



JUDICIALIZAÇÃO E JURISDIÇÃO: ATIVISMO JUDICIAL E AS MEDIDAS COERCITIVAS PARA EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE¹

JUDICIALIZATION AND JURISDICTION: JUDICIAL ACTIVISM AND COERCIVE MEASURES FOR THE EFFECTIVENESS OF FUNDAMENTAL HEALTH RIGHT

Anderson Carlos Bosa²
Victória Scherer de Oliveira³

RESUMO: A partir da análise dos conceitos de jurisdição, Constituição e judicialização, pretende-se realizar um diagnóstico da atual conjuntura teórica e prática da judicialização da saúde, partindo do pressuposto da saúde como direito fundamental, analisando seus números e suas consequências práticas, para posteriormente, apresentar um estudo sobre o posicionamento do Supremo Tribunal Federal frente as medidas coercitivas aplicadas para obrigar os entes federados a cumprirem com as decisões judiciais, quando estes, se mantêm inertes a prestação da saúde. Dessa forma, questiona-se: Quais as medidas coercitivas aplicadas aos entes federados quando estes não cumprem as decisões judiciais que visam tutelar o direito fundamental à saúde? Para elaboração desse trabalho, utilizou-se o método hipotético-dedutivo, partindo-se da análise da judicialização da saúde, do papel da jurisdição Constitucional como ferramenta de efetivação do direito à saúde e seus limites interpretativos, para, por fim, observar as medidas coercitivas aplicadas pelo

¹Este artigo é resultante das atividades do projeto de pesquisa ““Fórmulas” de aferição da “margem de apreciação do legislador” (BeurteilungsspielraumdesGesetzgebers) na conformação de políticas públicas de inclusão social e de proteção de minorias pelo Supremo Tribunal Federal e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos”, financiado pelo CNPq (Edital Universal – Edital 14/2014 – Processo 454740/2014-0) e pela FAPERGS (Programa Pesquisador Gaúcho – Edital 02/2014 – Processo 2351-2551/14-5), coordenado pela Professora Pós-Doutora em Direito Mônia Clarissa Hennig Leal, onde os autores atuam na condição de participantes. A pesquisa é vinculada ao Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta” (CNPq) e desenvolvida junto ao Centro Integrado de Estudos e Pesquisas em Políticas Públicas – CIEPPP (financiado pelo FINEP) e ao Observatório da Jurisdição Constitucional Latino-Americana (financiado pelo FINEP), ligados ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC.

²Acadêmico do curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul, UNISC. Bolsista PUIIC. É integrante do grupo de estudos “Jurisdição Constitucional aberta” coordenado pela Profa. Pós-Doutora Mônia Clarissa Hennig Leal e vinculados e financiados pelo CNPq. E-mail: andersonn.bosa@gmail.com.

³Graduanda na Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, com bolsa PIBIC de Iniciação Científica pelo CNPq. Integrante do Grupo de pesquisa "Jurisdição Constitucional aberta: uma proposta de discussão da legitimidade e dos limites da jurisdição constitucional - instrumentos teóricos e práticos", coordenado pela professora Pós-Doutora Mônia Clarissa Hennig Leal. Email: scherer.vivi@hotmail.com



Supremo Tribunal Federal para compelir os entes federados a cumprirem com as decisões que tutelam o direito à saúde.

PALAVRAS-CHAVES: Direito fundamental; Judicialização da saúde; Medidas coercitivas.

ABSTRACT: From the analysis of the concepts of jurisdiction, Constitution and judicialization, it is intended to make a diagnosis of the current theoretical and practical conjuncture of the judicialization of health, based on the assumption of health as a fundamental right, analyzing their numbers and their practical consequences, for later, to present a study on the position of the Federal Supreme Court regarding coercive measures applied to oblige federated entities to comply with judicial decisions, when these, remain paralyzed in relation to health. In this way, we ask: What are the coercive measures applied to federated entities when they fail to comply with judicial decisions aimed at protecting the fundamental right to health? For the elaboration of this work, the hypothetical-deductive method was used, from the analysis of the judicialization of health, the role of the constitutional jurisdiction as a tool for the realization of the right to health and its interpretative limits, in order to observe the Measures coercive measures applied by the Federal Supreme Court to compel the federated entities to comply with the decisions that protect the right to health.

KEYWORDS: Fundamental right; Judicialization of health; Coercive measures.

INTRODUÇÃO

Tendo como guardião máximo o Supremo Tribunal Federal, a Constituição é a lei maior ou a norma de ordem superior que dispõe sobre a organização do Estado e as garantias individuais e coletivas do cidadão. Nessa perspectiva, a Constituição Federal de 1988 traz o direito à saúde como direito fundamental e universal, cabendo aos entes federados o dever de oportunizar a todos o acesso a serviços de qualidade, permitindo que o princípio da dignidade humana seja respeitado e executado.



A partir disso, extrai-se a aplicação da jurisdição constitucional, que corresponde ao poder de julgar, apresenta-se como uma ferramenta estatal com a finalidade de tutelar os direitos previstos na Carta Magna. Consequentemente, pela omissão do Estado, cria-se o fenômeno da judicialização, onde os sujeitos de direitos, buscam através do judiciário, a efetivação prática da própria Constituição.

O direito à saúde na Carta Magna não se apresenta somente como um direito meramente curativo, mas também, em suas dimensões preventiva e promocional. Dessa forma, aqui não vem se discutir a obrigatoriedade dos entes federados em fornecer medicamentos incorporados na lista do SUS, responsabilidade solidária entre os entes estatais, mas a possibilidade de aplicação de medidas coercitivas visando compelir os entes a prestação da saúde nos casos onde, mesmo com decisão judicial prolatada, os entes se apresentam inoperantes frente ao fornecimento do medicamento ou tratamento médico.

Partindo de uma análise teórica e prática, através de conceitos envolvendo as matérias interpretativas da lei e os números que envolvem o fenômeno da judicialização da saúde, advindo dos entendimentos jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal, questiona-se: Quais as medidas coercitivas aplicadas aos entes federados quando estes não cumprem as decisões judiciais que visam tutelar o direito fundamental à saúde?

Para dar conta dessa tarefa, na elaboração desse trabalho utilizou-se o método hipotético-dedutivo, partindo-se do pressuposto da saúde como direito fundamental, da judicialização da saúde e os números que envolvem o tema, para, remeter-se ao posicionamento do Supremo Tribunal Federal em relação as medidas coercitivas aplicadas diante do não cumprimento das decisões judiciais que sentenciam os entes a prestação da saúde.

Diante destas disposições iniciais, o presente trabalho, passa, em princípio, a abordar alguns aspectos da judicialização da saúde, após um estudo dos entendimentos do Supremo Tribunal Federal nas hipóteses de não cumprimento da prestação à saúde após a devida delimitação da prestação por via judicial.

2 JUDICIALIZAÇÃO: SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL

A Constituição Federal de 1988 no sentido de lei maior ou norma de ordem superior, traz o direito à saúde como direito fundamental e universal, cabendo aos



entes federados o dever de oportunizar a todos o acesso a serviços de qualidade, permitindo que o princípio da dignidade humana seja respeitado e executado. O direito à saúde na Carta Magna não se apresenta somente como um direito meramente curativo, mas também, em suas dimensões preventiva e promocional.

O conceito de “jurisdição” corresponde ao direito de julgar, é o âmbito territorial, administrativo, político ou social, em que um juiz atua (LUFT, 2000, p. 410). Assim, jurisdição constitucional designa-se a aplicação da Constituição por juízes e tribunais (GERVASONI; LEAL, 2013, p. 52). Nesse sentido, cabe a jurisdição constitucional uma atuação essencial, pois a ela se reserva o papel da efetivação dos direitos previstos na carta maior, quando estes não são prestados pelo Estado.

Ao se falar em jurisdição constitucional, remete-se a ideia de Estado Constitucional, ou então, Estado de Direito, detentor de uma Constituição, que pode ser conceituada em sentido substancial (ou material) e em sentido formal.

Fala-se em Constituição no sentido substancial quando o critério definidor se remete ao conteúdo das normas examinadas. Nesse sentido, é o conjunto de normas que determinam as competências dos principais órgãos do Estado (MENDES; BRANCO, 2017, p. 55).

Ao conceituar a Constituição em sentido formal, concentra-se em um critério de forma, caracteriza-se, assim como na Constituição em sentido substancial, por ser interligada às postulações do constitucionalismo, no ponto em que exalta os méritos da Constituição documentada, não sendo assim uma norma em sentido abstrato, mas sim uma norma palpável. É o documento escrito e solene, que positivada as normas fundamentais e superiores da sociedade e do Estado (MENDES; BRANCO, 2017, p. 57).

Já o conceito de judicialização, define-se quando questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do judiciário e não pelas instâncias que possuem competência originária, dada pela própria Constituição em seu conceito substancial — Congresso Nacional e Poder Executivo. Cria-se com isso, uma transferência de poder para juízes e tribunais (BARROSO, 2011, p. 3).

Nessa perspectiva, nota-se que o Estado Constitucional evoluiu em certa relação de causa e efeito com o desenvolvimento da própria sociedade e da noção de Constituição e garantias fundamentais (GERVASONI; LEAL, 2013, p.18). É a partir dessa evolução, que o direito à saúde se apresenta como direito fundamental,



indissociável a pessoa, sendo pressuposto para concretização de outros direitos constitucionais, como o direito à vida, ao bem-estar social, ao lazer e a igualdade.

A ordem constitucional brasileira, assegura, desde a Constituição de 1946, que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (MENDES; BRANCO, 2017, p. 402). Nesse mesmo contexto, proclama a Carta Magna de 1988, no *caput* de seu artigo 102, coube ao Supremo Tribunal Federal à tarefa de guardião máximo, cumprindo-lhe, ainda, dizer a última palavra em sede de interpretação das disposições constitucionais e seus conflitos, decidindo-os com base nos princípios constitucionais, principalmente, garantindo os direitos fundamentais, seja estes individuais ou sociais (BRASIL, 1988, <<http://www.planalto.gov.br>>).

Sendo um direito de segunda geração, cabendo ao Estado o papel de garantidor, à saúde encontra-se positivado — de modo formal — em diversas passagens da Constituição Federal, como direito e garantia fundamental social no artigo 6º e como elemento da ordem social, ao lado do desenvolvimento da sociedade brasileira, no artigo 196. Por consequência, o constituinte originário optou por estabelecer uma seção específica sobre a matéria dentro do Capítulo IV, Seção II, Da saúde (artigos 196 a 200), inserindo-a dentro do título reservado à Ordem Social (BRASIL, 1988, <<http://www.planalto.gov.br>>).

Por ter como pressuposto a teoria dos direitos fundamentais, o direito à saúde e seu princípio de acesso universal, como visto, consagra-se em preceito da ordem jurídica, vinculando-se aos três poderes. Em virtude disso, faz-se indispensável para sua concretização a criação de parâmetros de organização administrativa, econômica, distributiva e qualitativa.

No entanto, o direito à saúde é mais uma obrigação entre várias outras, que não ocorrendo os parâmetros organizacionais acima mencionados, torna-se ineficaz, não correspondendo as suas promessas constitucionais. Sendo um direito muitas vezes restringido pela chamada reserva do possível⁴, seja pela incapacidade financeira ou técnica do poder público.

À vista disso, considerando o contexto em que a efetividade do direito à saúde está condicionada à reserva das capacidades financeiras do Estado e apresenta-se

⁴A construção teórica da “reserva do possível” tem, ao que se sabe, origem na Alemanha, especialmente a partir do início dos anos de 1970. De acordo com a noção de reserva do possível, a efetividade dos direitos sociais e as prestações materiais, estariam sob a reserva das capacidades financeiras do Estado (CANOTILHO, 2003, p.108).



como um sistema que demonstra problemas graves, problemas derivados da inabilidade ou da má gestão governamental das políticas públicas na área, como do pouco investimento, a alta demanda ao Poder Judiciário, transforma-o no último, às vezes no único, recurso para a garantia da saúde, da vida e da dignidade da pessoa humana.

Como direito fundamental decretado pela Carta Magna, cabe ao Poder Judiciário julgar toda questão travada dentro deste tema, desde o 1º grau de jurisdição, o que remete a conclusão de que qualquer discussão a respeito do direito à saúde, passa pelo enfretamento frontal e direto ao texto da Constituição Federal, indo muito além de uma exegese meramente legalista da matéria.

É diante deste contexto, que surge o fenômeno da judicialização da saúde, o qual coloca em conflitos os direitos individuais frente aos direitos coletivos. Posto que, o poder judiciário não cria dinheiro, ele apenas redistribui verbas já existentes, colocando em risco a própria efetivação prática da constituição e sua promessa de universalização, concedendo privilégios as pessoas jurisdicionadas, quando grande parte da população continua dependendo dos mesmos recursos públicos desviados pelas demandas judiciais (BARROSO, 2011, p.4).

Como ocorre com todos os direitos sociais, em regra, o direito à saúde é guiado por duas vertentes, uma de natureza negativa, que fundamenta-se no direito de exigir do Estado, que abdique de qualquer ato prejudicial à saúde; outra de natureza positiva, que indica o direito às medidas e prestações estaduais objetivando a prevenção das doenças e seus tratamentos (SOBRINHO, 2003, p. 28-36).

Na saúde pública há destaque para o fornecimento de medicamentos e tratamentos médico-hospitalares no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS, envolvendo União, Estados, Distrito Federal e Municípios, que possuem competência solidária na prestação da saúde, o que o próprio Supremo Tribunal Federal já decidiu, sendo inclusive, matéria de repercussão geral (BRASIL, 2015, <<<http://www.stf.jus.br>>>).

O início da judicialização da saúde, deu-se através de demandantes portadores de HIV/AIDS (Síndrome Deficiência Imunológica Adquirida), que, diante da chegada de novos medicamentos anti-HIV/AIDS ao mercado, pela sua indispensabilidade e custo, ingressaram com ações judiciais. Após a obtenção de resultados positivos, tendo o Poder Judiciário se mostrado efetivo na questão da busca por melhorias no



âmbito da saúde, as demandas aumentaram e alcançaram outros seguimentos da área (TORRES, 2008, p. 70).

O problema se evidencia, ao analisar os números de demandas judiciais correlacionadas à saúde. A 13ª edição do Relatório Justiça em Números publicada em 2017, indica no tema “direito administrativo e outras matérias de direito público” e no assunto “serviços/saúde”, que as demandas judiciais envolvendo diversos assuntos voltados à saúde correspondem a um total de 1.346.931⁵ações em todas as instâncias. Desse total, são 312.147 ações específicas visando o fornecimento de medicamentos e 98.579 ações visando somente tratamentos médico-hospitalares.

Esse índice de ações, explica-se pela respectiva estrutura de oportunidade, conceito que inclui a relativa facilidade de acesso à justiça, a alta probabilidade de sucesso, superior a 80%. Tal número, apresenta, de um lado, o fato de a Constituição Federal ter alcançado de forma plena a sua força normativa, efetivando os direitos fundamentais; conseqüentemente, o Poder Judiciário intervêm de forma objetiva determinando à Administração Pública para que forneça gratuitamente medicamentos e tratamentos médicos em determinadas hipóteses, procurando realizar a promessa constitucional de prestação universal dos serviços de saúde (TCU, 2017, <<http://portal.tcu.gov.br>>).

Ainda, em grande parte das vezes, essas ações são promovidas por pessoas hipossuficientes, as quais necessitam de assistência judiciária gratuita. Em primeiro grau, as jurisdições que mais apresentam demandas envolvendo o direito à saúde propostas pela Defensoria Pública são: Tribunal de Justiça do Distrito Federal com 90,60% das ações; Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro com 70%; Tribunal de Justiça de São Paulo com 68,57%; e o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul com 67% (TCU, 2017, <<http://portal.tcu.gov.br>>).

A partir desse cenário, os Municípios, os Estados e a União gastam cerca de R\$ 7 bilhões ao ano para cumprir determinações judiciais. Entre 2010 e 2016, o aumento de ações foi de 1010%. Até outubro de 2017, somente a União destinou R\$ 751 milhões para o cumprimento de determinações judiciais na compra de

⁵O estudo contempla todas as demandas sobre a judicialização da saúde (de natureza cível, não criminal), considera os processos ajuizados até 31/12/2016 e em trâmite no 1º grau, no 2º grau, nos Juizados Especiais, no Superior Tribunal de Justiça, nas Turmas Recursais e nas Turmas Regionais de Uniformização. Pela sistemática do Relatório não é incomum o cadastro de mais de um assunto em relação ao mesmo processo. Neste caso, todos são contabilizados(CNJ,2017,<<http://www.cnj.jus.br>>).



medicamentos, equipamentos, dietas, suplementos alimentares, gastos com cirurgias, internações e depósitos judiciais (CNJ, 2017, <<http://www.cnj.jus.br>>).

Em estudo econômico realizado pela Organização de Cooperação e de Desenvolvimento Econômico-OCDE, constatou-se que, no ano de 2016, o Brasil gastou mais de 15% de seu PIB em benefícios sociais — na área da saúde é investido, em média, um total de 4,4% do valor do PIB anual —, correspondendo a 35% do total dos gastos do setor público. Desse total, foram gastos cerca de 12% na área da saúde, gastos que envolvem a execução das políticas públicas, estruturação e, inclusive, as demandas judiciais envolvendo à saúde (OCDE, 2018, <<http://www.oecd.org>>).

No mesmo estudo realizado pela OCDE, o qual pretendeu analisar os indicadores de bem-estar do Brasil, subdividindo-os em grupos, no que se refere à saúde, com um indicador de 0 a 10, o Brasil atingiu uma pontuação de 6.63⁶. Ficando 0,93 pontos abaixo da média de todos os países integrantes do OCDE, a qual ficou em 7,56 pontos (OCDE, 2018, <<http://www.oecd.org>>).

No âmbito da judicialização da saúde, o Poder Judiciário brasileiro tende a desconsiderar as limitações financeiras e apegar-se aos postulados da teoria dos direitos fundamentais. Com isso, por mais que os números de demandas voltadas à saúde sejam menores, conforme o Tribunal de Contas da União (TCU, 2017, <<http://portal.tcu.gov.br>>), comparando com outros ramos do direito, geram altos custos aos entes federados e ao próprio poder judiciário, dado que, grande parte das demandas são individuais e com o caráter curativo, sendo raras as ações civis públicas e de caráter preventivas.

Entre os anos de 2013 e 2014 foi registrado pelo Tribunal de Contas da União (TCU, 2017, <<http://portal.tcu.gov.br>>), um total de ações civis públicas envolvendo o direito à saúde de 4% no Tribunal Regional Federal da 1ª Região; 2% no Tribunal Regional Federal da 2ª Região; 2% no Tribunal Regional Federal da 3ª Região; 3% no Tribunal Regional Federal da 4ª Região; e 3% no Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Em nível estadual, durante o mesmo período, as ações civis públicas referente ao direito à saúde representaram um total de 0,03% no Tribunal de Justiça

⁶Cada dimensão de bem-estar é medida por um a quatro indicadores do conjunto de indicadores de Vida Melhor da OCDE. É feita uma média simples para cada indicador normalizado. Os indicadores são normalizados entre 10 (melhor) e 0 de acordo com a seguinte fórmula: (valor do indicador - pior valor mínimo)/[melhor valor - pior valor] x 10. O gráfico individualizado pode ser encontrado em <http://dx.doi.org/10.1787/888933655187>.



do Distrito Federal; 14,44% no Tribunal Justiça de Minas Gerais; 22,9 % no Tribunal de Justiça do Mato Grosso; 4% no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro; 2,4% no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul; 16,25% no Tribunal de Justiça de Santa Catarina; e 5% no Tribunal de Justiça de São Paulo. O único tribunal que destoa desse quadro é o Tribunal de Justiça do Paraná, cuja maioria dos processos consiste em ações civis públicas, totalizando um total de 54% das ações voltadas à saúde.

Diante de todo o exposto, é claro que o texto constitucional comporta determinadas características que o diferenciam do direito comum, diferenciação que se mostra relevante em sede de interpretação constitucional. Isso, se apresenta ainda mais importante ao se falar do direito à saúde, o qual está diretamente ligado a bases constitucionais sustentadas pelo direito à vida e a dignidade humana.

Logo, a judicialização e o ativismo judicial, por mais próximos que possam ser — inclusive na esfera da saúde —, não se confundem. Pois não possuem as mesmas origens, sendo geradas, a rigor, por causas diversas. Em uma análise dentro do contexto brasileiro, judicialização é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional adotado, não sendo um exercício deliberado de vontade política, tendo o judiciário agido por provocação e competência. Já o ativismo judicial, é uma ação, a escolha de uma alternativa específica de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance (BARROSO, 2011, p. 6).

Independente do conceito de Constituição, seja ele formal ou substancial, o Poder Judiciário, por mais que ignore fatores financeiros, técnicos e até a efetivação de outras políticas públicas diversas à saúde, mas com a mesma importância, tem aplicado na prática as normas constitucionais. Cumpre-se com isso, a Constituição em sentido substancial, suprindo competências originárias de outros órgãos do Estado, para com isso, cumprir as normas constitucionais positivadas que tratam do direito à saúde, ou seja, normas em sentido formal.

É assim, que ao comparar o direito à saúde com outros direitos sociais fundamentais previstos pela lei maior, como o direito a educação, segurança, entre outras garantias e liberdades, percebe-se, que o tratamento dos tribunais é disforme quanto a esses direitos, enaltecendo o direito à saúde como um dos direitos mais importantes a ser tutelado (STIVA; GIRÃO, 2016, p. 148).

No entanto, por mais que haja essa diferenciação de tratamento e esses altos valores envolvendo a problemática da judicialização da saúde, muitas vezes os



entes federados se mantêm inertes dentro da perspectiva de efetivação de decisões judiciais que envolvem o tema.

Dessa forma, uma vez já estabelecidos critérios para o fornecimento judicial de determinadas demandas por medicamentos e tratamentos médicos, o Poder Judiciário precisou estabelecer meios de coerção para que suas decisões em face da prestação do direito fundamental à saúde fossem cumpridas.

Passa-se agora, ao estudo jurisprudencial das medidas cabíveis para obrigar os entes a cumprir a força normativa constitucional envolvendo o tema da saúde.

3 STF E AS MEDIDAS COERCITIVAS APLICÁVEIS PARA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

Os direitos fundamentais, principalmente o direito à saúde, positivados na Constituição, como visto, são marcados pela perspectiva e pela progressividade, sendo que exigem uma atuação positiva do Estado, com a finalidade de sua concretização.

No entanto, em muitos casos, onde a União, os Estados e os Municípios são compelidos ao fornecimento destes medicamentos, já tendo sido delimitado o alcance do princípio da integridade da saúde no caso concreto, sendo emitida ordem judicial para o fornecimento do fármaco, os entes se apresentam inoperantes, não cumprindo as decisões judiciais. Deste modo, acabam por criar confrontos entre normas constitucionais, já que, coloca-se em discussão a efetivação do direito à saúde (arts. 6º e 196 a 200 da CF) frente a quebra da separação dos poderes (art. 2º da CF) por meio do ativismo judicial em relação a imposição de multas cominatórias (*astreintes*); e as vedações constitucionais referentes aos bloqueios/sequestros de valores (arts. 100, 160, 167 e 168 da CF) (BRASIL, 1988, <<http://www.planalto.gov.br>>)

A possibilidade de aplicação das *astreintes*, a multa diária, previstas no Código de Processo Civil de 1973, em seu artigo 461, §1º, e no novo Código de 2015 em seu artigo 536, §1º, fundamenta-se em um autêntico modelo de medida coercitiva judicial, com finalidade de tutelar o direito reconhecido no devido processo legal. Instrumento derivado da Revolução Francesa, positivado no Código Civil Francês de 1804 e consagrado no direito brasileiro a partir do Código de Processo Civil de 1939, em seu artigo 999, o qual dispõe que “se o executado não prestar o



serviço, não praticar o ato ou dele não se abster no prazo marcado, o exequente poderá requerer o pagamento da multa ou das perdas e danos” (PEREIRA, 2017, p. 18).

Vale salientar, que a multa diária não substitui a obrigação principal da decisão judicial, somente tem a função coercitiva de compelir o sujeito passivo da ação a cumprir com sua obrigação de dar coisa ou cumprir obrigação de fazer ou não fazer. Frente a isso, a ordem judicial para cumprimento de obrigação e o seu não cumprimento, dentro do prazo estipulado, são pressupostos para aplicação da medida, de preferência, sendo fixada sua possibilidade e seus valores já em sentença.

A contestação frente ao tema da aplicação das *astreintes* se coloca especificamente quanto às obrigações que envolvem os entes da federação, já que, a aplicação de tal medida poderia pôr em confronto os princípios de harmonia, autonomia e independência entre os poderes. Nesse sentido, a doutrina, em sua maciça maioria, reconhece a aplicação da multa como medida coercitiva, tendo a finalidade de tutelar o direito do jurisdicionado frente ao ente público, quando este se manter inerte ao cumprimento da ordem judicial, não existindo embasamento jurídico positivado que vede sua aplicação (PEREIRA, 2017, p. 19).

Nessa mesma perspectiva jurídica, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, já há muito tempo, firmou entendimento da possibilidade da aplicação de multa diária em face de ente público. Em pesquisa⁷ jurisprudencial realizada no site do Supremo Tribunal Federal, utilizando os termos “*astreintes*entes públicos”, “multa diária entes públicos” e “multa diária frente a fazenda pública”, restringindo a pesquisa para julgados no período de 1988 a 2018, verificou-se que o primeiro julgado do tribunal a respeito do tema foi em 1999, através da Petição 1665/MG, tendo como relator o Ministro Moreira Alves (BRASIL, 1999, <<http://www.stj.jus.br>>).

Com isso, no que se refere estritamente ao não cumprimento de ordem judicial que determina o fornecimento de medicamentos, recentemente o Superior Tribunal de Justiça, na apreciação do tema repetitivo nº 98, por meio do julgamento

⁷Nos termos de pesquisa citados foram consideradas as decisões monocráticas, decisões da presidência, acórdãos e decisões de repercussão geral. Sendo a pesquisa limitada para o período de 05/09/1988 (promulgação da Constituição) a 01/01/2018, constatou-se 2 acórdãos, 170 decisões monocráticas e 26 decisões da presidência. Todos os resultados encontrados se referiam a julgamentos diversos, cumulados com o entendimento da possibilidade de aplicação das *astreintes*, não existindo no STF decisão restrita sobre o tema.



do Recurso Especial nº 1474665⁸, também assentou jurisprudência sobre a possibilidade de aplicação de multa diária ao ente que não fornecer medicamento deferido por ordem judicial a pessoa desprovida de recursos (BRASIL, 2018, <<http://www.stj.jus.br>>).

No entanto, os entes públicos alegam que a fixação de multa diária por descumprimento de obrigação em face de Pessoa Jurídica de Direito Público fere o artigo 2º da Constituição Federal que determina que “os poderes serão independentes e harmônicos entre si” (BRASIL, 1988, <<http://www.stj.jus.br>>). Porém, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, tal medida, já há muito tempo defendida pela doutrina, por sua vez, reflete-se na jurisprudência firmada pelos Tribunais e se reveste de função coercitiva, tendo por finalidade específica compelir, validamente, o devedor, mesmo que se cuide do Poder Público (BRASIL, 2018, <<http://www.stj.jus.br>>).

Acerca da possibilidade de bloqueio e sequestro de valores, em uma análise constitucional restrita, o ordenamento jurídico pátrio, em regra, não permite tais medidas para o cumprimento de decisões judiciais. Esse raciocínio se apresenta como pressuposto para que a Administração Pública efetive suas políticas públicas, respeitando às normas constitucionais orçamentárias. Neste caso, no que tange à Fazenda Pública, qualquer obrigação de pagar quantia ou de entregar coisa, está sujeita a rito próprio previsto no artigo 100 da Constituição e no artigo 534 do Código de Processo Civil de 2015.

Com tudo, foi passificado pelo Supremo Tribunal Federal, através do Recurso Extraordinário de Repercussão Geral nº 607.582/RS⁹, esse sob relatoria da Ministra Ellen Gracie, o entendimento acerca da possibilidade de bloqueio de valores da Fazenda Pública para garantir o fornecimento de medicamentos, situação diversadas previstas no artigo 100, §6º, da Constituição, pois este não contempla a hipótese de mora do ente estatal frente a ordem judicial que possa implicar grave lesão à saúde ou risco à vida da parte, mas unicamente, para os casos de preterimento do direito

⁸Recurso Especial nº 1474665 seguiu o entendimento que já vinha sendo aplicado pelo STJ, sendo julgado como tema repetitivo foi embasado em entendimentos do STF, quais sejam: REsp nº 201378/SP, Rel. Min. Fernando Gonçalves – REsp nº 784188/RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki – Resp nº 810017/RS, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins (BRASIL, 2018, <<http://www.stj.jus.br>>).

⁹Foram citados no RE 607.582 com Repercussão Geral os seguintes julgados: AI 553.712-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski; AI 597.182-AgR, Rel. Min. Cezar Peluso; RE 580.167, Rel. Min. Eros Grau; AI 66.479, Rel. Min. Dias Toffoli; RE 562.528, Rel. Min. Ellen Gracie; AI 640.652, Rel. Min. Joaquim Barbosa; e AI 724.824, Rel. Min. Cármen Lúcia (BRASIL, 2010, <<http://www.stj.jus.br>>).



de precessão do credor previstos no mesmo artigo em seu parágrafo 2º (BRASIL, 2010, < <http://www.stf.jus.br>>).

Segundo jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, não se confundem o sequestro em situação de descumprimento de sentença transitada em julgado e da ordem cronológica dos precatórios com o deferido em sede de liminar. Diante disso, foi reconhecido através do Recurso Extraordinário com Agravo nº 665.707/RS, sendo matéria de repercussão geral sob o tema de nº 580, a possibilidade de sequestro de verbas públicas para pagamento de crédito a portador de moléstia grave sem observância à regra dos precatórios previstas no artigo 100 da Constituição (BRASIL, 2012, <<http://www.stf.jus.br>>).

Restou decidido, que haverá hipóteses diversas das elencadas no artigo 100, §§ 2º e 6º da Constituição, em que mesmo a tramitação preferencial não será capaz de prevenir danos graves e irreversíveis à dignidade, à saúde e à própria existência da parcela desse grupo especial de credores. Com efeito, aos portadores de doenças graves em estágio tal que se defrontem com o risco de dano irreversível à sua saúde ou mesmo risco de morte, não se pode impor o ônus de aguardar a longa tramitação administrativa do precatório, ainda que processado de forma preferencial. Em tais circunstâncias especiais e visando assegurar a máxima efetividade das regras constitucionais, justifica-se a exceção à regra dos precatórios, restando autorizado o sequestro do montante necessário à satisfação imediata dos direitos fundamentais do credor. Hipótese em que não se visa violação do artigo 100 da Constituição da República, mas exceção justificada pelos mesmos princípios que informam a regra consagrada no seu § 2º, ou seja, a supremacia do direito à vida e a dignidade do ser humano em determinadas hipóteses (BRASIL, 2010, <<http://www.stf.jus.br>>).

Visando fortalecer o entendimento supramencionado, vedando a possibilidade de sequestro das contas dos entes públicos em outras situações, está em trâmite no Supremo Tribunal Federal, propósta de súmula vinculante nº 127. Postulada pelo Município de Teresópolis-RJ, propõe que o sequestro de verbas pública somente pode ser possível: i) exclusivamente no caso dos precatórios para as hipóteses de preterimento de direito de precedência ou de não alocação orçamentária do valor necessário à satisfação do seu débito (art. 100, § 6º, da Constituição); e ii) na hipótese de fornecimento de medicamentos (BRASIL, 2018, < <http://www.stf.jus.br>>).



Perante o exposto, como fora supramencionado, a jurisprudência firmou entendimento a favor da possibilidade de bloqueio e sequestros de valores da Fazenda Pública, baseando-se nos artigos 301 e 497 do Código de Processo Civil, os quais preveem, respectivamente, que a tutela de urgência de natureza cautelar pode ser efetivada mediante sequestro e que o juiz, na ação de fazer ou não fazer, sendo procedente o pedido, determinará providências que assegurem a efetividade da tutela concedida. Em vista disso, tratando-se de fornecimento de medicamentos, cabe ao Juiz adotar medidas eficazes à efetivação de suas decisões, podendo, se necessário, determinar o bloqueio ou sequestro de valores do devedor segundo o seu prudente arbítrio, e sempre com adequada fundamentação (BRASIL, 2018, <<http://www.stj.jus.br>>).

Em estudo realizado pelo Tribunal de Contas da União, durante os anos de 2013 e 2014, foram bloqueados e sequestrados R\$ 141.918.938,44 das contas do Estado do Mato Grosso; R\$2.318.936,99 das contas do Estado de São Paulo; R\$ 2.595.061,73 das contas do Estado de Santa Catarina; R\$ 1.177.636,80 das contas do Estado do Rio de Janeiro; e um total de R\$ 865,421,66 das contas do Distrito Federal. O estudo contemplou apenas os Estados mencionados e o Distrito Federal (TCU, 2017, <<http://portal.tcu.gov.br>>).

Na prática, tais medidas coercitivas são concedidas apenas em caráter excepcional, onde haja nos autos comprovação de que os entes não estejam cumprindo a obrigação de fornecer os medicamentos demandados e deferidos judicialmente e a demora resulte em risco à saúde e à vida do jurisdicionado. Cabendo ao magistrado, com base no princípio da proporcionalidade e nos elementos fáticos do caso concreto, aplicar a multa diária ou o bloqueio de valores para efetivação da decisão judicial (BRASIL, 2010, <<https://www.stj.jus.br>>).

Nos processos envolvendo o fornecimento de medicamentos, é normal o pedido de antecipação de tutela, sendo sempre deferido nos casos onde verificado o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação — *periculum in mora* — ea probabilidade de deferimento futuro do mérito pleiteado — *fomus boni iuris*. Nestas hipóteses, a jurisprudência, em regra, tem fixado multa diária, no caso de descumprimento da ordem judicial, já na sentença de deferimento da tutela antecipada, sempre respeitando um limite máximo arbitrado pelo magistrado, pois há não existência de limites nestes valores acarretaria em graves prejuízos ordem econômica pública e na efetivação das políticas públicas voltadas a coletividade.



Em caso de persistindo o descumprimento do fornecimento do fármaco/tratamento médico, os tribunais têm aplicado o bloqueio ou o sequestro de valores.

Logo, é cediço pela jurisprudência a aplicação de tais medidas coercitivas, sempre sendo aplicadas em caráter excepcionais, respeitando os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, visando evitar lesão maior a economia e a ordem pública. Uma vez reconhecido o direito no caso concreto, existindo risco à saúde ou à vida do demandante, nos casos onde os entes se mantêm inertes, tais medidas se apresentam com a finalidade de tutelar o direito a saúde e a vida do jurisdicionado, não havendo de se falar em quebra do princípio da separação dos poderes na aplicação das *astreintes* a pessoas de direito público ou, ainda, em se falar de inconstitucionalidade no bloqueio e sequestro de valores da Fazenda Pública, sob o argumento de quebra das regras orçamentárias constitucionais.

Portanto, no estudo jurisprudencial realizado, verifica-se que a jurisprudência, majoritariamente tem seguindo um padrão em suas decisões, nos casos de deferimento do fármaco pleiteado ou tratamento médico, estipulando multa diária, no caso de descumprimento, já em sentença, seja ela liminar ou no trânsito em julgado, determinando um limite máximo no valor e um período razoável para seu cumprimento. Posteriormente, persistindo a inércia do ente, aplicando o bloqueio ou o sequestro de valores, para cumprimento da sentença.

Assim sendo, as medidas aqui estudadas apresentam-se como instrumentos de tutela do direito prolatado na sentença judicial. Na medida que, os entes, em alguns casos, se mantêm inertes as decisões proferidas, dessa forma, não haveria eficácia dessas decisões, concretizando o direito à saúde, caso não houvessem instrumentos coercitivos capazes de compelir os entes a efetivação do direito reconhecido no devido processo legal.

4 CONCLUSÃO

O direito à saúde, direito fundamental social, garantido pela Carta Constitucional, traz a problemática da judicialização da saúde, que é a procura cada vez mais ao Poder Judiciário para fornecer esse direito, quando da demora ou ineficácia da atuação dos demais poderes, como para burlar o sistema da saúde. Todavia, verifica-se que não é de todo eficaz a decisão judicial concedendo determinado medicamento ou tratamento ao cidadão, se essa decisão não é



cumprida. Dessa forma, ao questionamento aqui proposto, que consiste em: Quais as medidas coercitivas aplicadas aos entes federados quando estes não cumprem as decisões judiciais que visam tutelar o direito fundamental à saúde? Responde-se no seguinte caminho: são aplicáveis, em caso de não cumprimento de decisão judicial, a aplicação de multa diária, após o prazo estipulado para fornecimento do medicamento ou tratamento médico, persistindo a inércia do ente federado, ou, ainda, em caráter liminar de urgência, o bloqueio e o sequestro de valores das contas públicas.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Portal de e-governo, inclusão digital e sociedade do conhecimento*. 2011. Disponível em: <http://www.pge.rj.gov.br/sumario_rev63.asp> Acesso em 17 de set. de 2017, p. 3-11.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 23 de abr. De 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Petição nº 1665. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, DF, 15 de fevereiro de 1999. Disponível em: <<http://stf.jus.br>>. Acesso em: 25 de abr. de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral em Recurso Extraordinário 607.582. Relator: Ministra Ellen Gracie, DF, 13 de agosto de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=61379>>. Acesso em: 05 de ago. de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Proposta de Súmula Vinculante 127. Proponente: Município de Teresópolis-RJ. Brasília, DF, 09 de fev. 2018. Disponível em: <<http://stf.jus.br>>. Acesso em: 19 de abr. de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1474665. Relator: Ministro Francisco Falcão. Brasília, DF, 12 de mar. de 2018. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 25 de abr. de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo 665.707. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 04 de out. 2012. Disponível em: <<http://stf.jus.br>>. Acesso em: 19 de abr. de 2018.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 108.



CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Ministério da Saúde alerta sobre custos da judicialização. 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br>>. Acesso em: 25 de abr. de 2018.

GERVASONI, Tássia; LEAL, Mônia. *Judicialização da política e ativismo judicial na perspectiva do Supremo Tribunal Federal*. Curitiba : Editora Multideia, 2013, p. 18-52.

LUFT, Celso Pedro. *[vocábulo: jurisdição] Minidicionário Luft*. São Paulo: Ática, 2000, p. 410.

MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2017, p. 55-402.

OCDE. Relatórios Econômicos OCDE Brasil. 2018. Disponível em: <<https://www.oecd.org>>. Acesso em: 27 de abr. de 2018.

PEREIRA, Rafael Casseli. *A multa judicial (astreintes) e o CPC/2015*. Salvador-BA: Editora Juspodivm, 2017, p. 18-19.

SOBRINHO, Liton Lanes Pilau. *O direito sanitário: uma perspectiva democrática deliberativa*. *Revista Justiça do Direito*, 2003: 28-36.

STIVA, Sephora; GIRÃO, Filomena. A judicialização da saúde: breves comentários. *Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário*, Brasília, v. 5, n. 2, abr./jun, 2016, p. 148.

TORRES, Ricardo. *O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 70.