

CONASS

para entender a gestão do SUS

2015

DIREITO À SAÚDE

Artigo

O SEQUESTRO DE VERBA PÚBLICA E A IMPOSIÇÃO DE
MULTA COMINATÓRIA COMO MEIO DE EFETIVAÇÃO
DO DIREITO À SAÚDE: UMA ANÁLISE SOB A
ÓTICA DA ADMINISTRAÇÃO

© 2015 – 1ª Edição

CONSELHO NACIONAL DE SECRETÁRIOS DE SAÚDE – CONASS

É permitida a reprodução parcial ou total deste artigo, desde que citadas a fonte e a autoria.

Este artigo faz parte da publicação *Direito à Saúde*, da coleção *Para Entender a Gestão do SUS – 2015*.

A coleção *Para Entender a Gestão do SUS – 2015* está disponível gratuitamente para *download* no site www.conass.org.br.

**Os artigos publicados traduzem a opinião dos seus autores. Sua publicação obedece ao propósito de estimular o debate e refletir as diversas opiniões e pensamentos.
Direitos de reprodução cedidos ao CONASS.**

Organização da Coleção

René Santos

Coordenação do Livro

Alethele de Oliveira Santos

Edição

Adriane Cruz

Tatiana Rosa

Revisão Ortográfica

Sem Fronteira Idiomas

Projeto Gráfico e Diagramação

Marcus Carvalho

O sequestro de verba pública e a imposição de multa cominatória como meio de efetivação do direito à saúde: uma análise sob a ótica da administração

Gisele Bechara Espinoza¹

RESUMO

O presente artigo adota como tema o impacto das decisões judiciais ao Orçamento Público e às Políticas Públicas na área da saúde. Sob a análise do crescente ativismo judicial, que adota cada vez mais funções regulatórias, analisou-se a dificuldade da Administração em se adequar a esse novo sistema de judicialização das políticas públicas. A metodologia utilizada compreende estudos bibliográficos, incluindo artigos, monografias, pesquisa de dados e estudo de casos específicos. Apresenta-se uma análise introdutória sobre o tema, trazendo conceitos legais, as dificuldades advindas da ingerência de um Poder nas atribuições do outro e as respectivas consequências que, ao final, são suportadas pela própria população. Conclui-se que o Judiciário tem decidido com base em princípios gerais e com certo grau de indeterminação normativa. Essas decisões, por vezes, extrapolam os limites de sua própria competência, contrariam regras legais e definem novas políticas públicas em substituição às já existentes.

INTRODUÇÃO

A busca da efetividade da tutela jurisdicional tem impactado de forma nefasta a Administração Pública que suporta danos que extrapolam os limites do caso concreto. Sob a justificativa de, casuisticamente, assegurar a efetividade de um único processo, o Poder Judiciário se autoinveste da função regulatória e cria uma desordem institucional dentro do Sistema Único de Saúde (SUS).

Atualmente, muito se tem falado sobre decisões judiciais e posicionamentos doutrinários que sustentam a possibilidade do bloqueio das verbas públicas a partir da aplicação da cláusula geral executiva prevista no artigo 461, § 5º, do Código de Processo Civil (BRASIL, 1973), que procura garantir a efetiva tutela jurisdicional e a eficácia dos provimentos jurisdicionais.

Sob o argumento de facilitar o acesso popular aos medicamentos e aos serviços públicos, os juízes proferem decisões citando belos princípios constitucionais, destacando-se, o da dignidade da pessoa humana, assumindo posturas que refletem sua sensibilidade social e decidindo com propósitos generosos e altruístas.

Nesse contexto, indaga-se: será que uma decisão judicial proferida com base em belas ideias soltas, em cláusulas abertas, nos chamados conceitos gerais indeterminados existentes nas regras principiológicas, podem, de fato, justificar a permissão de algo que a lei proíbe ou não autoriza?²

O grande ativismo judicial evidenciado no direito público, caracterizado por fórmulas mágicas e princípios vagos, em verdade, desconsidera as razões do administrador de regular determinada matéria dessa ou daquela maneira, ignorando todos os estudos prévios da matéria em que já foram consideradas outras alternativas regulatórias, que já anteviram os custos e impactos, que já sopesaram os interesses e possibilidades orçamentárias. Cria-se uma nova regulação e, em *ultima ratio*, um novo Sistema de Saúde – paralelo ao já existente que é único por definição, um sistema abstrato que só aos olhos do Poder Judiciário existe.

1 Procuradora do Estado. Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Santos (UniSantos) (2003) e especialista em Direito Processual Civil e Direito do Consumidor e Processo do Consumidor pela mesma universidade (2008). Atua na 8ª Subprocuradoria Judicial – Coordenadoria Judicial de Saúde Pública da Procuradoria Judicial do Estado de São Paulo (Cojusp).

2 SUNDFELD, Carlos Ari, **Direito Administrativo para céticos**, 2012.

DO SEQUESTRO DE VERBA PÚBLICA E DAS SUAS CONSEQUÊNCIAS

À luz do ordenamento jurídico pátrio, não é concebível, em regra, o bloqueio de verbas públicas para o cumprimento de decisões judiciais. Tal raciocínio afigura-se essencial para que a Administração Pública possa cumprir suas políticas públicas e haja respeito às normas constitucionais orçamentárias (art.167, inc. II, VII e VIII, e 168 da CF) (BRASIL,1988).

Há ainda, expressa proibição de constrição judicial de verbas de uso específico previsto no art. 160 da CF (BRASIL, 1988), o qual veda a retenção ou qualquer restrição à entrega e ao emprego dos recursos atribuídos aos estados, ao Distrito Federal e aos municípios.

Assim, em se tratando da Fazenda Pública, qualquer obrigação de pagar quantia, ainda que decorrente da conversão de obrigação de fazer ou de entregar coisa, está sujeita a rito próprio (CPC, art. 730 do CPC e CF, art. 100 da CF) (BRASIL, 1973), que não prevê, a possibilidade de execução direta por expropriação mediante sequestro de dinheiro ou de qualquer outro bem público, que são impenhoráveis.

A única exceção a essa regra está constitucionalmente prevista no § 6º, do art.100 (BRASIL, 1988), que autoriza o sequestro de bens exclusivamente para os casos de preterimento do direito de precedência do credor.³

O artigo, portanto, não contempla a hipótese de mora do Ente Estatal frente a comando judicial que possa implicar grave lesão à saúde ou risco à vida da parte, mas exclusivamente, para os casos de preterimento do direito de precedência do credor.

Portanto, podemos afirmar categoricamente que não existe previsão legal que empreste esteio à determinação judicial de bloqueio ou sequestro de valores públicos para fins de cumprimento de decisão judicial.

A despeito do regramento jurídico existente, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) em recente julgamento do Tema 80 dos Recursos Repetitivos, anteviu a possibilidade de sequestro/bloqueio de verbas públicas como meio eficaz para garantir o fornecimento de medicamentos (REsp. 1.069.810/RS)⁴.

A consequência dessa inversão de prioridades pelo poder judiciário certamente repercutirá negativamente na Administração Pública. Exemplo ocorrido na Comarca de Campinas, onde foi penhorada conta corrente pública do Centro de Comércio Exterior reservada para aquisição de medicamentos, produtos, equipamentos importados para todo o estado de São Paulo⁵.

A consequência foi desastrosa e o impacto dessa ordem que foi proferida em prol de um único cidadão atingiu de forma negativa todos os demais que estavam em igual situação. Ou seja, sob a justificativa de cumprir a decisão judicial de um caso específico, a ordem acabou por agravar a situação de milhares de pessoas que se encontravam na mesma situação do autor da ação e que, assim como ele, dependiam dessa verba.

3 OJ n. 03 do TST. PRECATÓRIO. SEQUESTRO. EMENDA CONSTITUCIONAL N. 30/00. PRETERIÇÃO. ADIN 1662-8. ART. 100, § 2º, DA CF/1988 (DJ 09.12.2003) O sequestro de verbas públicas para satisfação de precatórios trabalhistas só é admitido na hipótese de preterição do direito de precedência do credor, a ela não se equiparando as situações de não inclusão da despesa no orçamento ou de não-pagamento do precatório até o final do exercício, quando incluído no orçamento.

4 PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. ADOÇÃO DE MEDIDA NECESSÁRIA À EFETIVAÇÃO DA TUTELA ESPECÍFICA OU À OBTENÇÃO DO RESULTADO PRÁTICO EQUIVALENTE. ART. 461, § 5º. DO CPC. BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS. POSSIBILIDADE CONFERIDA AO JULGADOR, DE OFÍCIO OU A REQUERIMENTO DA PARTE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. ACÓRDÃO SUBMETIDO AO RITO DO ART. 543-C DO CPC E DA RESOLUÇÃO 08/2008 DO STJ

1.Tratando-se de fornecimento de medicamentos, cabe ao Juiz adotar medidas eficazes à efetivação de suas decisões, podendo, se necessário, determinar até mesmo, o sequestro de valores do devedor (bloqueio), segundo o seu prudente arbítrio, e sempre com adequada fundamentação 2.Recurso Especial provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução n. 08/2008 do STJ.

5 Processo n. 0014724-46.2009.8.26.0114/1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Campinas.

Nota-se, pois, a visão míope do Poder Judiciário que, sob a justificativa de preservar a dignidade da pessoa humana de uma única pessoa cujo processo encontra-se na sua mesa, desconsidera todo o regramento jurídico de divisão de competência preexistente e da própria política pública estabelecida pela Administração em prol da sociedade. Os prejuízos suportados por toda a coletividade superam em muito qualquer tipo de conforto temporário decorrente dessa decisão judicial.

É nesse sentido a lição de Carlos Ari Sundfed⁶, quando diz:

[...] que é preciso que o Judiciário, transformado em regulador, comporte-se como tal, com todos os ônus que isso envolve. De contrário teremos decisões puramente arbitrárias, construídas de modo voluntarista, gerando uma jurisprudência capaz de flutuar ao sabor das intuições e dos azares – em resumo: pura feitiçaria.

No dia a dia dos servidores públicos que atuam na área de saúde pública é recorrente a constatação de decisões que resultaram da citada “pura feitiçaria”. A guisa de exemplo citamos: (i) determinação para fornecimento, em 48 horas, de medicamento sem registro na Anvisa e que depende de importação, à despeito de Lei que veda a sua comercialização e até mesmo tipifica o ato como crime (art. 19-T, Lei n. 8.080/1990, art. 12 e 66, Lei n. 6.360/1979 e art.273,§1º-B, inciso I, Código Penal); (ii) determinação para fornecimento de medicamentos de uso experimental (*off label*), em manifesto patrocínio público de pesquisas privadas, ao arrepio do disposto no art. 24, Lei n. 6.360/1976, (iii) aplicação de multa pela mora do Estado em fornecer o fármaco, revertida em benefício do próprio autor, em valor deveras superior ao do medicamento, em nítido caráter indenizatório, mesmo após regularizada a entrega; (iv) determinação para cumprimento da decisão judicial, sob pena de multa e responsabilização pessoal Procurador do Estado oficiante do feito, sendo tais situações apenas exemplos do afirmado.

NATUREZA JURÍDICA DA MULTA COMINATÓRIA E DO CABIMENTO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA

Muito já se escreveu acerca desse tema. A multa cominatória é, em verdade, um direito de ressarcimento da parte ou uma forma de coerção do devedor para a satisfação voluntária da obrigação? Pode o Poder Público ser destinatário dessa multa, já que o dinheiro é de toda a coletividade?

Bem, a fixação da multa desta natureza sempre tem caráter provisório, justamente em razão da sua finalidade precípua, qual seja: garantir a efetividade da tutela jurisdicional – e não um direito de crédito em favor da parte.

A finalidade da multa não é a de fazer que o Ente público ou quem deva cumprir decisão judicial, venha a pagar o valor dela. Sua diretriz visa o cumprimento satisfatório da obrigação constitucional em questão e, uma vez assim efetivado, esta não lhe será cobrada.

Para elucidar o tema, Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery⁷ dispõe:

O objetivo precípua das astreintes é compelir o devedor a cumprir a obrigação e sensibilizá-lo de que vale mais a pena cumprir a obrigação do que pagar a pena pecuniária. A ilimitação da multa nada tem a ver com o enriquecimento ilícito do credor, porque não é contraprestação de obrigação, nem tem caráter reparatório.

No mais das vezes, na prática, o que se verifica é a situação em que a Administração atrasa pontualmente a entrega do medicamento em razão de entraves burocráticos decorrentes da complexidade do próprio sistema legal (Lei de Licitações – BRASIL, 1993) e não por sua desídia ou eventual falta do servidor e, logo em seguida, regulariza a entrega que segue sem descontinuidade. Pelo período pretérito que não recebeu, a autora que atualmente recebe o medicamento, em nítido caráter indenizatório, pleiteia do valor da multa.

Ora, se o objetivo da multa fixada é de justamente evitar o descumprimento da ordem judicial e a entrega já se normalizou, não existe motivo plausível para a execução desse valor.

6 SUNDFFELD, Carlos Ari, **Direito Administrativo para céticos**, 2012.

7 NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil**. São Paulo: RT, 2011, p.1065.

Nesse contexto, a cobrança de multa tem evidente cunho indenizatório à parte sem que seja promovida ação indenizatória com este objeto específico o que não encontra guarida no ordenamento jurídico.

Assim o fazendo, o magistrado age *extra petita*, posto que a indenização não fora objeto da ação de obrigação de fazer, sendo objeto apenas de “esperneio” do advogado da parte, em sucessivas tentativas de executar multas em desfavor do Estado.

Caso a parte ou seu representante legal tenham se sentido lesados deverão pela via ordinária comprovar todos os fatos alegados e demonstrar, de forma subjetiva, a *faute du service* injustificada e culposamente causada pela administração, bem como, demonstrar o montante dos danos sofridos a título ressarcimento material e/ou moral.

Assim, a multa só tem lugar caso se verifique a disposição em não cumprir, deliberadamente e sem justificativa o comando judicial. A presunção, 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 legislação⁸.

O que se verifica na prática é a outorga, ao autor, de verdadeiro bilhete premiado contra a Fazenda. Quanto mais 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 a bagatela de R\$ 3 milhões, apenas a título de multa.

O Estado atende um número imenso de pessoas, depende de licitação, contratos e de fornecedores para a implementação de suas políticas públicas, bem como para o cumprimento de suas obrigações advindas de decisões judiciais. Os assuntos de Estado não se desenrolam como os de uma pessoa física.

Questão importante diz respeito ao prazo para cumprimento da obrigação. O § 4º do art. 461 do CPC (BRASIL, 1973) 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.

Não há critério legal para se aferir a razoabilidade do prazo. Na maioria das vezes, os juízes fixam prazo de 48/72 horas para entrega do medicamento (às vezes, importado e sem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa). Nesses casos, a situação é ainda pior já que somente os trâmites legais com a importação duram cerca de 60 dias até a sua conclusão (art. 7 da Portaria 35 de 24/11/06 – Secretaria de Comércio Exterior) (BRASIL, 2006).

Assim, 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 n. 10.520) (BRASIL, 2002), porquanto antes desse prazo legal, a obrigação é de impossível cumprimento, já que os Entes estatais, como já se disse, estão obrigatoriamente submetidos aos ditames da Lei n. 8.666 (BRASIL, 1993)⁹.

Mesmo os casos de dispensa de licitação (art. 24, Lei n. 8.666/1993) e sua inexigibilidade (art. 25) demandariam indispensável procedimento administrativo minimamente para comprovação documental da hipótese e decisão da autoridade.

Recentemente com a o julgamento do Tema 80 dos Recursos Repetitivos, em que o STJ anteviu a possibilidade de sequestro/bloqueio de verbas públicas como meio eficaz para garantir o

8 Esse é o posicionamento adotado na manifestação conjunta elaborada pelos Estados da Federação e Distrito Federal, nos autos no Recurso Especial Repetitivo 1.474.665/RS sobre a temática das multas por descumprimento de decisões judiciais.

9 *Idem*

fornecimento de medicamentos (REsp. 1.069.810/RS) indaga-se se multa cominatória estaria com seus dias contados¹⁰.

CONCLUSÃO

A atuação dos magistrados é resumida pelas palavras da ex-Ministra do Supremo Tribunal Federal Ellen Gracie, ao afirmar que:

[...] as decisões são tomadas caso a caso, de forma concreta, e não de forma abstrata e genérica” e assim “se restringem ao caso específico analisado, não se estendendo seus efeitos e suas razões a outros casos, por se tratar de medida tópica, pontual. (SS 3350 GO, julgada em 16 ago. 2007 *apud* Branco [2008]).

Pertinente a observação de Carlos Ari Sundfeld¹¹ sobre as implicações necessárias ao Poder Judiciário transformado em regulador:

[...] elaborar com clareza e precisão a regra que, a partir dos princípios, entendem dever ser utilizada em juízo para resolver os casos concretos, do mesmo modo que o regular faz os regulamentos com suas especificações, antes de sair tomando atitudes caso a caso. Estudar com profundidade a realidade em que vão mexer, entender as características e razões da regulação anterior, identificar as alternativas regulatórias existentes, antever os possíveis custos e os impactos positivos e negativos, em todos os seus aspectos, da nova regulação judicial que se cogita instituir, comparar as características da regulação existente da cogitada. Tudo isso tem de aparecer na motivação da decisão judicial.

Assim, se de um lado é simples decidir com base na sensibilidade social e urgência do caso concreto, do outro, fica a difícil tarefa de implementar essas decisões judiciais que irradiam danosos efeitos colaterais evidenciados na desestrutura o orçamento público e na colidência com a política pública preestabelecida pelo administrador, real responsável pela construção do interesse público.

REFERÊNCIAS

ALVIM, 1919 José Eduardo Carreira. **Tutela Específica das Obrigações de Fazer e não Fazer na Reforma Processual**. 1997.

BRASIL. Constituição Federal Brasileira de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, 5 out. 1988.

_____. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, 17 jan. 1973.

_____. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, 22 jun. 1993, republicado em 6 jul. 1994 e retificado em 6 jul. 1994.

_____. Lei n. 10.520, de 17 de julho de 2002. Institui, no âmbito da União, estados, Distrito Federal e municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação

10 “Impõe-se, entretanto, pequena correção no comando jurisdicional, com a exclusão das astreintes. Isso porque, a se mostra desnecessária, vez que, em caso de eventual descumprimento do preceito, o juízo tem optado pelo sequestro de verbas públicas, como medida mais célere e eficaz de garantir o fiel cumprimento da ordem judicial. Além disso, tem se observado, em precedentes, que a multa fixada acaba tornando-se o objeto principal do processo, em detrimento ao efetivo fornecimento da medicação, desvio que há de ser olvidado. Portanto, na forma prevista no artigo 461, § 6º, do Código de Processo Civil, fica excluída a multa inicialmente fixada”. Processo n. 032.01.2010.018796-0/000000-000 – n. ordem 5572/2010 – Procedimento Ordinário (em geral) – Isao Nakahara X Estado de São Paulo, Comarca de Araçatuba.

11 SUNDFELD, Carlos Ari, **Direito Administrativo para céticos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Poder Executivo, 18 jul. 2002 e retificado em 30.jul.2002.

_____. Secretaria do Comércio Exterior. **Portaria 35**, de 24 de novembro de 2006. Disponível em: <http://www.mdic.gov.br/arquivo/legislacao/portarias/secex/2006/prtsecex35_2006.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2014.

NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil**. São Paulo: RT, 2011.

SOUZA, Aline. **A judicialização da política e seus impactos na Administração Pública**. Monografia. Disponível em: <<http://monografias.brasilecola.com/direito/judicializacao-politica-seus-impactos-administracao-publica.htm>>. Acesso em: 30/10/2014.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo para céticos**, São Paulo: Malheiros, 2012.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso avançado de processo civil**. São Paulo: RT, 2002.