

EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO BENEDITO GONÇALVES,
RELATOR NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA,

RECURSO ESPECIAL REPETITIVO 1.474.665/RS

Os **ESTADOS DA FEDERAÇÃO** e o **DISTRITO FEDERAL**, por seus representantes judiciais signatários, vêm à presença de Vossa Excelência, nos autos do processo de número acima citado em que o ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL contende com TERESINHA BRUNO PRIMÃO, em atenção à intimação que lhes facultou a manifestação nos termos do artigo 1º, § 4º, da Lei 11.672/08, oferecer razões pertinentes à discussão acerca da litude das multas aplicadas em demandas que envolvem o fornecimento de medicamentos, nos termos seguintes.

I – HISTÓRICO

A recorrente/autora ajuizou AÇÃO COMINATÓRIA CUMULADA COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA, na Comarca de Canoas/RS, postulando a condenação do Estado do Rio Grande do Sul ao fornecimento do medicamento LUMIGAN 0,03%, por ser portadora de GLAUCOMA PRIMARIO DE ANGULO ABERTO C.LD. 1140.1, com fundamento no art. 196 da Constituição e na Lei 8.080/90, com base na receita médica apresentada.

O MM. Juiz de direito do 2º Juizado da 5ª. Vara da referida Comarca, deferiu a tutela antecipada *inaldita altera pars*, nos seguintes termos:

“Vistos.

Concedo a gratuidade da justiça.

Acolho a tutela antecipatória pleiteada, determinando que o requerido forneça, em 48 h, o medicamento, nas proporções elencadas às fl. 14, sob pena de multa diária de R\$ 100,00, a ser depositada em favor do Fundo de Reaparelhamento de Poder Judiciário.

Em caso de não dispor de tais medicamentos, deposite o valor correspondente aos mesmos, comprovando o depósito nos autos.

Oficie-se, com urgência, à Assessoria Jurídica da Secretaria da Saúde, enviando cópia da receita médica dos medicamentos concedidos à autora, bem como da presente determinação.

Intimem-se.

Efetivada a medida, cite-se.”

Em seguida, à e-fl. 34, o Estado do Rio Grande do Sul informou que a medicação já vinha sendo disponibilizada à autora, o que foi confirmado pela representante judicial da mesma à e-fl. 43.

Sobreveio a sentença de e- fl. 51/53, a qual julgou “*PROCEDENTE o pedido proposto por Teresinha Bruno Primão contra o Estado do Rio Grande do Sul, para, tornando definitiva a tutela antecipada deferida, condenar o réu, **sob pena de multa diária de ½ salário mínimo federal**, a fornecer gratuitamente à demandante, em caráter contínuo e enquanto perdurar a necessidade de tratamento, mediante a apresentação de requisição médica, o remédio LUMIGAN 0,03%, ou a lhe repassar numerário indispensável para a respectiva aquisição...*” (grifamos).

Contra essa sentença, o Estado do Rio Grande do Sul interpôs o recurso de Apelação, pugnando pelo não cabimento da multa diária imposta. O Relator no eg. Tribunal de Justiça do Estado, por decisão monocrática, deu provimento à Apelação.

Inconformada, a autora apresentou o Agravo Regimental, havendo a eg. 22ª. Câmara Cível do TJRS mantido a decisão, à unanimidade, estando o Voto condutor do Acórdão assim redigido:

“Submeto o recurso ao Colegiado, como prevê o art. 557, § 10, do CPC, porquanto inviável conferir solução diversa da apresentada na decisão monocrática, litteris:

A pena pecuniária não é o único mecanismo de coerção à disposição do juiz, em nosso sistema processual. O art. 14, do CPC, consagra, no seu inciso V, entre os "deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo" "cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetividade de provimentos judiciais de natureza antecipatória ou final". E, por meio de seu parágrafo único, introduzido através da Lei nº 10.358/2001, faculta ao juiz “sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a 20% (vinte por cento) do valor da causa.”

Figurando como destinatário da medida inibitória pessoa jurídica de direito público, o descumprimento, ou o cumprimento retardado da

decisão, devem ser combatidos, segundo EDUARDO TALAMINI "(...) através de instrumentos de controle da Administração Pública (auditoria interna; tribunal de contas; medidas judiciais, como ação popular e ação civil pública)".

Considera, ainda, a possibilidade de responsabilizar o agente público incumbido do cumprimento da ordem, civil, penal e administrativamente, ou cominar-lhe diretamente a multa. Justifica, adiante: "Em vista das peculiaridades (e deficiências) da estrutura interna administrativa, muitas vezes apenas a multa contra a própria autoridade atinge concretamente a meta de pressionar ao cumprimento. Para tanto, há de se interpretar o § 5º do art. 461 como permitindo não apenas a adoção de medidas atípicas, mas também o direcionamento dessas medidas contra terceiros cuja cooperação seja imprescindível para a consecução da tutela"

Ademais, a experiência forense sugere que a aplicação de astreinte ao Poder Público só acarreta custos desnecessários à sociedade, revertidos injustificadamente ao particular, porque destituída da coercitividade a que se destina.

Ao assim dispor, a decisão monocrática apenas abreviou trâmite de recurso destituído da mínima probabilidade de êxito, no exercício de faculdade conferida pelo art. 557, caput, do CPC – seja qual for a melhor interpretação possível dos arts. 1º, III, 5º, 194, 195, 196, 198, da Constituição Federal, 461, 461-A, do Código de Processo Civil.

Isso posto, voto no sentido de negar provimento ao agravo."

Mais uma vez contrariada, a Autora interpôs o recurso especial, com fundamento no art. 105, III, letras "a" e "c", aduzindo que o acórdão recorrido contrariou o art. 461, do CPC e deu à lei federal interpretação divergente da que lhe atribuiu outro Tribunal.

II – DA AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE APTOS AO CONHECIMENTO DO RECURSO ESPECIAL.

Inicialmente, pede-se vênia para destacar que impede a admissão do recurso, a circunstância de que a recorrente pretende o reexame da matéria de fato, pois pretende no presente recurso o reexame da prova dos autos, especificamente a comprovação de eficácia prática do meio coercitivo no caso concreto, o que não é admitido em sede de recurso extraordinário *latu sensu*, consoante a Súmula 7 desse e. Superior Tribunal de Justiça: *"A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial."*

Em caso análogo, essa i. Relatoria não adentrou à questão relativa à multa, porquanto entendeu pela incidência da citada Súmula 7/STJ, em recentíssima decisão:

*“FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. DESCUMPRIMENTO DE DECISÃO JUDICIAL. **MULTA (ASTREINTES). REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO.**”* (ARESP 562.683 - SC (2014/0205755-8), RELATOR : MINISTRO BENEDITO GONÇALVES, DJe de 22/8/2014) (grifamos)

Ainda, deve-se observar que não houve no caso em tela o prequestionamento da matéria versada no art. 461 do CPC. Tanto o Supremo Tribunal Federal quanto o Superior Tribunal de Justiça não adotaram posicionamento diverso das Súmulas 282 e 356 do STF e Súmula 211 do Superior Tribunal de Justiça que viesse a excluir o prequestionamento como requisito ao cabimento dos recursos aos tribunais superiores. Com efeito, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul não analisou a questão sob a ótica pretendida pelo recorrente, o que faz incidir as citadas Súmulas.

“Para que se tenha como atendida a exigência do prequestionamento, necessário que a matéria seja versada na decisão recorrida, não bastando que o atenha sido, pelas partes, no curso do processo. Havendo omissão, poderia ser suprida com o uso dos declaratórios.” (STJ 3ª Turma, REsp 24.332-8/AM, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 14.9.93, DJU 27.9.93, pág. 19.819) (grifamos)

“Orienta-se a jurisprudência do STJ no sentido da indispensabilidade do prequestionamento da questão federal suscitada no recurso especial. A regra adotada é a do prequestionamento explícito, admitindo-se, em casos excepcionais, o denominado prequestionamento implícito.” (RSTJ 30/341) (grifamos)

Por fim, o recorrente, em momento algum, desenvolve o cotejamento analítico das ementas citadas com a presente hipótese, até porque a decisão paradigma não se enquadra com a decisão recorrida.

O Regimento Interno é claro, bem como a totalidade da jurisprudência, de que faz-se necessário o chamado cotejo analítico entre a decisão hostilizada e o acórdão paradigma. Não havendo o recorrente demonstrado a indispensável similitude fática das decisões, ônus que se quer foi tangenciado, não há o que se falar em dar segmento a este recurso.

Como pode ser constatado no recurso especial, a recorrente se limitou a transcrever a ementa dos julgados, o que por si só já impede o conhecimento do apelo especial pela alínea “c”, inciso III, do art. 105, da Constituição.

Destaca-se que a decisão tida como paradigma aponta que “*As medidas previstas no §5º do art. 461 do CP foram antecedidas da expressão "tais como", o que denota o caráter não-exauriente da enumeração. Assim, o legislador deixou ao prudente arbítrio do magistrado a escolha das medidas que melhor se harmonizem com as peculiaridades de cada caso concreto.*”. Assim, a decisão recorrida, usufruindo desta possibilidade legal, reconhecida pelo acórdão paradigma, entendeu por não ser medida adequada ao caso concreto a multa diária (o que mais uma vez demonstra o óbice da Súmula 7 do STJ).

Nesta senda, o recurso especial ora em exame não é representativo da controvérsia sobre a possibilidade de aplicação de multa diária contra a Fazenda Pública.

De todo modo, em atenção ao chamamento desta Corte Superior, os ESTADOS FEDERADOS e o DISTRITO FEDERAL vêm apresentar argumentação jurídica pertinente à solução da controvérsia, apta a negar provimento ao recurso especial.

III - RAZÕES

III.1 - DA AUSÊNCIA DE REPRESENTATIVA DA DECISÃO PROFERIDA NESTE RECURSO

Por cautela, com a devida vênia, convém destacar que o julgamento do presente recurso não é representativa da grande maioria de demandas que aportam diariamente do Poder Judiciário em busca de tratamentos na área da saúde pública.

Com efeito, no presente processo a Autora buscou o fornecimento de medicação que já estava entre aquelas fornecidas pelo Estado do Rio Grande do Sul, conforme informado. Tanto assim que, instada a se manifestar, seu representante judicial atestou que Autora vinha recebendo o medicamento pleiteado.

Ainda assim, a sentença entendeu determinar a aplicação de multa por descumprimento da decisão no patamar de ½ salário mínimo nacional.

Ora, não houve nos autos pretensão resistida por parte do Estado do Rio Grande do Sul para a entrega do remédio, porquanto, como já se disse, este já estava na lista de medicamentos fornecidos por aquele ente da Federação. Por essa razão, a hipótese presente não representa a maioria dos casos de ações judiciais que pleiteiam o fornecimento de medicação ou requerem algum procedimento médico.

Por outro lado, existem demandas em que se postulam, por exemplo, medicamentos não listados pelo Ministério da Saúde para fornecimento à população, de elevado custo mensal, para tratamento de um único paciente, sendo

que em muitos casos são medicamentos sem registro na ANVISA e que são fornecidos aos pacientes por laboratórios fabricantes, em pesquisas realizadas em hospitais.

Existem ainda, ações em que são postulados tratamentos de alto custo e até mesmo experimentais, os quais não são fornecidos pelo SUS, bem como, em muitos casos, os Estados são obrigados a realizar a importação de remédios não introduzidos no País e, portanto, ainda não testados, como exige a legislação.

Por óbvio, nesses tipos de demanda, em que são postuladas terapias novas, pouco conhecidas e onerosas, tanto no que diz respeito aos efeitos benéficos quanto às reações adversas, não se justifica a interferência do Poder Judiciário nas decisões administrativas.

Assim, o presente caso, à toda evidência não reflete a multiplicidade de feitos concernentes ao fornecimento de medicação ou de procedimentos médicos à cargo dos Estados.

III.2. DA APLICAÇÃO DA MULTA DIÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE MANUTENÇÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO.

É de ser mantida a decisão recorrida que determinou a impossibilidade de aplicação de multa diária contra o Estado.

Inicialmente, cumpre observar que na hipótese presente o valor do medicamento, segundo a petição inicial, estava em torno de R\$62,00. Não é difícil constatar a abusiva condenação em **multa diária de ½ salário mínimo**, para um medicamento que estava disponível e já era entregue pelo Estado do Rio Grande do Sul, como asseverou a própria autora, e que importa em 5 (cinco) vezes o valor mensal da medicação.

Portanto, não havia razão jurídica para a aplicação da multa diária, tampouco em valor absurdamente elevado em relação ao valor da causa, mesmo após a confirmação da autora de que estava recebendo o remédio em questão.

Como bem apontado no Voto condutor do acórdão recorrido, a multa pelo descumprimento de obrigação pelo Poder Público não grava o agente público, mas o próprio erário, sendo suportada por toda a coletividade e, ao mesmo tempo, tornando-se inócua para os fins a que se destina.

Modernamente, com o advento da tutela específica das obrigações de fazer ou não fazer, foram criadas regras importantes em prol da prestação efetiva da tutela jurisdicional, entre as quais: a possibilidade de concessão de medida liminar,

a imposição de multa diária para assegurar o cumprimento da medida liminar e da sentença, a fixação de tempo razoável para o cumprimento do preceito, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras, o impedimento de atividade nociva e a requisição de força policial.

O objetivo das *astreintes* é o de compelir o cumprimento da obrigação determinada pela lei, ou seja, dar efetividade à decisão judicial, e não ao pagamento da multa, razão pela qual muitos doutrinadores defendem que esta deve ser fixada em um patamar elevado, de forma a desestimular o descumprimento da obrigação. Neste sentido posicionam, entre outro, Nelson Nery Jr. E Luiz Guilherme Marinoni.

Logo, lastreando-se no entendimento dos abalizados doutrinadores supracitados, não se pode chegar à conclusão que seja diversa do entendimento de que a função técnica da multa cominatória (*astreintes*) é a de coagir psicologicamente o inadimplente a cumprir a obrigação a que está obrigado em virtude de contrato, lei ou decisão judicial.

A decisão recorrida acatou os limites do razoável e considerou os entraves inerentes à burocracia estatal, sendo que a imposição de multa diária não geraria qualquer pressão psicológica ao devedor, que é um ente despersonalizado, impessoal, que não pode agir com a presteza de um particular e que está adstrito aos regramentos legais.

Assim agindo, a decisão judicial respeitou os ditames dos §§ 4º e 5º, do art. 461 do estatuto processual pátrio à espécie, uma vez que tal medida não tem o condão de dar eficácia à ordem judicial, pois o valor da multa é alto e o simples comando não é suficiente para assegurar o resultado prático pretendido, entendendo o Tribunal que, no caso em tela, é inaplicável as *astreintes*.

A propósito, a Segunda Turma dessa Eg. Corte entendeu que o acórdão que conclui ser inócua a multa não viola o art. 461 do CPC, *in verbis*:

“PROCESUAL CIVL. OBRIGAÇÃO DE DAR. ASTREINTES . AFERIÇÃO DA EFICÁCIA.

1. Apesar de possível afixação de astreintes contra Fazenda Pública em decorrência do inadimplemento de obrigação de fazer, não viola os artigos 461 e 461-A do CP o acórdão que conclui ser inócua multa, pois cabe às circunstâncias ordinárias aferição da eficácia dessa media.

2. Agravo regimental não provido.” (AgRg no REsp 1052911/RS, Rel. Ministro Castro Meira, 2ª. T, j. em 21.8.2008, DJe de 24.9.2008)

Deve-se ter em conta, ainda, que, como no caso dos autos e na maioria das demandas, não há qualquer comprovação ou mesmo indicativo de que o Estado

vá descumprir a decisão judicial, já lhe sendo imputada uma condenação sem que se tenha qualquer comprovação nos autos.

O § 4º do art. 461 do CPC prevê a possibilidade de cominação de multa diária se esta for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito.

Ocorre que os requisitos da suficiência e da compatibilidade, conjugado com a razoabilidade do prazo para o cumprimento da medida, foram totalmente desconsiderados pela sentença e por isso mereceu a reforma pelo aresto. Além disso, tal medida coercitiva não assegura o resultado prático da tutela específica, não se ajustando à moldura delineada pelo § 5º do art. 461 do CPC. Como se vê, a multa é incompatível com o interesse tutelado e insuficiente para garanti-lo.

A sentença de primeiro grau, apesar da manifestação do Estado de que o medicamento pleiteado já era fornecido pelo Estado e a confirmação da Autora de que vinha recebendo o mesmo, entendeu pela aplicação da multa, não explicitando os motivos para sua incidência, tampouco demonstrando quais os critérios que o levaram a determinar tal valor cinco vezes maior que o do remédio, quando, recorde-se, não houve pretensão resistida nos autos.

O simples fato de se tratar de sentença condenatória, não autoriza o magistrado a aplicar multa, sem que haja uma demonstração cabal e suficiente acerca da necessidade de sua aplicação, pois do contrário ter-se-ia em todas as sentenças condenatórias, qualquer que seja a causa de pedir, a possibilidade de aplicação de multa em caso de descumprimento da decisão judicial, o que, obviamente, não se coaduna com o Estado de Direito.

A fundamentação é uma garantia inerente ao Estado de Direito, é também uma forma de assegurar a prestação efetiva da tutela jurisdicional, pois possibilitará que os jurisdicionados verifiquem se o magistrado ao decidir a causa ponderou todas as teses apresentadas. Através da fundamentação da decisão judicial, poderá haver o controle interno e externo da razoabilidade do ato, isto é, se o motivo apresentado é razoável, conveniente e legítimo.

Repisa-se, por oportuno, que inexistente compatibilidade entre a multa imposta e a sua possibilidade de efetivação, eis que esta não cumpriria sua finalidade, qual seja, pressionar para o cumprimento imediato da obrigação. A imposição de multa diária ao réu para obrigar o cumprimento do preceito, somente tem lugar quando for suficiente ou compatível com a obrigação. Visa, inequivocadamente, exercer pressão psicológica no destinatário da medida,

especialmente nos casos de prestações faticamente infungíveis, ou seja, aquelas que somente poderão ser prestadas pelo demandado.

É ineficaz, portanto, a imposição de multa diária à Fazenda Pública de plano, ou seja, sem que tenha havido intenção deliberada de descumprir a decisão judicial, tendo em vista a presunção de que as determinações judiciais são, em princípio, cumpridas pelo Poder Público. Assim, a multa só tem lugar em momento posterior, caso se verifique a disposição em não cumprir, deliberadamente e sem justificativa o comando judicial, o que não se verificou no caso em tela, pois quando da prolação da sentença o medicamento já vinha sendo disponibilizado e entregue pelo Estado. A presunção, desde logo, de que vai haver descumprimento deliberado da ordem judicial não se coaduna com o Estado Democrático de Direito.

Há que se distinguir as hipóteses de inadimplemento (voluntário) da obrigação dos casos de simples mora, principalmente quando decorrente da "demora orgânica do aparelho estatal", em razão do cumprimento da legislação.

Antes da aplicação da multa, portanto, seria razoável estabelecer prazos mínimos para seu cumprimento, compatíveis, por exemplo, com os necessários à realização de um pregão (Lei 10.520/02), porquanto antes desse prazo legal, a obrigação é de impossível cumprimento, já que os entes estatais, como já se disse, estão obrigados submetidos aos ditames da Lei 8.666/93. Mesmo os casos de dispensa de licitação (art. 24, Lei 8.666/93) e sua inexigibilidade (art. 25) demandariam indispensável procedimento administrativo minimamente para comprovação documental da hipótese e decisão da autoridade.

Cabe ainda registrar que, em recente julgamento do Recurso Especial 1.069.810/RS, proferido sob o rito dos recursos repetitivos, ficou assentada a possibilidade de sequestro/bloqueio de verbas públicas como meio eficaz para garantir o fornecimento de medicamentos.

Outra relevante questão que merece apontamentos, é relativa ao destinatário da multa aplicada. Na forma como prevista no diploma processual, as *astreintes* configuram um instrumento de apoio ao judiciário, visando preservar as decisões judiciais ou assegurar a sua efetividade, em casos de evidente descumprimento da ordem. Por esse motivo, não está jungida ao direito subjetivo da parte, o qual deve ficar limitado ao cumprimento da obrigação ou ao resultado equivalente, e em último caso ao pagamento da indenização por perdas e danos. Portanto, não parece razoável, como defende parte da doutrina, que a multa seja revertida em favor do credor, porquanto, dado seu alto patamar suficiente para coagir o devedor, poderia estimular o credor a preferir o maior atraso possível no cumprimento da obrigação, com a finalidade de obter a mais alta prestação pecuniária.

As multas como vêm sendo aplicadas, passou a ser a ser concebida como forma de rápido e fácil enriquecimento. Quanto mais inusual e atípico o produto de saúde pleiteado, maiores as chances de amealhar fortuna fácil. Exemplo disso é uma demanda em que foi reclamada prótese com tamanha especificidade que demandou tempo maior para ser adquirida. Como consequência, o paciente, a despeito de já ter recebido a sua prótese, cobra da Fazenda Pública do Estado de São Paulo a bagatela de R\$ 3 milhões, apenas a título de multa.

De outra parte, a aplicação de multa a ser revertida à mesma pessoa jurídica a qual integra o Magistrado, acabaria por conduzir ao instituto da confusão previsto no art. 381 do Código Civil, ou seja, a Fazenda seria ao mesmo tempo credora e devedora da multa. Tal fato, ao nosso ver, parece reforçar a inaplicabilidade da multa contra a Fazenda Pública.

A imposição de multa cominatória à Fazenda Pública não se afigura meio legítimo de coerção, ante a eficácia transcendente da medida judicial. Tal meio, *à medida que não guarda muitas vezes relação com a dimensão econômica da pretensão*, **passa a atingir toda a sociedade**, pois os recursos orçamentários, já escassos, não se destinam à saúde da população: apenas e, simplesmente, passam a compor o patrimônio dos autores ou fundos diversos.

Por isso, é preciso redobrada cautela, na ponderação dos princípios envolvidos, eis que a saúde coletiva e a proteção ao patrimônio público também constituem bens tutelados constitucionalmente.

E, por outro lado, poder-se-á dizer que os prejuízos para o Estado são inexistentes, ante a possibilidade de regresso contra eventual servidor. Todavia, como toda e qualquer ação judicial, a satisfação regressiva sujeita-se a limites, tal como a existência de patrimônio penhorável do servidor.

A respeito, é de obrigatória referência a elucidativa doutrina de Vicente Greco Filho, em seu Direito Processual Civil Brasileiro, atinente à multa cominatória:

“Entendemos, também, serem inviáveis a cominação e a imposição de multa contra pessoa jurídica de direito público. Os meios executivos contra a Fazenda Pública são outros. Contra esta a multa não tem nenhum efeito cominatório porque não é o administrador renitente que irá pagá-la, mas os cofres públicos, ou seja, o povo. Não tendo efeito cominatório, não tem sentido sua utilização como meio executivo”. (3º vol., São Paulo: Saraiva, 1997).

E, no âmbito específico do direito sanitário, a questão se agrava.

Em face dos princípios da impessoalidade e estrita legalidade aos quais o réu deve observância, eventual e imprevisível mora no cumprimento de julgado não caracteriza ato volitivo do agente público capaz de notabilizar afronta punível ao julgado.

Ou, de outro modo, ainda que haja tentativa de contratação direta, por urgência, na aquisição de medicamentos, o cumprimento das ordens judiciais também depende de terceiros, que não ocupam o polo passivo da ação, **como os fabricantes e distribuidores de medicamentos.**

Tal como já se decidiu, no âmbito do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:

*Apelação - Ação Civil Pública - Saúde - Fornecimento de medicamentos a menor - Legitimidade do Ministério Público - Obrigatoriedade solidária dos entes da Administração Pública direto. O Estatuto da Criança e do Adolescente confere ao Ministério Público legitimidade para litigar na defesa dos interesses das crianças e adolescentes. A saúde é um direito de todos, sendo dever do ente público garanti-lo, com prioridade, às crianças e aos adolescentes, assegurando-lhes o desenvolvimento sadio e harmônico (artigos. 227 da CF e 7º do ECA). Desaconselhável a cominação de multa diária ao Administrador Público, **uma vez que a aquisição de remédios comporta atos de terceiros, sendo difícil prever a data da chegada dos medicamentos.** Sentença reformada parcialmente, para decotar a multa. (TJMG - Ap Cível/Reex Necessário 1.0027.04.001664-7/001, Relator(a): Des.(a) Jarbas Ladeira , 2ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 02/08/2005, publicação da súmula em 19/08/2005, negrito nosso)*

No mesmo sentido, a doutrina de Guilherme Rizzo Amaral:

“(...) É preciso ressaltar, no entanto, o cuidado que se deve adotar na imposição de multa periódica para o cumprimento de obrigações que não dependam apenas do réu, mas de terceiros que com este guardem relação. Pelo menos duas ordens de preocupação podem ser apontadas.

*Primeiramente, (...) as ‘astreintes’ não devem incidir quando a obrigação se mostrar de impossível cumprimento pelo devedor (...). Outra preocupação diz respeito àquelas **situações em que o réu, muito embora cumprindo tudo que dele se poderia exigir para o atingimento da obrigação de fazer, não conta com a colaboração de terceiro que, por deliberalidade do autor, não compõem o polo passivo da lide.***(...)

Não fazendo parte da relação processual, não podem estes terceiros terem contra si ordens judiciais que possam interferir em suas esferas jurídicas. Por outro lado, o réu, não obstante o seu máximo empenho- até o limite do possível, diga-se - é incapaz de atender a determinação judicial contra ele imposta. Em tal situação, é preciso reconhecer, igualmente, a inaplicabilidade das ‘astreintes’ (...). Uma vez mais, a imposição de multa periódica contra alguém, que nada pode fazer para obstar a sua incidência, transformaria as ‘astreintes’ em técnica de caráter punitivo, com o agravante de não sofrer limitação qualquer espécie”. (In: As astreintes e o Processo Civil Brasileiro. Editora Livraria do Advogado. 2ª Edição, Porto Alegre, 2012. Pg.112-113)

Além disso, nessas demandas, o julgador deve também conhecer o funcionamento da máquina estatal, porquanto mesmo na hipótese de dispensa de licitação, ainda sim é necessário o cumprimento de todas as exigências contidas no artigo 26 da Lei Federal 8.666/93. Por oportuno, anote-se que, nos termos do art. 89 da Lei 8.666, é crime, apenável com detenção de três a cinco anos e multa “dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade”.

Tome-se como exemplo o que ocorre no Estado de Minas Gerais em que, conforme documento anexo (OFÍCIO SES/SG/DC/NMAJ/Nº 239/2014), o Núcleo de Compras de Medicamentos para Ações Judiciais realiza inúmeros pregões, os quais restam totalmente desertos, sem receber uma única proposta sequer. Tais pregões desertos chegam a 35% dos realizados para compra de medicamentos. Somente após à constatação de que o pregão foi deserto, é que a Administração estaria autorizada pela lei de licitação a promover a compra por dispensa do procedimento licitatório usual. E o fato de se realizar a dispensa de licitação, igualmente não significa que esta se dará com rapidez, pois fica-se na dependência, como já antes explicitado, dos fornecedores e laboratórios que muitas vezes não querem vender ao Estado em razão dos conhecidos trâmites burocráticos inerentes ou até mesmo porque não possuem certidão negativa de tributos, como exige a Constituição e a Lei 8.666/93.

Portanto, não se configura qualquer inércia do Administrador ou da própria Administração, mas sim a impossibilidade material de cumprimento da medida.

Não se pode também deixar de considerar os casos em que os medicamentos são importados e que os Estados dependem não só dos fornecedores localizados no exterior, como também da Receita Federal, pois ao chegar ao País, as importações esbarram nos entraves relacionados aos desembaraço aduaneiro, muito bem conhecido de todos.

Em razão do exposto, indaga-se:

- 1) Será a multa o meio coercitivo que propiciará diretamente o medicamento ao paciente ou existe outro meio, menos gravoso, para conciliar os interesses em jogo?
- 2) A astreinte influenciará os terceiros de quem o Poder Público depende, muitas vezes, para cumprir a ordem?
- 3) O Julgador é obrigado a aplicar as astreintes?

A nosso ver, a resposta a essas questões são imprescindíveis, tendo em vista o princípio da proporcionalidade.

Ao propósito, colhe-se da jurisprudência deste Tribunal da Cidadania.

“RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DENEGAÇÃO PARCIAL DA ORDEM PARA BLOQUEIO DE VERBA PÚBLICA.

- A simples alegação de que os fundamentos da decisão não são plausíveis não é suficiente para infirmá-los, mormente quando o acórdão está assentado em premissas fáticas e legais não atacadas pelas razões recursais.

- O recorrente, ao alegar preventivamente que o ente estatal não cumprirá a determinação judicial parte de premissa equivocada, sobre a qual o estado democrático de direito não pode se erguer, sob pena de subversão da ordem e desestabilização das próprias instituições.

A experiência comum mostra que, em regra, os provimentos judiciais são cumpridos. Se excepcionalmente houver ilegítima resistência oposta, a ordem jurídica prevê meios coercitivos para assegurar o seu fiel cumprimento.

*- Conforme dispõe o art. 461, § 5º, do CPC, cabe ao magistrado, à luz dos fatos delimitados na demanda, determinar a medida que, a seu juízo, **mostrar-se mais adequada para tornar efetiva a tutela almejada**. Vale dizer, se, de um lado, pode o juiz determinar a implementação de medida, ainda que não expressa na lei, como o bloqueio de contas públicas, por outro lado, é-lhe também lícito rejeitar o pedido, se entender pela sua desnecessidade. **O que a ordem jurídica não tolera é que o juiz seja compelido a determinar a adoção de cautelas que não reputou necessárias, apenas para satisfazer o desejo das partes.***

- No caso dos autos, a denegação parcial da ordem, no ponto em que rejeitou o pedido de bloqueio das contas públicas, não representa violação de direito. Tampouco a pretensão do recorrente se funda em "justo receio de sofrê-la" (art. 1º da Lei n. 12.016/2009).

Recurso ordinário improvido.” (RMS 33337/GO, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/05/2012, DJe 25/05/2012)

Dispondo o magistrado de outros meios, certamente há de ser afastada a multa cominatória, eis que não passa no teste de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, pela falta de concordância prática aos direitos envolvidos (caso individual *versus* saúde de toda a coletividade e proteção ao erário).

Não se pode olvidar, ainda, que o administrador público, mesmo que deseje cumprir a ordem judicial, muitas vezes esbarra em óbices como a necessidade de licitação, como já se disse, ou mesmo a inexistência do bem pleiteado. Nesses casos, que são comuns no âmbito do Poder Executivo, a multa acaba incidindo por um longo período e tornando-se infinitamente superior ao valor da obrigação.

Deve-se ter em conta que em se tratando especificamente de execução contra a Fazenda Pública, por força do disposto nos §§ 1º, 1º-A e 3º do art. 100 da Constituição, é inafastável o requisito do trânsito em julgado da sentença, para que possa haver o pagamento da multa. Sendo assim, na maioria das vezes, o seu impacto financeiro somente será sentido pelo governante seguinte, pois o pagamento da multa não será ônus do administrador que recebeu a ordem judicial.

Há ainda a necessidade de se realizar o pagamento por meio dos precatórios, ou mesmo por requisição de pequeno valor, para que se pague a multa aplicada. O pagamento da multa por precatório, fulmina a efetividade do meio empregado para assegurar o cumprimento da obrigação e, não se pode olvidar que os arts. 461 e 461-A do CPC foram criados justamente com o escopo de dar maior efetividade às decisões judiciais.

IV - CONCLUSÃO

À vista do exposto, não reputamos correta a aplicação das *astreintes* contra o Poder Público, já que o Poder Judiciário não precisa lançar mão desse meio, nas lides a envolver saúde pública. Dispondo o magistrado de outros meios, certamente há de ser afastada a multa cominatória, eis que não passa no teste de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, pela falta de concordância prática aos direitos envolvidos (caso individual *versus* saúde de toda a coletividade e proteção ao erário).

Tem-se, pois, que no caso sub judice a aplicação e multa diária contra o Estado não se coaduna com o disposto no art. 461 do CPC, esbarra no art. 100 das CF e na lei de licitação, bem como desconsidera a limitação de recursos econômicos, desequilibrando todo o sistema de atendimento da população carente,

pois desvia verbas que deveriam ser aplicadas em situações previamente estabelecidas pelas políticas sociais e econômicas.

Nestes termos,
Pede deferimento.

Brasília, 10 de outubro de 2014.

Vanessa Saraiva de Abreu
Procuradora do Estado de Minas Gerais
OAB/MG 64.559

Lucio Landim Batista da Costa
Procurador do Estado da Paraíba
OAB / DF 40.009

Ulisses Schwarz Viana
Procurador do Estado do Mato Grosso do Sul
OAB/DF 30991

Jorge Haroldo Martins
Procurador do Estado do Paraná
OAB/PR 56.169

Sérgio Laguna Pereira
Procurador do Estado de Santa Catarina
OAB/SC 30.156

Erfen José Ribeiro Santos
Procurador do Estado do Espírito Santo
OAB/ES 4150

Fernando Pessoa da Silveira Mello
Procurador do Estado de Tocantins
OAB/TO 4.097-B

Luiz Paulo Romano

Procurador do Estado da Bahia
OAB/DF 14.303

Sandra Maria do Couto e Silva

Procuradora do Estado do Amazonas
OAB/AM 1565

Ricardo de Lima Sêllos

Procurador do Estado do Maranhão
OAB/MA 8.386

Tatiana Muniz Silva Alves,

Procuradora do Distrito Federal.
OAB/DF 28.310

Pedro Ubiratan Escorel Azevedo

Procurador do Estado de São Paulo
OAB/SP 56.961