estabelecida de forma fixa, periódica ou progressiva. A multa fixa corresponde à incidência de um valor único para quando ocorrer o descumprimento do mandamento judicial. Já a multa periódica se reproduz em um intervalo igual de tempo, o qual pode ser diário, por semana, por mês, ou seja, pelo espaço de tempo que se mostrar adequado para o caso concreto. Por fim, a multa progressiva representa o aumento progressivo de seu valor de acordo com a conduta resistente do devedor.

3.5.1 Termo inicial e termo final de incidência

O termo inicial para a incidência das *astreintes* será estabelecido com a observância de dois requisitos: a intimação pessoal do devedor e o decurso do prazo fixado pelo juiz para o cumprimento da obrigação.

Primeiramente, a definição do *dies a quo* da multa coercitiva depende da intimação pessoal do devedor acerca da decisão que a fixar, não bastando a intimação de seu advogado constituído no processo. A intimação pessoal é indispensável para vincular a parte ao cumprimento da ordem judicial. Esse é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, o qual foi sedimentado pela edição da Súmula n.º 410, *in verbis*: “A prévia intimação pessoal do devedor constitui condição necessária para a cobrança de multa pelo descumprimento de obrigação de fazer ou não fazer.”⁷⁵.

⁷⁴ Esse entendimento coaduna-se com a percepção de Marinoni: “a diminuição do valor acumulado da multa somente é possível quando se chegou a esse valor por inércia do juiz, que, em determinando momento, deveria ter diminuído ou feito cessar a multa. Note-se que a multa deve cessar quando se verifica que o seu valor não mais conduzirá ao cumprimento da ordem, seja porque o seu valor assumiu a natureza de confisco do patrimônio do demandado, seja porque a coisa que se pretendia pereceu. Se a multa continuou eficaz, mesmo depois de ter se tornado potencialmente ineficaz no plano concreto, há que considerar o espaço de tempo em que não deveria ter incidido”. MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: RT, 2004, p. 520-521.

⁷⁵ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n.º 410**. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2014_38_capSumula410.pdf. Acesso em: 02/11/2019.

Além disso, o termo inicial tem estreita relação com o prazo fixado pelo juiz para o cumprimento da obrigação de maneira espontânea, de modo que somente após o transcurso desse prazo é que a multa coercitiva se torna obrigatória, produzindo efeitos no patrimônio do demandado.

Na lição de Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini⁷⁶:

O termo inicial da multa diária processual será fixado pelo juiz (caso já não previsto no título). Deverá ser estabelecido prazo razoável antes do início da sua incidência, tomando-se em conta as circunstâncias concretas: nem tão distante que torne inócua a tutela em prol do credor, nem tão próximo que se torne impossível para o devedor, mesmo que queira, satisfazer a obrigação sem que incida a multa.

Desse modo, depreende-se que o termo inicial das *astreintes* diz respeito ao momento imediatamente após o término do prazo estabelecido para o cumprimento da decisão judicial, sendo que esse prazo somente tem início com a intimação pessoal do devedor.

No que toca ao *dies ad quem* das *astreintes*, categoricamente será definido pelo momento do cumprimento da obrigação judicial, visto que a incidência da multa perdura até que a obrigação possa ser cumprida pelo devedor. Consoante a orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, a multa incidirá “enquanto não for cumprida a decisão que a tiver cominado”, nos exatos termos da redação do §4º do art. 537 do Código de Processo Civil.

3.5.2 Momento de exequibilidade

A exequibilidade da multa diz respeito ao momento em que ela pode ser executada pela parte beneficiária. Para determinar o momento em que se torna exigível, é preciso analisar se a decisão interlocutória ou a sentença que fixou as *astreintes* tem força executiva antes mesmo de seu trânsito em julgado. E isso nos leva ao estudo de dois entendimentos que são diametralmente opostos.

Alguns estudiosos sustentam o posicionamento de que as *astreintes* podem ser exigidas antes mesmo da prolação da decisão final de mérito do processo, ou seja, admitem a execução provisória da multa⁷⁷. Sob outro ponto de vista, há quem entenda não ser possível a execução

⁷⁶ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**, volume 2: execução, 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 359.

⁷⁷ Referimo-nos aqui a Sérgio Cruz Arenhart, para o qual: “A função, portanto, da multa é garantir a obediência à ordem judicial. Pouco importa se a ordem se justificava ou não; [...] Se, no futuro, aquela decisão será ou não confirmada pela decisão final da causa, isto pouco importa para a efetividade daquela decisão. Está em jogo, afinal, a própria autoridade do Estado. Não se pode, portanto, dizer que ocorreu *apenas* o inadimplemento de uma ordem do Estado-juiz. Ocorreu, em verdade, a transgressão a uma ordem, que se presume legal. Se o conteúdo desta ordem será, posteriormente, infirmado pelo exame final da causa, isto pouco importa para o cumprimento da ordem

provisória, posto que a sentença, depois de encerrada a instrução probatória, pode reconhecer que a parte beneficiária da multa não tem direito à pretensão levada a juízo⁷⁸.

Na sistemática do Código de Processo Civil de 1973, a execução das *astreintes* dependia da demonstração da decisão judicial que a cominou, bem como da comprovação da mora do devedor. A exigência do pagamento do *quantum* deveria ser feita por meio do procedimento de execução por quantia certa, de sorte que tal procedimento poderia acontecer tanto em medida antecipatória como após o trânsito em julgado da decisão que estabeleceu a multa⁷⁹. A jurisprudência, no entanto, argumentava que a execução dos valores deveria acontecer somente após o trânsito em julgado.

O art. 12, §2º⁸⁰, da Lei n.º 7.347/1985 – Lei da Ação Civil Pública – era o único dispositivo legal da época que tratava sobre a execução da multa coercitiva. Esse artigo estabelece que a multa apenas poderá ser exigida do devedor após o trânsito em julgado da decisão que for favorável ao seu beneficiário, ou seja, não sendo admitida a sua execução provisória. Para Rodolfo Hartmann, isso representa que,

Essa norma é indicativa de que o legislador optou, neste caso, em prestigiar a certeza da existência da obrigação ao exigir que primeiramente haja o trânsito em julgado da condenação, para que, somente após, o valor possa ser executado, até mesmo retroativamente, se for o caso. [...] Mas, por outro lado, este raciocínio acima gera o desprestígio deste meio de coerção, pois a ausência de exigibilidade imediata transformaria a mesma em, apenas, uma promessa, caso o demandado não tenha êxito na demanda. Em consequência, vem sendo permitida a execução imediata desses valores, conforme recomenda a melhor doutrina.⁸¹

Com a edição do novo Código de Processo Civil de 2015, a legislação processual estabeleceu orientação para permitir a execução provisória da multa, o que vem a coadunar com

em si.” ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela inibitória da vida privada**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 201.

⁷⁸ Nesse sentido, faz-se menção as palavras de Fredie Didier Júnior, as quais são citadas por Guilherme Pian: “[...] Somente quando o beneficiário da multa se tornar, ao fim do processo, o vencedor d demanda é que se fará jus à cobrança do montante. Assim o é porque a multa é apenas um meio, um instrumento que serve para garantir à parte a tutela antecipada do seu provável direito; dessa forma, se ao cabo do processo se observa que esse direito não é digno de tutela (proteção) jurisdicional, não faz sentido que o jurisdicionado, que não é merecedor da proteção jurisdicional (fim), seja beneficiado com o valor da multa (meio).”. DIDIER JR., 2011, p. 130 apud PIAN, Guilherme Germano. **Breve análise da execução das *astreintes* nas sentenças de improcedência**. Trabalho de Conclusão de Curso. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul, 2014, p. 21. Disponível em: http://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2018/09/guilhermo_pian_2014_2.pdf. Acesso em: 09/10/2019.

⁷⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. III. 50 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 176.

⁸⁰ Art. 12. § 2º: A multa cominada liminarmente só será exigível do réu após o trânsito em julgado da decisão favorável ao autor, mas será devida desde o dia em que se houver configurado o descumprimento. (BRASIL, 1985).

⁸¹ HARTMANN, Rodolfo Kronenberg. **A execução civil**, 2. Ed. Niterói: Impetus, 2011, p. 167-168.

os princípios da eficiência e celeridade processuais. De acordo com o art. 537, §3º, do CPC, essa execução provisória deverá ser promovida por meio de requerimento da parte beneficiária, devendo o juiz determinar que o devedor faça o depósito do seu valor em juízo, embora o levantamento do montante deve se dar somente após o trânsito em julgado da sentença que for favorável à parte.

Conclui-se, portanto, que permanece a regra de que o valor das *astreintes* somente deve ser executado após o trânsito em julgado da última decisão do processo em que é fixada, embora seja permitida a execução provisória da multa, nos termos do art. 537, §3º, do CPC.

3.6 APLICAÇÃO EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA

A possibilidade de aplicação das *astreintes* em ações envolvendo a Fazenda Pública é entendimento sedimentado pela jurisprudência, bem como pela doutrina majoritária. O apreço ao princípio da isonomia é uma das justificativas para a admissão do instituto contra as pessoas jurídicas de direito público, uma vez que, apesar do tratamento específico concedido ao Estado pelo ordenamento jurídico, o órgão judicial tem o dever de conferir tratamento de igualdade às partes processuais, segundo estabelece o artigo 139, I, do CPC de 2015.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, em especial, vem admitindo a fixação de *astreintes* contra ente estatal já há algum tempo⁸². A Corte Superior firmou entendimento no sentido de utilizar as *astreintes* como meio de coerção para o cumprimento de algumas obrigações de fazer e entrega de coisa, a depender da natureza jurídica da obrigação. Sendo

⁸² AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL. ART. 535 DO CPC E 106 DA LEI Nº 6.880/80. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. COMPETÊNCIA DO STF. OBRIGAÇÃO DE FAZER. DESCUMPRIMENTO. MULTA DIÁRIA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. POSSIBILIDADE. ACÓRDÃO RECORRIDO ASSENTADO EM FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS. COMPETÊNCIA DO STF. REVISÃO DE VALOR DA INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ. 1. Apesar de o agravante indicar a legislação federal supostamente violada, nas razões do recurso especial, não foi capaz de explicar, de forma clara e objetiva, como o acórdão recorrido teria malferido as aludidas normas. Incidência, por analogia, da Súmula 284/STF. 2. Este Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que é permitida a aplicação de multa diária contra a Fazenda Pública na medida em que reste caracterizado o atraso no cumprimento de obrigação de fazer, nos termos dos artigos 461 e 461-A do Código de Processo Civil. 3. A controvérsia dos autos, relativa ao cabimento de indenização por danos morais na espécie, foi apreciada pelo Tribunal a quo com fundamento de natureza eminentemente constitucional. Assim, não cabe a esta Corte examinar a questão, sob pena de usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal. 4. A revisão do valor fixado para danos morais, em recurso especial, é excepcional e está condicionada à ocorrência de condenações irrisórias ou exageradas, que ofendam a razoabilidade, o que não restou demonstrado neste caso. 5. Agravo regimental improvido. (BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, SEXTA TURMA. **Agravo Regimental em Recurso Especial (AgRg no REsp) n.º 993090 RS 2007/0232516-5**. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Data de julgamento: 18/11/2010. Data de publicação: 29/11/2010. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17577825/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-993090-rs-2007-0232516-5/inteiro-teor-17577826?ref=juris-tabs>. Acesso em: 03/11/2019.)

assim, não há dúvidas de que a jurisprudência, acertadamente, vem privilegiando a entrega da tutela jurisdicional específica, de modo a evitar abusos do Estado quanto ao descumprimento injustificado de seus deveres.

No mesmo sentido, podemos citar o Enunciado n.º 63 do FONAJEF (Fórum Nacional dos Juizados Especiais Federais), o qual representa a orientação dos magistrados na observância das *astreintes* como meio de coerção eficaz contra a Fazenda Pública, priorizando a sua adoção na ação judicial:

Cabe multa ao ente público pelo atraso ou não cumprimento de decisões judiciais com base no art. 461 do CPC, acompanhada de determinação para a tomada de medidas administrativas para a apuração de responsabilidade funcional e/ou por dano ao erário. Havendo contumácia no descumprimento, caberá remessa de ofício ao Ministério Público Federal para análise de eventual improbidade administrativa.⁸³

A admissão de tal instituto, no entanto, apresenta características bastante peculiares que diferem, em muito, ao seu emprego em face de pessoas física e jurídica de direito privado. A primeira delas reside no fato de que a execução da multa coercitiva se submete à sistemática do precatório e das requisições de pequeno valor. Isso se dá em decorrência da prerrogativa do Estado em ter determinado prazo para organizar seu orçamento e conseguir pagar as condenações que lhe são impostas em juízo.

Além disso, a exequibilidade da multa fixada em face da Fazenda Pública está submetida a procedimento de execução próprio, o qual deve seguir as disposições constantes nos arts. 534 e 535 do Código de Processo Civil. Sendo assim, para a execução de seu montante é necessário respeitar o trânsito em julgado da decisão que fixa as *astreintes*, não sendo possível a sua execução provisória.

Como bem ensina Leonardo José Carneiro da Cunha,

[...] O precatório é procedimento que alcança toda e qualquer execução pecuniária intentada contra a Fazenda Pública, independentemente da natureza do crédito ou de quem figure como exequente. Logo, a referida multa somente poderá ser exigida da Fazenda Pública após o trânsito em julgado da decisão que a fixar, mediante a adoção do processo de execução, seguido da expedição do precatório.⁸⁴

Essas particularidades, para pequena parcela da doutrina, representam um sério obstáculo para que as *astreintes* tenham efetividade em face do Estado. O argumento é baseado na concepção de que o fator coercitivo da medida é sensivelmente diminuído, tendo em vista o

⁸³ BRASIL, Fórum Nacional dos Juizados Especiais Federais (FONAJEF). **Enunciado n.º 63**. Disponível em: <https://artigojuridico.com.br/2017/09/10/enunciados-do-fonajef/>. Acesso em: 03/11/2019.

⁸⁴ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**, 8. ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 158.

longo caminho a ser percorrido até que o Estado veja ameaçado o seu patrimônio e, com isso, se sinta coagido a realizar o cumprimento da obrigação reconhecida em juízo.

A respeito disso, defensores de tal entendimento sugerem ser tolerável o direcionamento das *astreintes* ao agente público responsável pelo cumprimento da obrigação⁸⁵, posto que, diante da ameaça de ser responsabilizado pessoalmente pelo pagamento da multa, não haveria hesitação no cumprimento do que foi determinado pelo juiz.

A mencionada proposta, todavia, não deve prosperar. Primeiro, porque isso estaria contra os princípios do contraditório e do devido processo legal, uma vez que o agente público não é parte no processo. Segundo, porque a multa deve ser suportada pela pessoa jurídica de direito público para quem foi direcionado o comando judicial. Terceiro, e último, porque é sabido que o agente público será responsabilizado pela incidência da multa, por meio de ação de regresso, caso comprovada a sua conduta dolosa ou culposa no desatendimento do veredito.

Destarte, compreendemos que tal entendimento se baseia em argumentação rasa que está a deturpar a possibilidade de aplicação de *astreintes* em face da Fazenda Pública, de modo a fragilizar a eficácia desse meio de coerção. É mister dizer que seria necessária a existência de dispositivo legal que negue a possibilidade de aplicação das *astreintes* em face da Fazenda Pública para que seja desautorizado o emprego da referida multa.

Por todo o exposto, fica evidente a importância das *astreintes* como instituto eminentemente processual apto a conferir maior efetividade às decisões judiciais, sendo certo, inclusive, que a Fazenda Pública se submete à sua aplicação, o que, a rigor, representa uma forma para se evitar o cometimento de abusos por meio do descumprimento injustificado de seus deveres e obrigações.

⁸⁵ A esse respeito, aludimos ao entendimento de Fredie Didier Jr., Leonardo José Carneiro da Cunha, Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier.

4 O RECURSO ESPECIAL N.º 1.474.665/RS E SEUS EFEITOS JURÍDICOS

Neste capítulo se discorrerá acerca dos efeitos provenientes da consolidação do entendimento do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial n.º 1.474.665/RS, de modo a estabelecer uma íntima relação entre o direito à saúde – direito material – e as *astreintes* – direito processual. A inovação trazida por esse julgado está no sentido de autorizar a possibilidade de imposição de multa cominatória à Fazenda Pública nos casos de descumprimento de decisão judicial que exige o fornecimento de medicamentos a pacientes com doenças graves que sejam desprovidos de recursos financeiros.

A tese fixada por meio do Recurso Especial n.º 1.474.665/RS deixa clara a intenção da Corte Superior em conferir ampla proteção à saúde, tendo em vista o seu reconhecimento pela Constituição Federal de 1988 como direito fundamental social. Nesse sentido, é importante destacar como a imposição de multa diária aos entes públicos pode resultar em um meio de efetivação do direito à saúde, com vistas à exata aplicação do art. 196 da Carta Magna.

Em especial, serão analisados os argumentos utilizados para a interposição do recurso especial e a afetação desse recurso na seara jurídica brasileira, tendo em vista o seu julgamento em sede de recursos repetitivos. Por outro lado, a indagação procura esclarecer se não há outros meios para compelir o Estado a fornecer os medicamentos a pacientes com enfermidades graves, que gerem menor impacto aos cofres públicos, bem como provoquem a diminuição da judicialização do direito à saúde e o aumento do cumprimento das decisões judiciais.

4.1 RECURSO ESPECIAL

Os recursos representam os instrumentos processuais voltados à impugnação das decisões judiciais, como uma forma de possibilitar a reanálise da matéria de fato e de direito discutida em juízo. Para estabelecer o conceito sobre o que é um recurso, Daniel Amorim explica ser necessária a junção de cinco características essenciais, quais sejam:

- (a) voluntariedade;
- (b) expressa previsão em lei federal;
- (c) desenvolvimento no próprio processo no qual a decisão impugnada foi proferida;
- (d) manejável pelas partes, terceiros prejudicados e Ministério Público; e
- (e) com o objetivo de reformar, anular, integrar ou esclarecer decisão judicial.⁸⁶

⁸⁶ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processo civil – Volume único**, 10. ed, Salvador: Ed. Juspodivm, 2018, p. 1541-1542.

À vista do conceito de recurso, torna-se essencial estudar as generalidades sobre o recurso especial, o qual configura uma espécie do gênero “meios de impugnação das decisões judiciais”. O recurso especial foi instituído no ordenamento jurídico brasileiro com a edição da Constituição Federal de 1988, oportunidade em que se estabeleceu a criação do Superior Tribunal de Justiça (STJ). A competência da Corte Superior é direcionada ao julgamento dos recursos que versam sobre questões de direito federal infraconstitucional, representando controvérsia que envolva a aplicação e interpretação das normas que integram o direito local.

Sobre a importância do recurso especial na sistemática processual, Bernardo Pimentel Souza faz a seguinte constatação:

[...] O constituinte de 1988 transferiu para o Superior Tribunal de Justiça a missão de zelar pela integridade e pela uniformização da interpretação do direito federal infraconstitucional comum. E para a novel corte poder cumprir o importante encargo, foi instituído o recurso especial, que passou a ser a via processual adequada para submeter, à apreciação do Superior Tribunal, as ofensas à legislação federal perpetradas pelos tribunais de segundo grau, assim como os dissídios jurisprudenciais acerca da interpretação do direito federal infraconstitucional.⁸⁷

O artigo 105, III⁸⁸, da Carta Magna de 1988 disciplina sobre as especificidades do recurso especial, estabelecendo os casos em que se permite a interposição desse recurso, como também os seus pressupostos de admissibilidade. Esse dispositivo constitucional estipula os pressupostos cumulativos (art. 105, III, *caput*), os quais resultam nos critérios processuais que são imprescindíveis em todos os casos de interposição do recurso, bem como os pressupostos alternativos (art. 105, III, “a”, “b” e “c”), os quais dizem respeito aos fundamentos de mérito que justificam a utilização do recurso especial.

O texto do art. 105, III, *caput*, da CF dispõe sobre três pressupostos cumulativos: (i) decisão de única ou última instância; (ii) decisão proferida por Tribunal; (iii) prequestionamento. Primeiramente, ao utilizar a expressão “*única ou última instância*”, o mencionado artigo restringe as hipóteses de cabimento do recurso especial, sendo certo que sua aplicabilidade está condicionada ao esgotamento das vias recursais anteriores, devendo a parte, portanto, interpor

⁸⁷ SOUZA, Bernardo Pimentel. **Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória**, 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 619.

⁸⁸ Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

[...]

III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;

b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

todos os recursos ordinários antes da interposição do recurso especial. Nessa mesma lógica está o entendimento da Súmula n.º 207 do STJ: “É inadmissível recurso especial quando cabíveis embargos infringentes contra o acórdão proferido no tribunal de origem”.

A segunda exigência definida pelo art. 105, III, *caput*, da Constituição de 1988 está no sentido de que o recurso especial tem cabimento somente contra os julgados proferidos pelos tribunais de segunda instância que tratam das questões de direito federal, isto é, contra decisões proferidas pelos tribunais de justiça e pelos tribunais regionais federais. As decisões passíveis de interposição do recurso especial podem ser proferidas em ação de competência originária do tribunal – única instância – ou em sede de grau recursal – última instância. Sendo assim, o recurso especial não pode ser utilizado para impugnar as decisões dos juízes de primeiro grau, nem as decisões proferidas no julgamento dos recursos interpostos perante o Colégio Recursal dos Juizados Especiais.

Por último, o prequestionamento configura a exigência de que o objeto do recurso especial, isto é a matéria relativa à questão de direito, tenha sido previamente decidido pelos tribunais de segunda instância, devendo haver expressa menção de seu conteúdo no julgado recorrido. Com efeito, se a questão de direito foi suscitada pela parte em suas razões recursas para fins de sua revisão e o julgado recorrido não se manifestou sobre ela, certo é que não está satisfeito o requisito do prequestionamento. Nesse caso, será necessária a interposição de embargos de declaração, direcionados ao tribunal que proferiu o acórdão, para sanar o vício por omissão, nos termos do art. 1025 do Código de Processo Civil de 2015, configurando, portanto, o preenchimento do requisito do prequestionamento.

Preenchidos os três pressupostos cumulativos, também será preciso que a parte recorrente comprove que a sua insatisfação tem alicerce em pelo menos uma das alíneas do art. 105, III, da Constituição de 1988. A alínea “a” trata da decisão que contrariar ou negar vigência a tratado ou lei federal. A doutrina majoritária, ao analisar tal disposição legal, reconhece que o termo “*contrariar*” está no sentido de conferir interpretação diversa da finalidade da norma, enquanto “*negar vigência*” significa dizer que o órgão jurisdicional deixou de aplicar a norma que seria correta para a resolução da controvérsia levada a juízo. Para a interposição do recurso especial com fundamento na alínea “a” do art. 105, III, da CF é indispensável que ocorra a indicação do dispositivo legal federal que tenha sido violado pela decisão recorrida, tendo o Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que a ausência dessa indicação é causa que impossibilita a admissão do recurso.

Já a alínea “b” do art. 105, III, da Constituição Federal de 1988 estabelece o cabimento de recurso especial nos casos de decisão que julgar válido ato de governo local contestado em

face de lei federal. A expressão “*ato de governo local*” envolve os atos administrativos e normativos praticados pelos Poderes Executivo e Legislativo, no âmbito municipal e estadual, e pelo Poder Judiciário no âmbito estadual. Nesses casos, há uma ofensa direta a uma lei federal em favor da validade do ato de governo, o que repercute diretamente na competência atribuída ao STJ.

A hipótese de cabimento de recurso especial disciplinada na alínea “c” do art. 105, III, da Carta Magna tem relação com a importante função da Corte Superior em proporcionar a uniformização da interpretação da lei federal em todo o país, nos casos em que existir interpretação divergente entre diferentes tribunais. Conforme explicação de Daniel Amorim, a divergência admitida para fins de interposição do recurso especial é estabelecida entre:

- (a) tribunais de justiça de diferentes Estados;
- (b) tribunais regionais federais de diferentes regiões;
- (c) tribunais de justiça e tribunais regionais federais, mesmo que o Estado esteja na mesma região do Tribunal Regional Federal; e
- (d) tribunais de segundo grau e o próprio Superior Tribunal de Justiça.⁸⁹

Por oportuno, é mister dizer que o recorrente tem o dever de fazer a comparação analítica do julgado recorrido com o acórdão paradigma – proferido por outro tribunal – por meio da demonstração da existência de divergência das interpretações conferidas ao dispositivo de lei federal infraconstitucional. Essa demonstração deve refletir divergência que seja atual, bem como deve respeitar a previsão do art. 1029, §1º, do CPC de 2015⁹⁰.

4.1.1 Recurso especial repetitivo

O recurso especial repetitivo é procedimento recursal utilizado nos casos em que existe a multiplicidade de recursos especiais que versem sobre a mesma questão de direito, de modo que o Superior Tribunal de Justiça se manifesta para a imediata pacificação da interpretação do texto legal. Esse instituto processual é inovação recente na legislação brasileira, posto que somente veio a ser regulamentado pelo Código de Processo Civil de 1973, mais especificamente

⁸⁹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processo civil – Volume único**, 10. ed, Salvador: Ed. Juspodivm, 2018, p. 1725.

⁹⁰ Art. 1.029. O recurso extraordinário e o recurso especial, nos casos previstos na Constituição Federal, serão interpostos perante o presidente ou o vice-presidente do tribunal recorrido, em petições distintas que conterão:

[...]

§ 1º Quando o recurso fundar-se em dissídio jurisprudencial, o recorrente fará a prova da divergência com a certidão, cópia ou citação do repositório de jurisprudência, oficial ou credenciado, inclusive em mídia eletrônica, em que houver sido publicado o acórdão divergente, ou ainda com a reprodução de julgado disponível na rede mundial de computadores, com indicação da respectiva fonte, devendo-se, em qualquer caso, mencionar as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados.

em seu art. 543-C, com o advento da Lei n.º 11.672/2008. Na sistemática do novo CPC de 2015, o recurso especial repetitivo tem tratamento detalhado e condizente com a sua importância na resolução de idênticos conflitos judiciais, com previsão em seis artigos da lei processual (arts. 1036 a 1041).

Ao dispor sobre o julgamento dos recursos especiais repetitivos no Código de Processo Civil de 2015, Marinoni, Arenhart e Mitidiero exprimem que o procedimento, de maneira sucinta, passa por cinco estágios distintos:

- i) seleção de recursos fundados em idêntica controvérsia de direito (art. 1.036, CPC);
- ii) afetação da questão como repetitiva (art. 1.037, CPC);
- iii) instrução da controvérsia (art. 1.038, CPC);
- iv) decisão da questão repetida (art. 1.038, §3º, CPC);
- e v) irradiação dos efeitos da decisão para os casos repetidos (arts. 1.039 a 1.041, CPC).⁹¹

De acordo com o art. 1036, *caput*⁹², do CPC, o procedimento dos recursos especiais repetitivos sempre ensejará o julgamento por afetação. Essa regra é cogente, uma vez que os tribunais são obrigados a selecionar as “causas piloto” que serão levadas a julgamento. A escolha deve levar em consideração aqueles recursos que permitem uma análise mais ampla da questão jurídica, possibilitando abranger toda a argumentação e discussão que foi levada a juízo.

A respeito de como deve ser feita a seleção dos recursos especiais paradigmas, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery explicam:

A seleção do recurso representativo da controvérsia visa a proceder a julgamento mediante discussão ampla, lógica e com argumentos sólidos. Portanto, quando da seleção do recurso, tanto o presidente ou vice-presidente do tribunal *a quo* quanto o relator no tribunal *ad quem* deverá atentar para o tratamento da questão controvertida nas razões do recurso, para o que o CPC 1036 destaca a abrangência da argumentação

⁹¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comentado**, 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 1132.

⁹² Art. 1.036. Sempre que houver multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito, haverá afetação para julgamento de acordo com as disposições desta Subseção, observado o disposto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal e no do Superior Tribunal de Justiça.

§ 1º O presidente ou o vice-presidente de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal selecionará 2 (dois) ou mais recursos representativos da controvérsia, que serão encaminhados ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça para fins de afetação, determinando a suspensão do trâmite de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitem no Estado ou na região, conforme o caso.

§ 2º O interessado pode requerer, ao presidente ou ao vice-presidente, que exclua da decisão de sobrestamento e inadmita o recurso especial ou o recurso extraordinário que tenha sido interposto intempestivamente, tendo o recorrente o prazo de 5 (cinco) dias para manifestar-se sobre esse requerimento.

§ 3º Da decisão que indeferir o requerimento referido no § 2º caberá apenas agravo interno. (Redação dada pela Lei nº 13.256, de 2016)

§ 4º A escolha feita pelo presidente ou vice-presidente do tribunal de justiça ou do tribunal regional federal não vinculará o relator no tribunal superior, que poderá selecionar outros recursos representativos da controvérsia.

§ 5º O relator em tribunal superior também poderá selecionar 2 (dois) ou mais recursos representativos da controvérsia para julgamento da questão de direito independentemente da iniciativa do presidente ou do vice-presidente do tribunal de origem.

§ 6º Somente podem ser selecionados recursos admissíveis que contenham abrangente argumentação e discussão a respeito da questão a ser decidida.

e da discussão travada pelo recorrente. Do contrário, a discussão não poderá se dar da forma ampla e extensa que permite que todos os demais recursos repetitivos sejam abarcados pela decisão posterior.⁹³

Com a seleção dos recursos paradigmas, o relator dos recursos especiais repetitivos estabelece a afetação da questão de direito, bem como determina a suspensão dos processos que versem sobre a mesma controvérsia jurídica, consoante determina o art. 1037, *caput*, do CPC. A decisão de afetação indica com precisão a matéria de direito que será submetida a julgamento, o que vem a ser determinante para a definição dos processos que serão abarcados pelo efeito suspensivo e pela eficácia vinculante que o recurso precedente irá criar.

A suspensão dos processos é obrigatória e deve ser observada pelo tribunal de segunda instância, atingindo a todos os processos, independentemente da fase procedimental em que se encontram. A justificativa para a suspensão dos demais processos que versam sobre a mesma questão de direito é a de que o julgamento dos recursos especiais repetitivos tem eficácia *ultra partes*, atingindo tanto os processos individuais, quanto os coletivos.

Nos termos do art. 1037⁹⁴, §8º, do CPC de 2015, as partes dos processos sobrestados devem ser intimadas da decisão de suspensão proferida pelo órgão julgador, sendo certo que tal

⁹³ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado**, 17. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 2488.

⁹⁴ Art. 1.037. Selecionados os recursos, o relator, no tribunal superior, constatando a presença do pressuposto do caput do art. 1.036, proferirá decisão de afetação, na qual:

I - identificará com precisão a questão a ser submetida a julgamento;

II - determinará a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional;

III - poderá requisitar aos presidentes ou aos vice-presidentes dos tribunais de justiça ou dos tribunais regionais federais a remessa de um recurso representativo da controvérsia.

§ 1º Se, após receber os recursos selecionados pelo presidente ou pelo vice-presidente de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal, não se proceder à afetação, o relator, no tribunal superior, comunicará o fato ao presidente ou ao vice-presidente que os houver enviado, para que seja revogada a decisão de suspensão referida no art. 1.036, § 1º.

~~§ 2º É vedado ao órgão colegiado decidir, para os fins do art. 1.040, questão não delimitada na decisão a que se refere o inciso I do caput.~~ (Revogado pela Lei nº 13.256, de 2016)

§ 3º Havendo mais de uma afetação, será prevento o relator que primeiro tiver proferido a decisão a que se refere o inciso I do caput.

§ 4º Os recursos afetados deverão ser julgados no prazo de 1 (um) ano e terão preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de habeas corpus.

~~§ 5º Não ocorrendo o julgamento no prazo de 1 (um) ano a contar da publicação da decisão de que trata o inciso I do caput, cessam automaticamente, em todo o território nacional, a afetação e a suspensão dos processos, que retomarão seu curso normal.~~ (Revogado pela Lei nº 13.256, de 2016)

§ 6º Ocorrendo a hipótese do § 5º, é permitido a outro relator do respectivo tribunal superior afetar 2 (dois) ou mais recursos representativos da controvérsia na forma do art. 1.036.

§ 7º Quando os recursos requisitados na forma do inciso III do caput contiverem outras questões além daquela que é objeto da afetação, caberá ao tribunal decidir esta em primeiro lugar e depois as demais, em acórdão específico para cada processo.

§ 8º As partes deverão ser intimadas da decisão de suspensão de seu processo, a ser proferida pelo respectivo juiz ou relator quando informado da decisão a que se refere o inciso II do caput.

§ 9º Demonstrando distinção entre a questão a ser decidida no processo e aquela a ser julgada no recurso especial ou extraordinário afetado, a parte poderá requerer o prosseguimento do seu processo.

suspensão é impositiva e somente pode ser afastada nos casos de comprovação da distinção entre a questão de direito a ser decidida no processo e a que será julgada no procedimento de recurso repetitivo.

Em razão da importância da matéria a ser decidida pelo Superior Tribunal de Justiça, o art. 1037, §4º, do CPC estipulou o prazo de um ano para que ocorra o julgamento do recurso paradigma. Essa regra, ao privilegiar a celeridade e economia processuais, estabelece a preferência para o julgamento do recurso paradigma sobre os demais feitos que tramitam na Corte Superior, exceto sobre os processos que tratam de réu preso e de *habeas corpus*.

Como visto, a eficácia do julgamento do recurso especial paradigma é *ultra partes*, ou seja, atinge todos os processos em primeira, segunda e terceira instância que abordem a mesma questão de direito submetida à apreciação do STJ. Esse julgamento deve se ater a um procedimento especial em que haja a participação do órgão colegiado mais numeroso do Superior Tribunal de Justiça, a fim de que sobrevenha a imediata pacificação da interpretação da lei federal. Sendo assim, o julgamento do recurso especial representativo é de competência da seção especializada ou da Corte Especial do STJ, a depender da questão de direito levada a análise⁹⁵.

Findo o julgamento do recurso paradigma deverá ocorrer a publicação de seu acórdão no Diário de Justiça eletrônico, com o intuito de facilitar o acesso aos dados do julgado pelas partes, advogados, juízes e tribunais. Diante do acórdão paradigma, a redação do art. 1040⁹⁶ do

§ 10. O requerimento a que se refere o § 9º será dirigido:

I - ao juiz, se o processo sobrestado estiver em primeiro grau;

II - ao relator, se o processo sobrestado estiver no tribunal de origem;

III - ao relator do acórdão recorrido, se for sobrestado recurso especial ou recurso extraordinário no tribunal de origem;

IV - ao relator, no tribunal superior, de recurso especial ou de recurso extraordinário cujo processamento houver sido sobrestado.

§ 11. A outra parte deverá ser ouvida sobre o requerimento a que se refere o § 9º, no prazo de 5 (cinco) dias.

§ 12. Reconhecida a distinção no caso:

I - dos incisos I, II e IV do § 10, o próprio juiz ou relator dará prosseguimento ao processo;

II - do inciso III do § 10, o relator comunicará a decisão ao presidente ou ao vice-presidente que houver determinado o sobrestamento, para que o recurso especial ou o recurso extraordinário seja encaminhado ao respectivo tribunal superior, na forma do art. 1.030, parágrafo único.

§ 13. Da decisão que resolver o requerimento a que se refere o § 9º caberá:

I - agravo de instrumento, se o processo estiver em primeiro grau;

II - agravo interno, se a decisão for de relator. (BRASIL, 2015).

⁹⁵ Isso está disposto no art. 2º, *caput*, da Resolução n.º 8, de 2008, do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2008-ago-08/lei_impede_recurso_repetitivo_stj_entra_vigor. Acesso em: 10/11/2019.

⁹⁶ Art. 1.040. Publicado o acórdão paradigma:

I - o presidente ou o vice-presidente do tribunal de origem negará seguimento aos recursos especiais ou extraordinários sobrestados na origem, se o acórdão recorrido coincidir com a orientação do tribunal superior;

II - o órgão que proferiu o acórdão recorrido, na origem, reexaminará o processo de competência originária, a remessa necessária ou o recurso anteriormente julgado, se o acórdão recorrido contrariar a orientação do tribunal superior;

Código de Processo Civil de 2015 determina que o presidente ou vice-presidente do tribunal de segundo grau deverá decidir os recursos especiais suspensos, como também os processos suspensos em primeiro e segundo grau de jurisdição, os quais devem ser levados a julgamento, sendo certo que ocorrerá a aplicação da tese firmada pelo Superior Tribunal de Justiça pelo juiz singular ou órgão colegiado.

Ante ao que foi exposto, destaca-se que o procedimento dos recursos especiais repetitivos visa conferir celeridade e a pacificação da jurisprudência quanto à questão de direito de relevante importância na seara jurídica. Necessário ressaltar que essa sistemática tem como objetivo concretizar os princípios da celeridade na tramitação de processos, da isonomia de tratamento às partes processuais e da segurança jurídica. Assim, é clara a importância da utilização deste instituto processual como forma de combater o crescente fenômeno da judicialização da saúde, o que será abordado adiante.

4.2 ARGUMENTOS PARA A INTERPOSIÇÃO DO RECURSO ESPECIAL

A fundamentação utilizada pela parte recorrente para a interposição do recurso especial é de suma importância para a análise de todo o conteúdo do acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça no recurso especial n.º 1.474.665/RS. Diante disso, faz-se necessário apresentar o cenário jurídico que deu ensejo à interposição do mencionado recurso.

O recurso especial n.º 1.474.665/RS tem alicerce no caso de uma particular que, em razão de doença grave – glaucoma primário de ângulo aberto –, pleiteou o fornecimento do medicamento “Lumigan 0,03%” em face do Estado do Rio Grande do Sul, tendo em vista não ter condições financeiras para adquirir o remédio e ser ele imprescindível para o tratamento de sua enfermidade. A ação foi proposta perante a 5ª Vara Cível da comarca de Canoas/RS⁹⁷, tendo o pedido inicial sido julgado procedente, tornando definitiva a tutela antecipada, com a imposição de multa diária ao sujeito passivo se sobreviesse descumprimento da decisão judicial.

III - os processos suspensos em primeiro e segundo graus de jurisdição retomarão o curso para julgamento e aplicação da tese firmada pelo tribunal superior;

IV - se os recursos versarem sobre questão relativa a prestação de serviço público objeto de concessão, permissão ou autorização, o resultado do julgamento será comunicado ao órgão, ao ente ou à agência reguladora competente para fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos a regulação, da tese adotada.

§ 1º A parte poderá desistir da ação em curso no primeiro grau de jurisdição, antes de proferida a sentença, se a questão nela discutida for idêntica à resolvida pelo recurso representativo da controvérsia.

§ 2º Se a desistência ocorrer antes de oferecida contestação, a parte ficará isenta do pagamento de custas e de honorários de sucumbência.

§ 3º A desistência apresentada nos termos do § 1º independe de consentimento do réu, ainda que apresentada contestação.

⁹⁷ Autos n.º 0032361-46.2007.8.21.0008, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Irresignado com o referido *decisum*, o Estado do Rio Grande do Sul interpôs apelação, sendo o processo remetido a julgamento para a Vigésima Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Em suas razões recursais, o ente estatal alegou que a imposição de penalidade pecuniária é suportada pelos cofres públicos, de modo que isso provoca o eventual atraso no fornecimento dos medicamentos, o que desvirtua o objetivo almejado pela parte autora da ação, resultando, portanto, em uma medida inócua.

Por meio de decisão monocrática, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul defendeu a existência de outros meios coercitivos no sistema processual que estão à disposição do juiz e devem ser usados para o cumprimento das decisões judiciais. Nesse sentido, a relatora do caso asseverou que o descumprimento da decisão por pessoa jurídica de direito público deve ser combatido por meio de instrumentos de controle da Administração Pública, tais como a auditoria interna, ação popular e ação civil pública, bem como por meio da responsabilização, administrativa, civil e penal, do agente público responsável pelo cumprimento do mandamento judicial, inclusive devendo ele suportar os efeitos da multa cominada.

Por fim, salientou que a experiência forense demonstra que a fixação de *astreintes* ao Estado é meio destituído de coercitividade a que se destina, sendo certo que provoca custos desnecessários à sociedade como um todo. Deste modo, o recurso de apelação teve provimento integral para afastar a incidência de multa contra o Poder Público, conforme está a ementa do seu acórdão:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO. DECISÃO MONOCRÁTICA. JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE. TÉCNICA EXECUTIVA. PODER PÚBLICO. ASTREINTE. INEFICÁCIA.

De acordo com a jurisprudência dominante, a aplicação de *astreinte* ao Poder Público só acarreta custos desnecessários, revertidos injustificadamente ao particular, porque destituída da coercitividade a que se destina.⁹⁸

Na sequência, a recorrente manejou agravo regimental, mas a Vigésima Segunda Câmara Cível manteve a decisão unipessoal da relatora. Dessa decisão foi interposto o recurso especial com fundamento no art. 105, III, alíneas “a” e “c”, da Constituição Federal de 1988. O inconformismo da recorrente se deu no sentido de que o acórdão que afastou a fixação de *astreintes* em face da Fazenda Pública do Rio Grande do Sul provocou ofensa aos artigos 461 e 461-A, §3º, do Código de Processo Civil de 1973, uma vez que o Superior Tribunal de Justiça

⁹⁸ BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, VIGÉSIMA SEGUNDA CÂMARA CÍVEL. **Apelação cível (AC) n.º 0032361-46.2007.8.21.0008**. Relatora: Desembargadora Mara Larsen Chechi. Data de julgamento: 17/11/2008. Data de publicação: 12/12/2008. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>. Acesso em: 10/11/2019.

já havia firmado posicionamento no sentido de ser viável a possibilidade de cominação de multa contra o ente público. Destacou, portanto, a ocorrência de divergência jurisprudencial entre o acórdão recorrido e o entendimento da Corte Superior.

Nessa perspectiva, ficou reconhecida a plausibilidade da tese sustentada pela parte recorrente, porquanto a existência de inúmeros recursos que versam sobre a mesma questão de direito, o que foi determinante para o estabelecimento do processamento dos recursos especiais repetitivos, nos termos do art. 543-C do Diploma Processual Civil de 1973. Sendo assim, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul selecionou esse recurso especial como representativo da controvérsia, encaminhando-o ao Superior Tribunal de Justiça para julgamento da questão de direito.

4.3 O TEMA N.º 98 E A DECISÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Com a remessa do recurso especial paradigma ao STJ, os autos foram distribuídos para a Primeira Seção do Tribunal, especializada no processamento e julgamento dos feitos que versam sobre direito público. A questão de direito tratada no recurso foi identificada como “Tema n.º 98 do Superior Tribunal de Justiça”, aludindo à possibilidade de ser imposta a multa prevista no art. 461 do Código de Processo Civil de 1973, nos casos de descumprimento da obrigação de fornecer medicamentos exigida em face do Poder Público.

Pela análise dos autos do recurso especial n.º 1.474.665/RS, verifica-se que diversos estados da federação apresentaram manifestação como terceiros interessados, em razão de seu inegável interesse jurídico na resolução do conflito. A importância da questão de direito levada a julgamento é derivada, essencialmente, das consequências econômicas que o julgado tem sobre as políticas públicas, de modo a atingir diretamente os cofres do Estado.

Isso, por si só, pode ser visto como indicativo primordial do fenômeno da judicialização da saúde, visto que o Estado, há algum tempo, não vem atuando no sentido de proteger e dar efetividade a alguns direitos fundamentais dispostos na Carta Magna de 1988 sob a alegação de escassez dos recursos públicos. A consequência disso está na propositura de numerosas ações envolvendo a realização do direito à saúde, em especial àquelas em que se busca o fornecimento de medicamentos para enfermidades graves.

À vista disso, o Superior Tribunal de Justiça reformou, por unanimidade, a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, admitindo que é possível aplicar multa cominatória em face de ente estatal como forma de compeli-lo a fornecer

medicamento para indivíduos que, comprovadamente, não tenham recursos financeiros para arcar com o tratamento.

Esse é o entendimento fixado pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme se verifica na ementa do acórdão do recurso especial n.º 1.474.665/RS:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC/1973. AÇÃO ORDINÁRIA DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO PARA O TRATAMENTO DE MOLÉSTIA. IMPOSIÇÃO DE MULTA DIÁRIA (ASTREINTES) COMO MEIO DE COMPELIR O DEVEDOR A ADIMPLIR A OBRIGAÇÃO. FAZENDA PÚBLICA. POSSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO DO CONTEÚDO NORMATIVO INSERTO NO § 5º DO ART. 461 DO CPC/1973. DIREITO À SAÚDE E À VIDA.

1. Para os fins de aplicação do art. 543-C do CPC/1973, é mister delimitar o âmbito da tese a ser sufragada neste recurso especial representativo de controvérsia: possibilidade de imposição de multa diária (astreintes) a ente público, para compeli-lo a fornecer medicamento à pessoa desprovida de recursos financeiros.

2. A função das astreintes é justamente no sentido de superar a recalcitrância do devedor em cumprir a obrigação de fazer ou de não fazer que lhe foi imposta, incidindo esse ônus a partir da ciência do obrigado e da sua negativa de adimplir a obrigação voluntariamente.

3. A particularidade de impor obrigação de fazer ou de não fazer à Fazenda Pública não ostenta a propriedade de mitigar, em caso de descumprimento, a sanção de pagar multa diária, conforme prescreve o § 5º do art. 461 do CPC/1973. E, em se tratando do direito à saúde, com maior razão deve ser aplicado, em desfavor do ente público devedor, o preceito cominatório, sob pena de ser subvertida garantia fundamental. Em outras palavras, é o direito-meio que assegura o bem maior: a vida. Precedentes: AgRg no AREsp 283.130/MS, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 8/4/2014; REsp 1.062.564/RS, Relator Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJ de 23/10/2008; REsp 1.062.564/RS, Relator Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJ de 23/10/2008; REsp 1.063.902/SC, Relator Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, DJ de 1/9/2008; e AgRg no REsp 963.416/RS, Relatora Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, DJ de 11/6/2008.

4. À luz do § 5º do art. 461 do CPC/1973, a recalcitrância do devedor permite ao juiz que, diante do caso concreto, adote qualquer medida que se revele necessária à satisfação do bem da vida almejado pelo jurisdicionado. Trata-se do "poder geral de efetivação", concedido ao juiz para dotar de efetividade as suas decisões.

5. A eventual exorbitância na fixação do valor das astreintes aciona mecanismo de proteção ao devedor: como a cominação de multa para o cumprimento de obrigação de fazer ou de não fazer tão somente constitui método de coerção, obviamente não faz coisa julgada material, e pode, a requerimento da parte ou ex officio pelo magistrado, ser reduzida ou até mesmo suprimida, nesta última hipótese, caso a sua imposição não se mostrar mais necessária. Precedentes: AgRg no AgRg no AREsp 596.562/RJ, Relator Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, DJe 24/8/2015; e AgRg no REsp 1.491.088/SP, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, DJe 12/5/2015.

6. No caso em foco, autora, ora recorrente, requer a condenação do Estado do Rio Grande do Sul na obrigação de fornecer (fazer) o medicamento Lumigan, 0,03%, de uso contínuo, para o tratamento de glaucoma primário de ângulo aberto (C.I.D. H 40.1). Logo, é mister acolher a pretensão recursal, a fim de restabelecer a multa imposta pelo Juízo de primeiro grau (fls. 51-53).

7. Recurso especial conhecido e provido, para declarar a possibilidade de imposição de multa diária à Fazenda Pública. Acórdão submetido à sistemática do § 7º do artigo

543-C do Código de Processo Civil de 1973 e dos arts. 5º, II, e 6º, da Resolução STJ n. 08/2008.⁹⁹

Em seu voto, o relator do caso, Ministro Benedito Gonçalves, destacou que a Constituição de 1988 elevou a saúde à categoria de direito fundamental, de modo que a legislação infraconstitucional – Lei n.º 8.080/1990 – veio a regulamentar o texto constitucional ao consolidar o Sistema Único de Saúde. A partir da análise do art. 7º da referida lei, o Ministro sustentou que “o SUS foi criado para garantir a assistência à saúde em nível federal, estadual e municipal”, sendo certo que todos que dele necessitam devem ser tratados com dignidade, razão pela qual deve ser fornecido o tratamento/medicamento adequado às peculiaridades para a cura da enfermidade, não importando o grau de sua complexidade.

Sob esse enfoque, o Ministro Benedito Gonçalves ressaltou a importância das *astreintes* como forma de preservar as garantias fundamentais do direito à saúde e à vida, bem como a efetividade da tutela judicial. Nas sábias palavras do relator,

[...] Convém alertar que, em se tratando do direito à saúde, com maior razão deve ser aplicado, em desfavor do ente público recalcitrante, o preceito cominatório [as *astreintes*], sob pena de ser subvertida garantia fundamental. Em outras palavras, é o direito-meio que assegura o bem maior: a vida.

[...]

Infere-se que o legislador, ao conferir ao magistrado a cognominada “cláusula geral executiva” [art. 461, §5º, do CPC/1973], fê-lo no sentido de conceder a ele o poder de dar efetividade às suas decisões judiciais, para, em último plano, assegurar ao jurisdicionado o direito de receber a prestação jurisdicional efetiva (art. 5º, LIV, da Constituição Federal).

No mesmo sentido está o voto-vista da Ministra Assusete Magalhães, no qual se sustentou que a imposição de multa coercitiva contra o ente público independe do efetivo descumprimento da ordem judicial, uma vez que tal mecanismo tem o objetivo de desestimular atos contrários da parte para a efetivação da tutela jurisdicional. A esse respeito, destaca-se o seguinte trecho do voto:

[...] É possível a imposição de multa diária, com fundamento no art. 461, §5º, do CPC/73, para compelir o recorrido a cumprir obrigação de fazer ou de não fazer, no caso, para assegurar a aquisição de medicamento, em cumprimento a decisão judicial, a pessoa que dele necessite, com risco de grave comprometimento da saúde do demandante.

[...]

Assim, não procede a alegação do ora recorrido [Estado do Rio Grande do Sul], no sentido de que não seria cabível a imposição de multa, “sem que haja o

⁹⁹ BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial (REsp) 1474655 RS**. Relator: Ministro Benedito Gonçalves. Data de julgamento: 26/04/2017. Data de publicação: 22/06/2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201402074797>. Acesso em: 10/11/2019.

descumprimento da medida”. Como visto, a fixação da multa tem, como objetivo, justamente desencorajar o descumprimento da obrigação.

Além disso, ainda que a título de **obiter dictum**, é importante destacar que, no curso do presente julgamento, entrou em vigor o Código de Processo Civil de 2015, que manteve, na essência, as mesmas condições para a imposição de **astreintes**.

[...]

Assim, mesmo diante da superveniência do CPC/2015, não vislumbro motivos para alterar o entendimento exposto acima, no sentido de que é possível a imposição de multa diária, com fundamento no art. 461, §5º, do CPC/73 – atual art. 536 e §1º, do CPC/2015 –, para compelir a Fazenda Pública a cumprir obrigação de fazer ou de não fazer.

Com efeito, ficou claro que, embora a decisão tenha sido fundamentada com dispositivos provenientes do Código de Processo Civil de 1973, tendo em vista a interposição do recurso especial à época de sua vigência, a imposição de *astreintes* em face da Fazenda Pública direcionada ao fornecimento de medicamentos está em conformidade com a sistemática do novo código processual.

O Superior Tribunal de Justiça certificou, em 02/07/2018, o trânsito em julgado do recurso especial n.º 1.474.665/RS, representativo da controvérsia repetitiva descrita no Tema n.º 98, cuja tese foi firmada nos seguintes termos: “Possibilidade de imposição de multa diária (*astreintes*) a ente público, para compeli-lo a fornecer medicamento à pessoa desprovida de recursos financeiros”.

4.4 EFEITOS DO RECURSO ESPECIAL N.º 1.474.665/RS

O entendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça no recurso especial n.º 1.474.665/RS representa um avanço jurisprudencial muito importante para o cenário jurídico da atualidade. Analisar os efeitos jurídicos decorrentes do aludido recurso é verificar se o Estado, quando da aplicação da multa coercitiva, executa a decisão judicial de maneira espontânea.

À luz do julgado, ficou evidente que a Corte Superior demonstra apreço aos direitos à saúde e à vida, buscando garantir os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988. Afastando a noção de que o Estado é intocável e não pode ser compelido durante a marcha processual, a imposição da multa coercitiva privilegia a redação do art. 196 da Carta Magna, a qual estabelece o dever prestacional do ente público quanto ao emprego de ações e serviços de proteção e realização do direito à saúde.

A tese fixada com o julgamento do recurso especial n.º 1.474.665/RS trouxe esperanças de que o Estado, de forma voluntária, cumpriria com a obrigação judicial, fornecendo ao indivíduo o medicamento pleiteado na ação judicial. Isso, em verdade, se deve ao fato de que o ente público, ao ver ameaçado o seu patrimônio, não consideraria outra alternativa a não ser

promover a entrega ao indivíduo daquilo que lhe é de direito, no caso, o fármaco indispensável ao tratamento de sua enfermidade.

A submissão ao instituto das *astreintes* representa uma forma para se evitar que o Estado pratique abusos aos direitos dos cidadãos por meio do descumprimento injustificado de seus deveres e obrigações dispostos no texto constitucional e nas legislações infraconstitucionais.

Apesar de difícil mensuração, verifica-se que os efeitos decorrentes do REsp n.º 1.474.665/RS no campo jurídico ainda são incipientes. Com efeito, ainda são recorrentes os casos em que, apesar do magistrado aplicar a multa coercitiva ao ente público, há o descumprimento e desrespeito no fornecimento de medicamento ao paciente. Destaca-se, *verbi gratia*, alguns julgados proferidos pelo juízo da 1ª Vara da Fazenda Pública e Autarquias de Uberlândia/MG que refletem essa realidade¹⁰⁰. A rigor, não são raras as situações em que a inércia do Estado no cumprimento da obrigação que contempla o direito à saúde provoca danos irreversíveis à vida de quem necessita do fármaco¹⁰¹.

O argumento utilizado pelo Estado para atenuar a sua responsabilidade no cumprimento de obrigação judicial que estabelece o fornecimento de medicamentos é de que as normas da Constituição que dispõem sobre o direito à saúde e o Sistema Único de Saúde são programáticas, ou seja, apesar de possuírem capacidade para produzir efeitos, por sua natureza, necessitam de outra lei que as regulamente. Além disso, sustenta-se que o Poder Público não possui recursos financeiros suficientes para arcar com todas as necessidades de seus cidadãos, de modo que o acolhimento da pretensão de uma única pessoa pode comprometer o atendimento de toda a população.

Contudo, sustentar tais argumentos é alegar a própria torpeza, uma vez que se coloca em risco os direitos à saúde e à vida por conta, principalmente, da omissão dos governantes no cumprimento das políticas públicas. O Estado deve zelar pela existência e bem-estar de sua

¹⁰⁰ Na ação civil pública de n.º 0635325-56.2015.8.13.0702, o juízo determinou que o ente municipal entregasse à demandante remédios para o tratamento de transtorno depressivo recorrente e de transtorno de ansiedade. Havendo o descumprimento na entrega dos fármacos, foi fixada *astreintes* como meio para compelir o demandado a dar cumprimento à obrigação de fazer. Apesar disso, injustificadamente, o município se manteve inerte, em nítido desrespeito à ordem judicial. (Disponível em: https://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_resultado.jsp?comrCodigo=702&numero=1&listaProcessos=15063532&btn_pesquisar=Pesquisar. Acesso em: 13/11/2019.)

¹⁰¹ À título de exemplificação, nos autos da ação n.º 0860436-58.2015.8.13.0702 foi proferida decisão para que o Município de Uberlândia fornecesse o remédio Omalizumab a determinada paciente para o tratamento de asma. Alegando que o acolhimento da pretensão relativa a apenas uma paciente em detrimento da coletividade e das políticas públicas já implementadas pode comprometer o planejamento orçamentário municipal, o ente público se manteve inerte quanto ao cumprimento da decisão judicial, o que foi causa determinante para o agravamento do quadro clínico da demandante, resultando em seu falecimento. (Disponível em: https://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_movimentacoes.jsp?comrCodigo=702&numero=1&listaProcessos=15086043. Acesso em: 13/11/2019.)

população, oportunizando uma vida digna com a garantia de saúde física e mental aos cidadãos, nos termos do que determina o princípio da dignidade da pessoa humana. Sendo assim, nos casos de comprovada imprescindibilidade do uso dos medicamentos e de sua impossibilidade de custeio pelo próprio paciente, o Estado deve atuar no sentido de dispender todos os esforços para a salvaguarda da saúde e da vida.

Por outro lado, também é importante destacar que o recurso especial em análise ainda não representa um meio efetivo a se evitar o fenômeno da judicialização da saúde, posto que a cada dia as demandas relativas ao direito à saúde só tendem a aumentar devido às crises econômica, política e social que transpassam o território nacional. Aliado a isso, estão as ineficientes gestões sobre os recursos e políticas públicas, diminuindo drasticamente boa parte do orçamento a ser direcionado para a concretização dos direitos sociais fundamentais.

Deste modo, conclui-se que, apesar de ser possível a imposição de multa ao Estado por descumprimento da obrigação em fornecer medicamento a determinado paciente, os efeitos decorrentes do recurso especial n.º 1.474.665/RS ainda são incipientes e revelam que o Poder Judiciário ainda terá muito trabalho na resolução dos conflitos que envolvam a tutela do direito fundamental à saúde.

4.5 OUTROS MEIOS COERCITIVOS PARA A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

Apesar de inegável a importância das *astreintes* como meio coercitivo aplicado contra o Estado, é importante destacar que existem outros instrumentos de coerção que podem ser empregados pelo juiz no desenvolvimento da ação judicial. Como visto, os efeitos decorrentes da aplicação de multa cominatória ao Estado em ações que envolvem a tutela do direito à saúde ainda são iniciais. Isso, de certa forma, acarreta a insegurança jurídica quanto à efetivação da saúde, bem como do direito à vida.

Verificada a resistência do ente público em cumprir com a obrigação judicial, mesmo após a fixação das *astreintes*, o juiz deverá adotar outros meios para compelir a entrega do fármaco ao paciente. Nesse sentido, a redação do art. 536 do CPC é clara ao permitir que o juiz determine todas as medidas que entender necessárias para o cumprimento de obrigação de fazer, não fazer ou de entregar coisa estipulada em decisão judicial.

Feitas tais considerações, apresentar-se-á, de forma superficial, dois meios de coerção mais empregados em ações contra a Fazenda Pública: o bloqueio judicial e a busca e apreensão.

Em larga escala, alguns juízes utilizam do bloqueio de valores nas contas do Estado para assegurar o fornecimento de medicamentos a pessoa que dele necessite¹⁰². O bloqueio representa um dos meios mais rápidos e eficientes para a concretização do direito à saúde. Para se ter uma breve noção a respeito, o bloqueio judicial pode ocorrer em até um dia útil após a emissão do *decisum*, sendo efetuado por meio do Bacen-Jud, sistema gerido pelo Banco Central.

Outrossim, os bloqueios compõem melhor os interesses das partes processuais, visto que, de um lado, viabilizam a aquisição do medicamento, satisfazendo os interesses da parte demandante e, de outro, evitam a cominação de *astreintes* ao Estado. Para a concretização da entrega do medicamento ao paciente, após o bloqueio do valor necessário à sua compra, o dinheiro é disponibilizado em uma conta vinculada ao juízo para que a parte consiga adquirir o produto. Além disso, é necessário ressaltar que, para fins de emprego justo e efetivo do dinheiro público, a parte beneficiária deverá realizar a prestação de contas sobre a compra do fármaco.

Por outro lado, não cumprida a obrigação de entregar o medicamento no prazo fixado no *decisum*, poderá ser determinada a expedição do mandado de busca e apreensão do fármaco. No entanto, essa hipótese apenas poderá ocorrer nos casos em que o produto se encontra retido nos estoques do Poder Público. Geralmente, isso somente tem relação com os medicamentos incorporados ao SUS através da lista do RENAME, o que significa dizer que essa possibilidade é excepcional por referida lista não abranger todas as moléstias mais relevantes e prevaletentes que atingem determinadas localidades.

Destarte, além das *astreintes*, é possível adotar outros meios coercitivos para alcançar a efetivação do direito à saúde. A depender do caso concreto, o juiz deverá adotar todas as medidas necessárias para que o Estado cumpra com o seu dever constitucional de guardião e responsável pela adoção de ações voltadas à concretização do direito à saúde.

¹⁰² Refere-se aqui sobre a ação de n.º 3023-30.2017.4.01.3803 proposta perante a 2ª Vara Federal de Uberlândia/MG. Trata-se de cumprimento provisório de sentença em que, após longos seis meses de inércia da Fazenda Pública municipal, estadual e federal quanto ao fornecimento do fármaco Ofeve (Nintedanibe) 150 mg a paciente com grave enfermidade, foi determinado o bloqueio das verbas públicas para a aquisição do medicamento. (Disponível em: <https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php>. Acesso em: 13/11/2019.)

CONCLUSÃO

A partir dos estudos apresentados no presente trabalho ficou evidente a importância da evolução da regulamentação dos direitos sociais nas constituições brasileiras, de modo que o legislador originário concedeu o status de direito fundamental social para a saúde. Nessa perspectiva, é possível compreender que a proteção conferida ao direito à saúde representa uma conquista histórica e social que está diretamente relacionada com a promoção de uma vida digna e saudável.

Sob essa perspectiva, não podemos deixar de ressaltar a importância do princípio da dignidade da pessoa humana na concretização do direito à saúde e à vida. A Constituição Federal de 1988, ao dispor sobre a dignidade da pessoa humana, acertadamente colocou o homem no elevado patamar de fundamento de todo o ordenamento jurídico, direcionando ao Estado os deveres de proteção e realização dos direitos fundamentais.

Dito isso, o Estado tem a obrigação de proporcionar aos cidadãos os meios para a efetivação de direitos sociais básicos. Por essa razão é que o direito à saúde necessita assumir uma posição preferencial no desenvolvimento das políticas públicas, tendo em vista que não é aceitável a ideia de existência sem a devida saúde, nem de saúde sem uma existência digna.

Atualmente a população está cada vez mais consciente sobre seus direitos, o que é uma das causas determinantes para o crescimento dos conflitos jurisdicionais que buscam a garantia do direito fundamental à saúde. Somado a isso, a insatisfação popular com as ineficientes políticas sociais leva o cidadão a procurar o Poder Judiciário para a concretização de suas necessidades vitais.

É nesse cenário que as *astreintes*, como meio eminentemente processual, assumem papel relevante na busca pela efetivação do direito material tutelado em juízo. Identificamos que a multa é um meio de execução indireta que não possui finalidade sancionatória, mas sim tem o objetivo de provocar influência na vontade do demandado, levando-o a conclusão de que o cumprimento voluntário da obrigação é o melhor caminho a ser seguido na ação judicial.

Como visto, além dos particulares, o Estado também está sujeito à aplicação da multa coercitiva, representando que, apesar do tratamento específico que a legislação brasileira concede às pessoas jurídicas de direito público, o órgão judicial precisa proporcionar tratamento de igualdade às partes processuais para que os primados da justiça e da isonomia sejam respeitados durante o desenvolvimento da marcha processual.

Nesse sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, com louvável acerto, já vinha admitindo a fixação de *astreintes* contra ente público, como uma forma de coibir abusos

no descumprimento injustificado dos deveres estatais. O entendimento consolidado através do o julgamento do recurso especial n.º 1.474.665/RS, em sede de recursos repetitivos, inovou ao permitir a aplicação de multa coercitiva em face do Estado, especificamente para as demandas que envolvem o direito à saúde.

Concluimos, pois, que a tese fixada pelo Superior Tribunal de Justiça demonstra apreço aos direitos fundamentais, vez que busca a concretização da saúde e da vida para pacientes que possuem enfermidade grave e que não possuem recursos financeiros para arcar com o seu tratamento. Ressalta-se que esse entendimento provoca a mitigação da teoria da reserva do possível, argumentação utilizada pelo Estado para justificar o descumprimento das decisões judiciais, em prol do princípio do mínimo existencial, o qual busca resguardar a efetivação de direitos básicos que proporcionem o desenvolvimento de uma vida saudável aos cidadãos.

Ao analisar os efeitos jurídicos do recurso especial n.º 1.474.655/RS, verificou-se que os seus resultados ainda são incipientes, de sorte que ainda podem ser encontradas ações judiciais em que a Fazenda Pública, mesmo após a fixação das *astreintes*, não entrega o fármaco ao indivíduo. Por outro lado, também foi constatado que o recurso especial ainda não representa um meio efetivo a se evitar o fenômeno da judicialização da saúde, uma das causas se deve à má gestão dos recursos e das políticas públicas, o que a cada dia leva ao aumento das demandas relativas ao direito à saúde, resultando na sobrecarga de trabalho do Poder Judiciário e provocando gastos aos cofres do Estado.

Ante ao exposto, foram apresentados dois meios coercitivos que também podem ser utilizados para a efetivação do direito à saúde. O bloqueio judicial vem sendo bastante utilizado pelos juízes como meio rápido e eficaz na entrega dos medicamentos. Além disso, a busca e apreensão também pode resultar na concretização do direito à saúde, embora esteja restrita a casos específicos.

Procuramos apresentar e responder algumas das indagações resultantes da aplicação da multa coercitiva em face da Fazenda Pública como meio a possibilitar a efetivação do direito à saúde. Deixamos aqui algumas reflexões que merecem atenção e devem ser objeto de discussão entre a população e o Poder Público para o enfrentamento do problema da judicialização da saúde e do descumprimento das decisões judiciais pelo Estado.

Por fim, acrescentamos que somente por meio de uma atuação consciente e perspicaz dos governantes, no que tange ao planejamento e à realização de políticas públicas que favoreçam a concretização do direito à saúde, é que se controlará a propositura de inúmeras demandas que sobrecarregam o Poder Judiciário, bem como o impacto orçamentário que este fenômeno causa nas contas públicas.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVES, Cândice Lisbôa. **Direito à saúde: Efetividade e Proibição do Retrocesso Social**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2013.

AMARAL, Guilherme Rizzo. **As astreintes e o processo civil brasileiro: multa do artigo 461 do CPC e outras**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

ARENHART, Sérgio Cruz. **A doutrina brasileira da multa coercitiva – três questões ainda polêmicas**. Disponível em: <http://www.unifafibe.com.br/revistasonline/arquivos/revistajuridicafafibe/sumario/5/14042010171201.pdf>. Acesso em: 23/08/2018.

ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela inibitória da vida privada**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

ASSIS, Araken de. **Manual da execução**. 13. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**, 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Temas de direito constitucional – tomo IV**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil**, de 25 de março de 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 28/09/2019.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em: 28/09/2019.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de 16 de julho de 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 28/09/2019.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de 10 de novembro de 1937. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em: 28/09/2019.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de 18 de setembro de 1946. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: 28/09/2019.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 28/09/2019.

_____. **Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Código de Processo Civil. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-5869-11-janeiro-1973-357991-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 20/10/2019.

_____. **Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm. Acesso em: 02/10/2019.

_____. **Lei n.º 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Lei Orgânica da Saúde. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm. Acesso em: 02/10/2019.

_____. **Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 20/10/2019.

_____, Ministério da Saúde. **Relatório Final da 8ª Conferência Nacional de Saúde**. Brasília, 1986. Disponível em: http://bvsmis.saude.gov.br/bvs/publicacoes/8_conferencia_nacional_saude_relatorio_final.pdf. Acesso em: 28/09/2019.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 2. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional Positivo**. 22. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2017.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**, 8. ed. São Paulo: Dialética, 2010.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: obrigações**, 10. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

FUCHS, Angela Maria Silva; FRANÇA, Maira Nani; PINHEIRO, Maria Salete de Freitas. **Guia para normalização de publicações técnico-científicas**. Uberlândia: EDUFU, 2013.

HARTMANN, Rodolfo Kronenberg. **A execução civil**, 2. Ed. Niterói: Impetus, 2011.

_____. As astreintes e o seu tratamento pelo NCPD. Rio de Janeiro: **Revista EMERJ**, v. 14, n. 54, 2011. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista54/Revista54_227.pdf. Acesso em: 23/08/2018.

INSPER, **Judicialização da saúde dispara e já custa R\$ 1,3 bi à União**. Disponível em: <https://www.insper.edu.br/conhecimento/direito/judicializacao-da-saude-dispara-e-ja-custa-r-13-bi-a-uniao/>. Acesso em: 10/09/2019.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. São Paulo: RT, 2004.

_____. **Tutela específica (arts. 461, CPC e 84, CDC)**, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comentado**, 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**, 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MARZAGÃO, Newton Coca Bastos. **A multa (astreintes) na tutela específica**. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

MESQUITA, José Ignacio Botelho de. **Breves considerações sobre a exigibilidade e a execução das astreintes**. Revista Jurídica, ano 53, n. 338, Porto Alegre: Notadez, dez. 2005.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**, vol. IV, 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2000.

MICHAELIS. **Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa**. Significado de saúde. In: Michaelis. [s.l.] 2019. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/sa%C3%BAde>. Acesso em: 28/09/2019.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado**, 17. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processo civil – Volume único**, 10. ed, Salvador: Ed. Juspodivm, 2018.

PIAN, Guilherme Germano. **Breve análise da execução das astreintes nas sentenças de improcedência**. Trabalho de Conclusão de Curso. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul, 2014. Disponível em: http://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2018/09/guilhermo_pian_2014_2.pdf. Acesso em: 09/10/2019.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Comentários à Constituição de 1967**. São Paulo: Ed. RT, 1967. t. IV.

POPP, Carlyle. **Execução de obrigação de fazer**. 1. Ed. Curitiba: Juruá, 2001.

ROCHA, Julio Cesar de Sá da. **Direito da Saúde: direito sanitário na perspectiva dos interesses difusos e coletivos**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

ROMANO, Giliani Costa. O instituto da multa coercitiva (astreintes) no novo Código de Processo Civil. **Revista dos Tribunais**, vol. 967, 2016. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RTrib_n.967.15.PDF. Acesso em: 12/10/2019.

SILVA, Michelle Emanuella de Assis. Direito à saúde: Evolução histórica, atuação estatal e aplicação da teoria de Karl Popper. **Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos**, v. 9, n. 2, 8 jun. 2017. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/view/12251>. Acesso em: 10/09/2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. rev. Atual. E ampl. 2. tir.; Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SOUZA, Bernardo Pimentel. **Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisório**, 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

TALAMINI, Eduardo. **Tutela relativa aos direitos de fazer e de não fazer**. São Paulo: RT, 2001.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. I. 57 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

_____. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. III. 50 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

VALOR, **Judicialização na saúde cresce 130% em quase 10 anos, aponta CNJ**. Disponível em: <https://valor.globo.com/brasil/noticia/2019/03/18/judicializacao-na-saude-cresce-130-em-quase-10-anos-aponta-cnj.ghtml>. Acesso em: 10/09/2019.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**, volume 2: execução, 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

WAMBIER Luiz Rodrigues; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. **Breves comentários à 2ª fase da reforma do código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.