

**POSSIBILIDADE DE IMPOSIÇÃO DE ASTREINTES A ENTE PÚBLICO PARA FORNECER MEDICAMENTO À PESSOA SEM RECURSOS FINANCEIROS, À LUZ DOS PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

*POSSIBILITY OF IMPOSITION OF ASTREINTES THE PUBLIC ENTITY TO PROVIDE MEDICINES TO THE PERSON WITHOUT FINANCIAL RESOURCES, IN THE LIGHT OF THE PRECEDENTS OF THE SUPERIOR COURT OF JUSTICE*

*Marcelo Lamy<sup>1</sup>*

Universidade Santa Cecília

*Luiz Pinto de Paula Filho<sup>2</sup>*

Universidade Santa Cecília

**Resumo:**

Este estudo objetiva analisar os precedentes produzidos pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), sobre imposição de multa diária a ente público para fornecer medicamentos à pessoa depauperada. Utilizou como metodologia de abordagem o método indutivo e, como metodologia procedimental, o método de estudo de casos para análise dos acórdãos proferidos pelo STJ relativos ao tema estudado. Seus resultados demonstram aumento do número de recursos apreciados pelo STJ; produção de precedentes e evolução de seu entendimento a respeito da matéria, mediante fixação e consolidação de precedente atualmente, e; remanescer questões a serem dirimidas sobre o tema, mediante aprofundamento pela Corte Superior.

**Palavras-chave:**

Multa diária (astreintes). Precedentes judiciais. Superior Tribunal de Justiça.

**Abstract:**

This study aims to analyze the precedents produced by the Superior Court of Justice (STJ), on imposition of daily fine to public entity to provide medicines to the deprived person. It used as an approach methodology the inductive method and, as a procedural methodology, the case study method for the analysis of the judgments given by STJ regarding the subject studied. Their results demonstrate an increase in the number of resources appreciated by the STJ; production of precedents and evolution of their understanding of the matter, by fixing and consolidating precedent currently, and; remain questions to be resolved on the subject, through deepening by the Superior Court.

**Keywords:**

Daily fines (astreintes). Judicial precedents. Superior Court of Justice.

<sup>1</sup> Advogado e Consultor Jurídico (Lamy & Oliveira Sociedade de Advogados). Bacharel em Ciências Jurídicas pela UFPR (1992). Mestre em Direito Administrativo pela USP (2001). Doutor em Direito Constitucional pela PUC-SP (2008). Professor Permanente e Vice-Coordenador do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu, Mestrado em Direito da Saúde, e Professor da Faculdade de Direito da Universidade Santa Cecília - UNISANTA. Líder do Grupo de Pesquisa CNPq/UNISANTA Direitos Humanos e Desenvolvimento Sustentável. Diretor Geral do Observatório dos Direitos do Migrante (UNISANTA). Coordenador do Laboratório de Políticas Públicas (UNISANTA). Fundador do Centro de Pesquisa, Escola Superior de Direito Constitucional - ESDC;. Conselheiro internacional e professor convidado do Instituto Jurídico Interdisciplinar - IJI da Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Editor-Chefe da Revista Brasileira de Direito Constitucional - RBDC.

<sup>2</sup> Advogado. Bacharel em Direito pelas UniFMU (2004); Pós-graduado em Direito Previdenciário pela UNESA (2017); Pós-graduado em Direito da Seguridade Social pela FALEGALE (2018); Mestrando em Direito da Saúde: Dimensões Individuais e Coletivas na Universidade Santa Cecília (UNISANTA). Pesquisador do Grupo de Pesquisas CNPq/UNISANTA Direitos Humanos, Desenvolvimento Sustentável e a Tutela Jurídica da Saúde. Bolsista PROSUP/CAPES.

## 1 INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (CPC/15) (BRASIL, 2015), cujo início de vigência ocorreu em 18 de março de 2016, trouxe consigo uma série de inovações ao ordenamento jurídico processual brasileiro, entre elas, a instituição de um denominado sistema de precedentes, prescrito pelo artigo 926 e seguintes do código geral de processos.

Embora referido sistema de precedentes tenha sido “inaugurado” com a promulgação do Código de Processo Civil vigente, a discussão a respeito da existência e instituição de precedentes judiciais no sistema processual civil brasileiro não é nova, havendo processualistas de grande vulto (como José Rogério Cruz e Tucci, Teresa Arruda Alvim Wambier, Luiz Guilherme Marinoni, entre outros) que já se debruçaram sobre o tema e, com semelhanças e diferenças, entendiam haver no direito processual brasileiro um sistema de precedentes judiciais que, se não idêntico ao sistema do *common law* do direito anglo-saxão, procurava se assemelhar naquilo que era compatível com nosso ordenamento jurídico, principalmente quando ainda vigorava o Código de Processo Civil de 1973 (BRASIL, 1973).

Por outro lado, se a “inauguração” (se assim pode ser chamada) de um sistema de precedentes brasileiro ocorreu recentemente, com a entrada em vigor do CPC/15 (BRASIL, 2015), o mesmo não se pode dizer da proteção à saúde dos cidadãos, cuja salvaguarda ocorreu com a promulgação da Constituição Federal de 1988 (CF) (BRASIL, 1988), ao trazer em seu artigo 196 a previsão de que “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

Outrossim, e procurando explorar a existência de um sistema brasileiro de precedentes judiciais e sua extensão ao denominado Direito da Saúde – área jurídica que tem adquirido maior realce após a vigência da CF e mediante a atual repercussão da judicialização das políticas públicas de saúde brasileiras -, realizou-se estudo utilizando a base de pesquisas do Superior Tribunal de Justiça (STJ) denominada “Pesquisa Pronta” (doravante nomeada PP), disponível no site do STJ, a respeito da possibilidade de imposição de multa diária (astreintes) a ente público, para compeli-lo a fornecer medicamentos à pessoa desprovida de recursos financeiros para sua aquisição.

Neste sentido, a pesquisa em tela se debruçou sobre o “Tema 98” - que afetou o Recurso Especial nº 1.474.665 do Estado do Rio Grande do Sul (STJ, 1ª Seção, REsp 1.474.665/RS, 2017, p. 17) (BRASIL, 2017), em 04/09/2014, para ser julgado de acordo as

regras prescritas pelo artigo 543-C do CPC/73 (BRASIL, 1973), que regulavam o mecanismo de julgamentos de recursos repetitivos submetidos à apreciação dos Tribunais Superiores -, onde estava *sub judice* discussão a respeito da possibilidade de aplicação de multa diária (denominada pelo direito francês de “astreintes” e assim importada pelo nosso ordenamento jurídico) a ente público, a fim de forçá-lo a fornecer medicamento à pessoa desprovida de recursos financeiros na hipótese de litígios judiciais.

Referida discussão foi apreciada pelo STJ segundo o sistema processual de análise de recursos repetitivos regulado pelo CPC/73 (BRASIL, 1973), e dizia/diz respeito ao acesso da população carente (desprovida de recursos financeiros) aos serviços médicos oferecidos pelo Sistema Único de Saúde (SUS) que incluem, entre outros, o de fornecer medicamentos aos que deles necessitem, como estatui o artigo 6º, I, “d”, da Lei 8.080/1990 (Lei Orgânica do SUS) (BRASIL, 1990).

Destarte e, para analisar a existência e espécies de precedentes produzidos pelo STJ a respeito do tema pesquisado, o ponto de partida foi o sistema de PP, disponibilizado pelo site do STJ, que contém acórdãos correspondentes à pesquisa em tela. Advirta-se que, segundo os dados analisados, o sistema de PP do STJ não pode ser tomado como absoluto e isento de falhas, pois, simples busca no sistema de jurisprudência do referido Tribunal Superior demonstra que o primeiro recurso a versar sobre astreintes nesta Corte remonta ao ano de 1991 – Recurso Especial nº 11.368 do Distrito Federal, julgado pela Quarta Turma do STJ em 31/10/1991, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, acórdão publicado no Diário Oficial em 16/12/1991 (BRASIL, 1991) -, e não foi inserido no sistema de PP como referente à hipótese pesquisada.

Para o desenvolvimento do presente trabalho foi utilizado, como metodologia de abordagem, o método indutivo, segundo o qual parte-se de uma análise particular para uma questão mais ampla, mais geral, cuja generalização deriva de observações de casos da realidade concreta (PRODANOV, 2013, p. 28). Como método de procedimento, utilizou-se o método de estudo de casos para análise dos acórdãos constantes do sistema de PP, do site do STJ, relativos ao tema pesquisado.

Assim, procedeu-se à análise de 313 (trezentas e treze) decisões colegiadas (acórdãos) que versam sobre *possibilidade de imposição de multa diária (astreintes) a ente público, para compeli-lo a fornecer medicamentos à pessoa desprovida de recursos financeiros*.

Ademais, foram procedidas análises a respeito da quantidade de recursos julgados por ano dentro do universo de amostragem utilizado; quantidade de recursos julgados por ministro; fundamentos (teses) dos acórdãos analisados – essencial à existência e ao estabelecimento de

precedentes judiciais - e espécies de decisões deles derivadas (*leading case, distinguishing, apply, etc.*); por fim, espécies de decisões proferidas por cada ministro, de modo a indicar, neste momento, qual e/ou quais precedentes vigoram no STJ, atualmente, a respeito do assunto em questão.

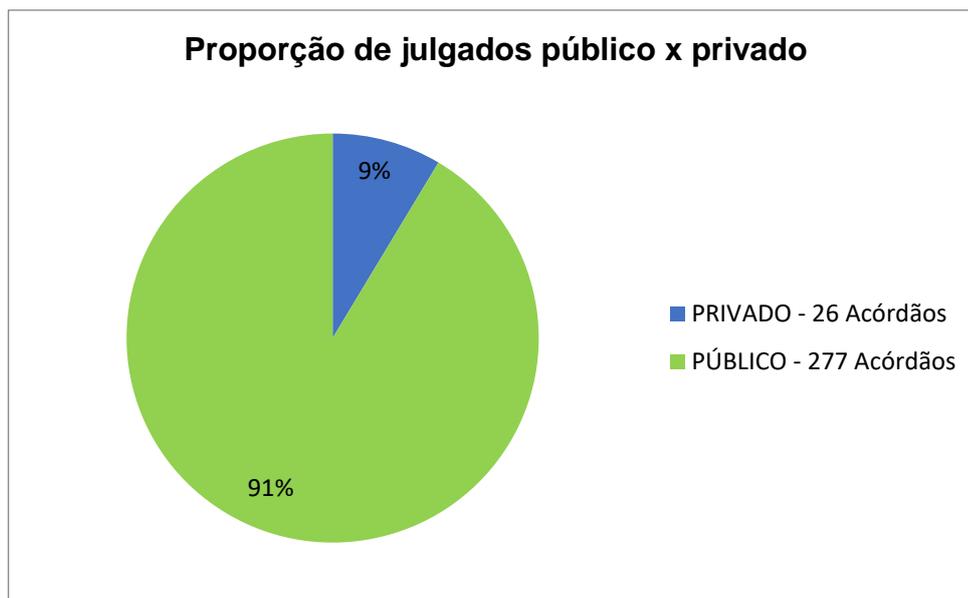
Ressalte-se, por oportuno, que ao longo do presente trabalho se verificará que as decisões incluídas no sistema de PP nem sempre se referiam à imposição de multa diária a entes públicos (relação de direito público), mas também versavam sobre relações de direito privado - o primeiro acórdão constante da PP como representativo de controvérsia trata justamente de relação contratual de seguro-saúde -, o que não prejudicou a pesquisa, apenas influenciou os resultados a seguir apresentados.

Todos os dados analisados e levantados por esta pesquisa visam demonstrar se há, ou não, precedentes judiciais elaborados pelo STJ a respeito da imposição de astreintes a ente público, como mecanismo de compeli-lo a fornecer medicamento à pessoa desprovida de recursos financeiros. Sua importância e pertinência decorrem da necessidade de se verificar quais as eventuais espécies de precedentes têm sido produzidas pelo STJ a respeito do tema desta pesquisa; a evolução do pensamento da Corte Superior sobre a imposição de astreintes a ente público para fornecer medicamentos à população carente ao fixar suas teses e a força destas decisões e, por fim; como o posicionamento da Corte de vértice pode orientar os juízes das instâncias inferiores e, também, contribuir para a evolução do debate a respeito da judicialização das políticas públicas de saúde no Brasil, constituindo importante fator de racionalização e uniformidade das decisões judiciais, a permitir igualdade de tratamento a situações similares e, ao mesmo tempo, flexibilidade do julgador para manejar a variedade de casos que são levados à apreciação dos Tribunais (GONÇALVES, GAZZOLA, 2017, p. 206).

## **2 ANÁLISE DOS ACÓRDÃOS PRODUZIDOS PELO STJ EM MATÉRIA DE IMPOSIÇÃO DE ASTREINTES A ENTE PÚBLICO: FIXAÇÃO DE PRECEDENTES**

Como destacado na introdução deste trabalho, o universo de amostragem utilizado nesta pesquisa, embora faça menção ao entendimento do STJ sobre a imposição de multa diária (astreintes) a ente público, não trouxe acórdãos relativos a apenas esta espécie de relação de direito (público), mas, trouxe também diversas decisões colegiadas proferidas em ações que versavam sobre relações de direito privado que foram consideradas em sua análise e, por isso, divididas por espécie de relação de direito que tratavam, como se verifica do gráfico 1 a seguir:

**Gráfico 1** - Proporção de julgados público x privado



**Fonte:** Elaborado pelo autor

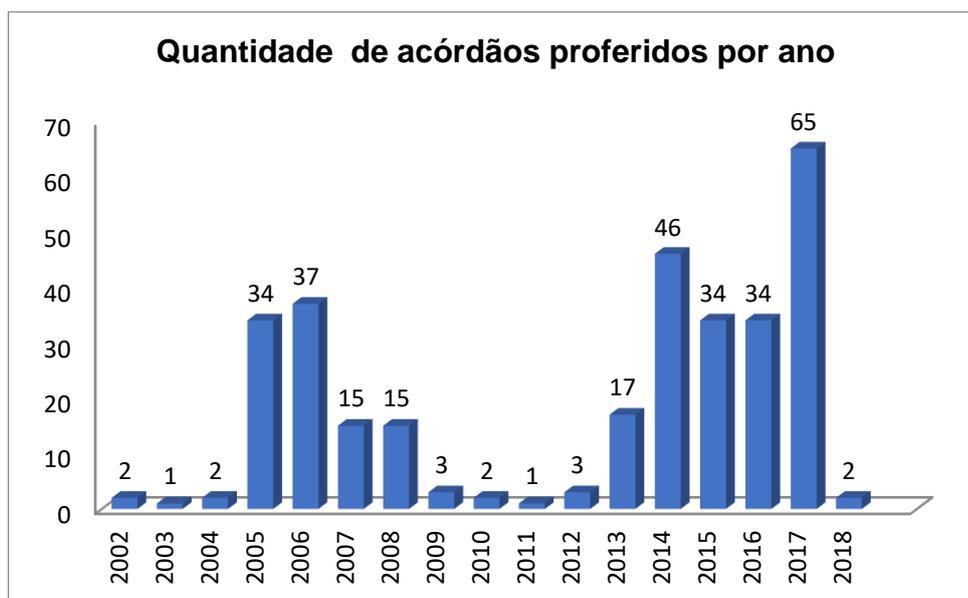
Embora seja possível verificar uma prevalência de recursos julgados que tratavam de relações de direito público, isso não diminui a importância das decisões relacionadas ao direito privado, constantes do universo de amostragem analisado, pois, como dito anteriormente, o primeiro recurso inscrito como representativo de controvérsia no âmbito da PP referente à aplicação de multa diária a ente público, foi proferido em processo que discutia a possibilidade de imposição de astreintes à entidade privada administradora de seguro-saúde - Recurso Especial nº 205.895 do Estado de São Paulo (REsp 205.895/SP) (BRASIL, 2002) -, onde ficou decidido que, embora a principal obrigação da operadora de seguro-saúde fosse de dar (obrigação de pagar o prêmio do seguro-saúde ao nosocômio responsável pela internação), impedindo a aplicação de multa diária, em verdade esta obrigação está cercada de obrigações acessórias (como a expedição de guia de internação, entre outras), que se caracterizam como obrigação de fazer e, por isso, permitem a aplicação de multa diária para instigar ao devedor que cumpra a obrigação que lhe foi imposta.

A discussão supracitada foi, em verdade, precursora de praticamente todo o entendimento que há hoje no interior do STJ a respeito da imposição de astreintes em casos de saúde, na medida em que se consolidou o entendimento de que a aplicação de multa diária só é possível em processos que versem sobre obrigações de fazer - como o fornecimento de remédios, na espécie -, havendo pouca discussão, embora relevante e que se mostrou vencedora como se verá adiante, sobre a possibilidade de aplicação de multa diária em ações que versem sobre obrigações de dar.

Outrossim, num primeiro momento, é possível observar que embora o número de recursos julgados que tratam sobre relações de direito público seja maior, a relevância da matéria tratada no âmbito do direito privado é merecedora de destaque, devido ter orientado todo o entendimento posterior do STJ a respeito da aplicação de multa diária em processos que discutam o direito à saúde.

Além da proporção de recursos julgados em matérias de direito público e privado, é importante destacar, também, o número de recursos julgados pelo STJ por ano sobre o tema em estudo, revelando como ele (tema estudado) foi adquirindo maior destaque e relevância dentro da Corte Superior ao longo dos anos – assim como outros temas relativos à “judicialização da saúde” -, exigindo sua submissão à processualística dos recursos repetitivos, otimizando e racionalizando sua análise, evitando prolação de decisões controversas a seu respeito. Veja-se o gráfico 2 abaixo:

**Gráfico 2 - Quantidade de acórdãos proferidos por ano**



**Fonte:** Elaborado pelo autor

Com efeito, o gráfico acima permite concluir que o tema da aplicação de multa diária (astreintes), em sede de recursos no interior do STJ, experimentou “picos” de avaliação por esta Corte, pois, enquanto nos anos de 2002 a 2004 há um baixo número de recursos julgados a este respeito, é possível observar que nos anos de 2005 e 2006 houve prolífica atuação do Tribunal sobre o tema em questão (34 e 37 recursos julgados, respectivamente) - inclusive com decisões que servem de precedentes até os dias atuais -, havendo nova diminuição do número de recursos

julgados sobre este tema nos anos de 2007 e 2008 (15 recursos julgados por ano) e expressiva diminuição destes números nos anos de 2009 a 2012 (média de 3 recursos por ano).

No ano de 2013 se verifica novo aumento do número de recursos julgados a respeito da imposição de astreintes a ente público, quando foram julgados 17 (dezesete) recursos sobre esta questão, caracterizando nova produção judicial neste aspecto; houve crescimento exponencial do número de recursos julgados sobre o tema em 2014 (46 recursos); relativa diminuição deste número nos anos de 2015 e 2016 (34 recursos por ano), quando, então, houve verdadeira “explosão” do número de recursos julgados pelo STJ que discutiam a imposição de astreintes a ente público, no ano de 2017 (65 recursos).

A avaliação do ano de 2018 foi prejudicada, pois quando da realização desta pesquisa havia chegado poucos recursos ao STJ que versavam sobre este tema. De acordo com o site do STJ, após o julgamento do REsp 1.474.665/RS (BRASIL, 2017), representativo da controvérsia aqui debatida, a Corte Superior já emitiu 88 (oitenta e oito) acórdãos sobre o referido tema, realçando a importância da análise dos precedentes judiciais e a existência, ou não, de efeitos vinculativos às instâncias inferiores.

Sim, pois, o aumento exponencial do número de recursos julgados pelo STJ após o ano de 2017 e que continuou a crescer após o julgamento do recurso repetitivo supracitado, onde se discutiu a aplicação de astreintes a ente público em matéria de saúde (o gráfico 1 aponta a existência de 92% de recursos sobre este tema relativos a direito público, indicando como recorrente o Estado), evidenciam como, realmente, o Poder Público é o “principal cliente” dos serviços oferecidos pelos tribunais de superposição brasileiros, sendo quem mais recorre a eles para discutir decisões que lhes são desfavoráveis.

Se a proporção de acórdãos proferidos em ações de direito público e privado, e o número de decisões colegiadas prolatadas anualmente se mostraram reveladoras a respeito da atividade do STJ, não menos revelador é verificar o número de recursos julgados por ministro no decorrer de todos os anos acima mencionados, como se denota do gráfico 3 abaixo apresentado:

**Gráfico 3** - Quantidade de recursos julgados por Ministro

**Fonte:** Elaborado pelo autor

Do gráfico acima, dois pontos devem ser destacados: o primeiro diz respeito ao número de ministros que julgaram recursos correspondentes à aplicação de multa diária em processos que versavam sobre relações de saúde - 39 (trinta e nove) ministros tiveram recursos que foram submetidos às suas apreciações sobre esta matéria e proferiram acórdãos sobre ela -, e não apenas os ministros destacados (assim apontados por questões de formatação do editor de textos).

O segundo ponto que merece destaque se refere ao fato de que, um ministro julgar mais recursos que outro não significa, especificamente, inovação no pensamento ou posição da Corte sobre a matéria em análise, mas, pelo contrário, importa na manutenção do entendimento anteriormente fixado e profícua produção judicial ao julgar recursos que debatem a imposição de astreintes em casos relacionados à saúde.

Da afirmativa acima é possível se extrair questões que podem, oportunamente, ser analisadas, na medida em que uma profícua produção judicial pode significar obediência ao sistema de precedentes almejado pelo Poder Judiciário e à regra de razoável duração do processo, preconizada tanto pela CF (BRASIL, 1988), quanto pelo CPC/15 (BRASIL, 2015).

Por outro lado, o elevado número de processos julgados por um único ministro sem revelar seu entendimento a respeito do tema analisado - não se perca de vista tratar-se de saúde, erigido como direito fundamental e essencial à qualidade de vida e à própria vida das pessoas -, pode demonstrar eventual desapego à matéria de fundo e implicar em decisões injustas ou que,

mais precisamente, não enfrentam com a devida profundidade assunto que exige maior percuciência e atenção.

Para o que importa neste momento, releva destacar que dois ministros apresentaram números expressivos de acórdãos expedidos nos recursos a respeito da imposição de multa diária (astreintes) a ente público, para fornecimento de remédios a cidadãos carentes: Assusete Magalhães e Herman Benjamin, de acordo com o universo de amostragem, julgaram 36 (trinta e seis) recursos cada um, de um universo de 313 (trezentos e treze) recursos apreciados pelo STJ até a finalização dessa pesquisa.

Neste índice de quantidade de acórdãos prolatados, destacam-se ainda ministros Mauro Campbell Marques (24 recursos), Napoleão Nunes Maia Filho (21 recursos), Humberto Martins (19 recursos), Teori Zavascki (17 recursos), Luiz Fux (16 recursos), Sergio Kukina (15 recursos), Castro Meira e Regina Helena Costa (10 recursos julgados por cada um).

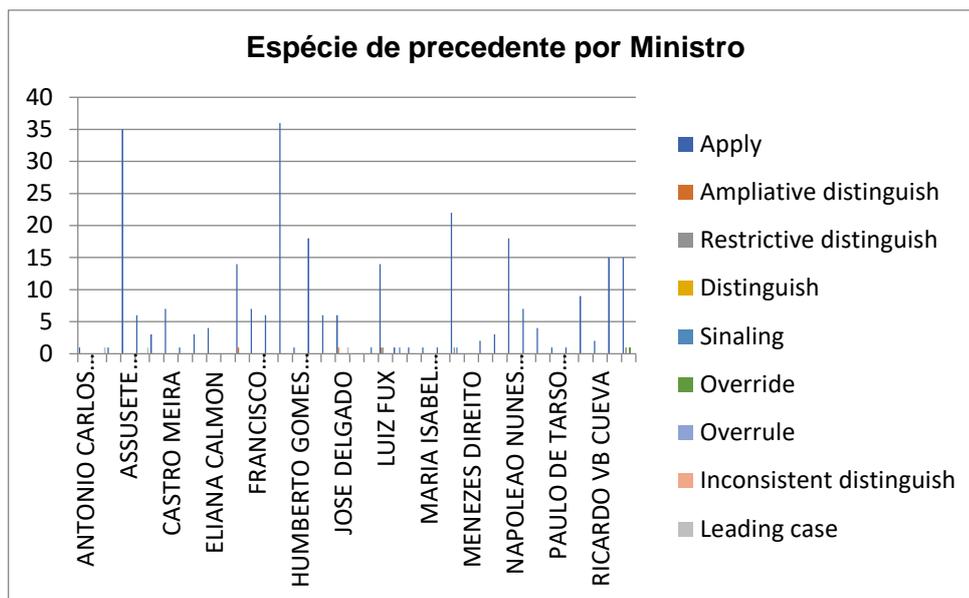
Outros ministros aqui não mencionados tiveram número mais baixo de acórdãos expedidos (menos que 10 recursos julgados sobre o tema da aplicação de astreintes em matéria de saúde), mas que não exatamente importa em irrelevância de suas decisões, *ex. gr.*, ministro Ari Pargendler que, embora, de acordo com a pesquisa e universo de análise, possua apenas um acórdão emitido sobre o tema em voga, sua decisão repercute até os dias atuais sobre o posicionamento da Corte a este respeito.

Da mesma maneira, o ministro Benedito Gonçalves que, embora conte com apenas 8 (oito) acórdãos prolatados dentro da pesquisa aqui realizada, é dele o acórdão proferido no REsp 1.474.665/DF (BRASIL, 2017), que foi afetado para ser julgado segundo a regra dos recursos repetitivos do CPC/73 (BRASIL, 1973) e que, neste momento, é o *leading case* a ser observado pelos tribunais originários a respeito da imposição de multa diária à Fazenda Pública nos processos que versam sobre fornecimento de fármacos a pessoas desprovidas de condições para sua aquisição.

No mesmo sentido é de se destacar os acórdãos proferidos pelos ministros José Delgado, Luiz Fux e Teori Zavascki, que, embora tenham números mais baixos que os apresentados por outros ministros, de acordo com a pesquisa realizada apresentaram posicionamentos que balizaram - e alguns ainda balizam - o entendimento da Corte sobre a aplicação de astreintes à Fazenda Pública em casos relativos à entrega de remédios a pessoas sem condições de adquiri-los.

Para melhor visualização do quanto dito, veja-se o gráfico 4 a seguir, que ilustra a contribuição de cada ministro na produção de precedentes pelo STJ:

**Gráfico 4 - Espécie de precedente por Ministro**



**Fonte:** Elaborado pelo autor

Aqui, é possível verificar o tipo de decisão proferida por cada ministro durante a análise de processos que discutiram o tema objeto deste artigo: como cada um se posicionou, o entendimento sobre a matéria e sua contribuição para a evolução do posicionamento do STJ a respeito da imposição de multa diária a ente público em ações envolvendo o fornecimento de medicamentos às pessoas que não dispunham de numerário para adquirir o fármaco necessário à sua saúde.

Neste ponto, realce-se, como dito alhures, o acórdão proferido no REsp 205.895/SP (BRASIL, 2002), relator ministro Ari Pargendler, relativo à matéria de direito privado e cujo entendimento nele sedimentado fundamentou o entendimento atual da Corte Superior a respeito da aplicação de multa diária em matéria de saúde, tanto em questões relativas às relações privadas, quanto em questões relativas às relações públicas, no sentido de caber a imposição de pena pecuniária diária nos processos que tratem de obrigação de fazer - na hipótese se tratava de imposição de astreintes à operadora de seguro-saúde que se negava a cobrir tratamento de seu segurado, ao argumento de que sua obrigação era de dar (pagar o prêmio do seguro ao hospital pela internação), entendimento que foi superado pelo voto do ministro Ari Pargendler, ao observar que a obrigação de dar da seguradora, embora obrigação principal, estava rodeada de obrigações periféricas que se caracterizavam como obrigação de fazer a permitir, assim, a imposição da multa diária.

Este entendimento, que vigora até os dias atuais, permite caracterizar o acórdão proferido no REsp 205.895/SP (BRASIL, 2002), como verdadeiro *leading case* a respeito da

aplicação de multa diária nos casos que versarem sobre matéria de saúde - como ocorre na presente pesquisa, onde o fornecimento de medicamentos é verdadeira questão derivada do direito à saúde.

Posteriormente, dentro da classificação de precedentes que visualizamos no universo amostral averiguado, verificou-se que o posicionamento adotado pelo ministro José Delgado gerou inovação quanto aos recursos relativos a relações de direito público - especificamente sobre a imposição de multa a ente público para compeli-lo a entregar medicamentos a pessoa desprovida de recursos para sua aquisição -, em 2 (duas) oportunidades, a seguir descritas.

Com efeito, segundo análise realizada, o ministro José Delgado cooperou com referida inovação ao julgar o (i) Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 621.100 do Estado do Rio Grande do Sul (AgRg no Ag 621.100/RS) (BRASIL, 2005), onde, de acordo com a PP do STJ, pela primeira vez foi julgado recurso sobre a imposição de astreintes a ente público para forçar a entrega de fármaco à população sem condição de adquiri-lo - motivo porque classificamos este julgado como *leading case*, eis que específico ao tema desta pesquisa -, e, posteriormente, ampliou seu entendimento ao julgar (ii) Embargos Declaratórios no Agravo de Instrumento 645.565 do Estado do Rio Grande do Sul (EDcl no Ag 645.565/RS) (BRASIL, 2005), para afirmar que o art. 461, §5º, do CPC/73 (BRASIL, 1973) não era taxativo em suas regras, permitindo ao juiz não apenas aplicar multa diária, mas também determinar o bloqueio de contas públicas para compelir o ente público a entregar remédio à pessoa necessitada, caracterizando, outrossim, um *ampliative distinguish* do entendimento anterior, por ele realçado, quando do julgamento do AgRg no Ag 621.100/RS (BRASIL, 2005).

Ainda de acordo com a pesquisa, digna de destaque foi a contribuição do ministro Teori Albino Zavascki que, também em 2 (duas) oportunidades quando ainda integrava o STJ, proferiu acórdãos em julgamentos de recursos que tratavam da aplicação de multa a ente público para compeli-lo a fornecer remédios à pessoa desprovida de recursos financeiros, que contribuíram para a evolução do pensamento da Corte a respeito desta questão.

Numa primeira oportunidade e, em posição diametralmente oposta à adotada pelo ministro José Delgado no EDcl no Ag 645.565/RS (BRASIL, 2005), entendeu ministro Teori, no julgamento do Recurso Especial nº 766.480 do Estado do Rio Grande do Sul (REsp 766.480/RS) (BRASIL, 2005), que, embora seja possível a aplicação de multa diária à Fazenda Pública (medida de *coaço*, segundo seu voto), o mesmo não se pode dizer a respeito do bloqueio de contas públicas (medida de sub-rogação), que devia obedecer ao rito específico estabelecido pela CF (art. 100) (BRASIL, 1988) e pelo CPC/73 (BRASIL, 1973) à época (art.

730), motivo pelo qual é possível identificar o estabelecimento de verdadeiro *override* ao entendimento anterior, que foi revogado em parte.

Frise-se que o entendimento acima apresentado orientou o posicionamento da Corte Superior durante determinado período, até ser oportunamente superado, como se demonstrará adiante.

A segunda contribuição do ministro Teori Zavascki ao entendimento do STJ sobre o tema aqui pesquisado ocorreu quando do julgamento do Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 41.227 do Estado de Santa Catarina (AgRg no AREsp 41.227/SC) (BRASIL, 2012), ao decidir não ser possível a revisão do valor da multa diária (astreintes) imposta à União, por esbarrar na súmula nº 7 (“a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”) (BRASIL, 1990) do tribunal de superposição, prejudicando a discussão sobre sua diminuição ou majoração no âmbito da Corte de uniformização de jurisprudência - o que, conforme a pesquisa procedida, caracteriza este acórdão como um *restrictive distinguish*, quanto à discussão de reavaliação do valor da multa aplicada pelas instâncias originárias. Este entendimento ainda orienta o posicionamento da Corte superior nos dias de hoje.

Outro ministro que contribuiu com a evolução do entendimento do STJ a respeito da aplicação de astreintes a ente público em casos de fornecimento de remédio a pessoas sem condições financeiras foi Luiz Fux. Deveras, segundo a pesquisa elaborada, suas posições serviram e servem, atualmente, para a consolidação do posicionamento da Corte a respeito da questão aqui debatida.

Da mesma forma que os ministros José Delgado e Teori Zavascki, identificou-se a contribuição do ministro Luiz Fux para a evolução do pensamento da Corte de uniformização de jurisprudência em 2 (duas) oportunidades: (i) no julgamento do Recurso Especial nº 746.781 do Estado do Rio Grande do Sul (REsp 746.781/RS) (BRASIL, 2006), e; (ii) ao julgar o Recurso Especial nº 775.233 do Estado do Rio Grande do Sul (REsp 775.233/RS) (BRASIL, 2006).

No julgamento do primeiro recurso supracitado, entendeu o ministro Luiz Fux que, embora as medidas de sub-rogação devam se submeter a procedimento próprio - como destacado pelo ministro Teori Zavascki no julgamento do REsp 766.480/RS (BRASIL, 2005) - , este procedimento deve ser relativizado em face do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana que, nos dizeres do ministro Fux, é “princípio fundante da República”, concluindo que medidas de sub-rogação podem ser aplicadas para apoiar a decisão judicial de constrangimento do devedor, ainda que seja a Fazenda Pública, e que quantias de pequeno valor podem ser entregues pelo Poder Judiciário mediante ato de império.

Por todos estes fundamentos, conclui-se que o entendimento esposado pelo ministro Luiz Fux no REsp 746.781/RS (BRASIL, 2006) se caracteriza como verdadeiro *ampliative distinguish*, eis que ampliou o entendimento restringido pelo REsp 766.480/RS (BRASIL, 2005) - cujo relator foi o ministro Teori Zavascki, como anteriormente demonstrado -, e reverberou durante muito tempo no âmbito do STJ, ao julgar recursos referentes ao tema objeto desta pesquisa.

O segundo julgamento emitido pelo ministro Luiz Fux que, conforme pesquisado, contribuiu à evolução da Corte Superior em matéria de imposição de astreintes a ente público, para forçá-lo a entregar remédios a pessoas sem condições econômicas para comprá-los, foi ao analisar o REsp 775.233/RS (BRASIL, 2006), em que, após o Estado recorrer de decisão que lhe era desfavorável, observou o ministro Fux que o valor das astreintes aplicadas ao caso concreto era desproporcional, pois excessivo e comprometedor das finanças públicas do ente federado recorrente.

Outrossim, entendeu o ministro Luiz Fux ser possível, em sede de recurso especial, proceder a revisão do valor das astreintes quando estas forem desproporcionais (não há menção no acórdão à súmula 7 do STJ), denotando este julgado como *restrictive distinguish* ao entendimento da possibilidade de imposição de multa diária a ente público para entregar remédio (AgRg no Ag 621.100/RS) (BRASIL, 2005), pois, se a aplicação de multa pecuniária diária é possível, ela deverá obedecer a critérios de razoabilidade e proporcionalidade.

Este entendimento, acima apresentado, ainda encontra adeptos no tribunal de superposição nos dias de hoje, com variações linguísticas e de estilística, mas que, no fundo, apresentam os mesmos fundamentos adotados pelo ministro Luiz Fux em seu voto e acórdão.

Destaque-se, ainda, de acordo com os resultados encontrados, as contribuições dos ministros Francisco Falcão e Mauro Campbell Marques para a evolução dos precedentes do STJ, respectivamente.

O primeiro, no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.064.704 do Estado de Santa Catarina (AgRg no REsp 1.064.704/SC) (BRASIL, 2008), decidiu pela ampliação do entendimento declinado no REsp 775.233/RS (BRASIL, 2006), relatado pelo ministro Luiz Fux, evidenciando a presença de um *ampliative distinguish* no caso concreto.

O segundo, ao julgar o (i) Agravo Regimental em Recurso no Mandado de Segurança nº 40.625 do Estado de Goiás (AgRg no RMS 40.625/GO) (BRASIL, 2013), decidindo que a aplicação de multa diária só é possível quando houver indícios de descumprimento da decisão judicial pelo devedor - restringindo a tese de aplicação de astreintes a ente público para fornecer remédio a pessoa sem condições de aquisição do fármaco (*restrictive distinguish*) -, e no

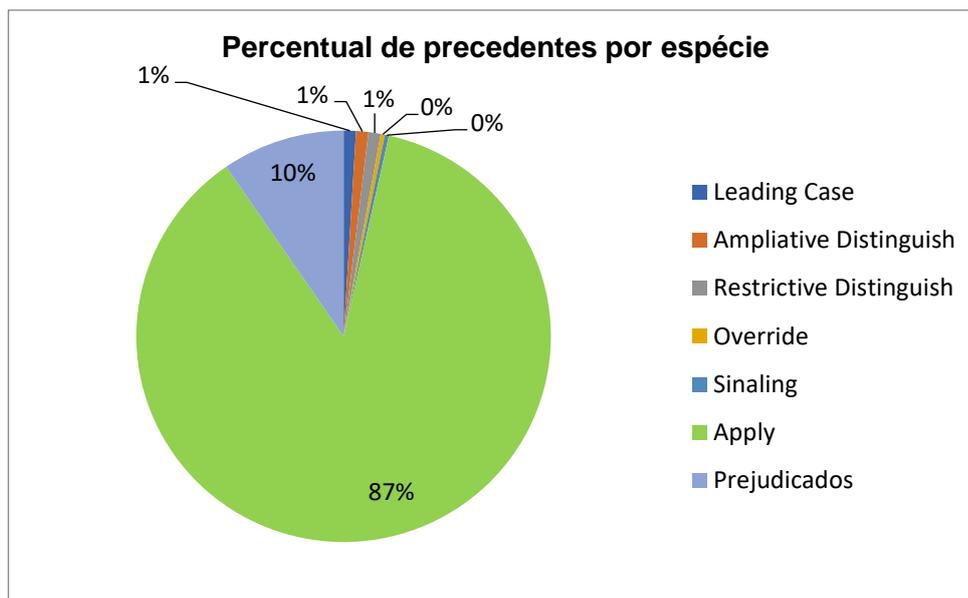
juízo do (ii) Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 466.419 do Estado de Goiás (AgRg no AREsp 466.419/GO) (BRASIL, 2015), onde, após interposição de recurso errado pelo recorrente Estado de Goiás que prejudicava a análise de seu apelo, sinalizou que, superada a discussão a respeito do direito líquido e certo em mandado de segurança (MS), a aplicação de astreintes era questão periférica que permitiria a aplicação do *princípio da fungibilidade recursal* e, por consequência, a revisão do valor da multa pelo STJ, a permitir o enquadramento de sua tese (não vencedora) como *sinaling*, eis que indicadora de novo entendimento a ser oportunamente adotado.

Por fim, deve ser realçada a contribuição do ministro Benedito Gonçalves no julgamento do REsp 1.474.665/RS (BRASIL, 2017), ocorrido em 26/04/2017 e apreciado segundo as normas de julgamento de recursos repetitivos do CPC/73 (art. 543-C) (BRASIL, 1973), onde foi fixado o entendimento da Corte Superior sobre a possibilidade de imposição de astreintes a ente público, para compeli-lo a fornecer remédio a pessoa sem condições financeiras, e que se encontra em vigor nos dias atuais, orientando os tribunais originários a respeito do tema em voga - o que o coloca na posição de *leading case* (inclusive porque assim é classificado pelo STJ).

Os demais ministros que proferiram acórdãos dentro do universo de pesquisa - que, repise-se, utilizou como fonte de dados o sistema de “pesquisa pronta” do STJ -, em regra emitiram decisões que seguiram os entendimentos acima apresentados, consolidando estes entendimentos e, por isso, são caracterizados neste estudo como aplicações dos posicionamentos anteriores (*apply*).

Assim, e para uma visualização estatística da produção de precedentes pelo STJ, veja-se o gráfico 5 a seguir apresentado:

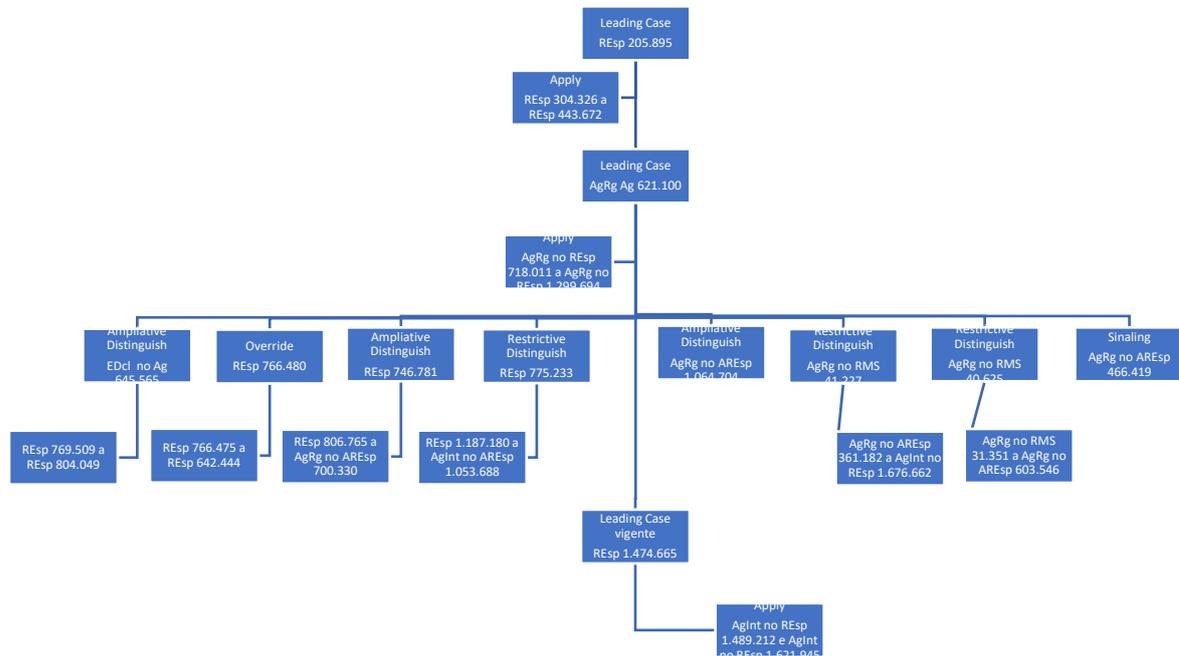
Gráfico 5 - Percentual de precedentes por espécie



Fonte: Elaborado pelo autor

Como se infere do gráfico acima e, de acordo com a pesquisa realizada, 87% das decisões (272 acórdãos) proferidas pelo STJ podem ser caracterizadas como *apply*; 1% (3 acórdãos) se refere a *leading cases*; 1% (3 acórdãos) diz respeito a *ampliative distinguishes*; 1% (3 acórdãos) corresponde a *restrictive distinguishes*, e; 0% (1 acórdão) decorre de processos em que houve um *override* e um *sinaling*. Os 10% (30 acórdãos) a que o gráfico se refere são recursos em que não houve julgamento do mérito recursal ou não foram conhecidos pela Corte Superior, embora inseridos no universo de amostragem pesquisado.

Desta maneira, é possível delinear a evolução do entendimento do STJ a respeito da possibilidade de imposição de multa diária (astreintes) a ente público, para compeli-lo a fornecer medicamento à pessoa desprovida de recursos financeiros, da seguinte maneira (figura 1):

**Figura 1** - Precedentes do STJ e posição atual

**Fonte:** Elaborado pelo autor

Segundo a figura 1 acima destacada, que considerou o universo de pesquisa constante da PP do STJ, é possível visualizar a evolução do entendimento do STJ no decorrer dos anos, a respeito do tema desta pesquisa, desde o primeiro *leading case* por ele proferido, em matéria de direito privado, passando pelo *leading case* que orientou a Corte em relações de direito público, suas variações (*ampliative distinguishes*, *override*, *restrictive distinguishes* e *sinaling*) até sua posição atual sobre o tema - *leading case* REsp 1.474.665/RS, Rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 26/04/2017, DJe 22/06/2017 (BRASIL, 2017).

### 3 DA IMPORTÂNCIA DOS PRECEDENTES ANALISADOS PARA A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL

Observadas as espécies de precedentes fixados pelo Superior Tribunal de Justiça a respeito do tema desta pesquisa – imposição de multa diária (astreintes) a ente público, para compeli-lo a fornecer medicamento à pessoa desprovida de recursos financeiros -, necessário destacar, neste momento, sua importância para a efetivação do direito à saúde no Brasil.

Desde já se advirta, junto com Souza e Oliveira, que a instrumentalização dos direitos sociais é uma medida para o combate da marginalização, das desigualdades sociais e, a garantia do direito à saúde é meio de efetivação do direito à vida e da dignidade humana, enquanto princípio e fundamento da República (SOUZA, OLIVEIRA, 2017, p. 88).

Com efeito, o artigo 926, *caput*, do CPC/15 (BRASIL, 2015), prescreve que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”. Da mesma forma, prescreve o artigo 927 do Diploma Processual Civil em vigor:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:  
I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;  
II - os enunciados de súmula vinculante;  
III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;  
IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;  
V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.  
[...] (BRASIL, 2015)

Desde que entrou em vigor, o CPC/15 desencadeou profundos debates sobre a criação de um sistema de precedentes pelo legislador processual reformador e quais os efeitos que aludidos precedentes teriam perante as instâncias de piso do Poder Judiciário, vinculando ou não juízes e desembargadores das instâncias inferiores.

Para Fredie Didier (2015, meio digital), o artigo 926 do CPC/15 prevê deveres gerais para os tribunais no âmbito da construção e manutenção de um sistema de precedentes, sejam persuasivos e/ou obrigatórios, a saber: a) dever de uniformizar sua jurisprudência; b) o dever de manter essa jurisprudência estável; c) o dever de integridade, e; d) o dever de coerência. Conclui que estes deveres decorrem de um conjunto de normas constitucionais, quais sejam: dever de motivação, princípio do contraditório, princípio da igualdade e segurança jurídica.

No que se refere à criação de um sistema de precedentes, Ronaldo Cramer observa haver fundamentos para a criação de um sistema de precedentes no ordenamento jurídico brasileiro: dois deontológicos (segurança jurídica e isonomia), e três pragmáticos (celeridade processual, desestímulo à litigância e solução para as causas repetitivas) (CRAMER, 2016, p. 53). Da mesma forma, Panutto afirma que o Código de Processo Civil impõe um sistema de precedentes a ser adotado por todo o sistema judiciário nacional, conforme a previsão do artigo 927 do referido diploma legal (PANUTTO, 2017, p. 207). Diversamente, Streck e Abboud destacam que o CPC/15 não tem nada a ver com a criação de um novo sistema, nem com a inauguração de um sistema de precedentes (STRECK, ABBOUD, 2016, meio digital).

Para fins deste trabalho, a discussão a respeito da criação e/ou inauguração de um sistema de precedentes é de menor relevância, pois, todo o trabalho foi elaborado levando em consideração já existir, em maior ou menor grau, a existência de precedentes em nosso ordenamento jurídico desde o CPC/73 (BRASIL, 1973).

Quanto ao efeito vinculativo imposto pelo CPC/15 (BRASIL, 2015), novamente Cramer observa que o esforço legislativo foi para implementar, no art. 927 do CPC, um rol de precedentes vinculantes, inclusive tendo o legislador reformador retirado locução “a princípio” contida no *caput* do artigo, constante do projeto original, para não deixar dúvidas quanto à eficácia vinculante dos precedentes ali descritos (CRAMER, 2016, p. 191). Panutto, na mesma esteira, destaca que o CPC/15 (BRASIL, 2015) almeja a criação de precedentes vinculantes para garantir igualdade e previsibilidade em julgamentos que versem sobre a mesma matéria de direito, garantindo maior segurança às relações jurídicas e isonomia nas soluções de conflito (PANUTTO, 2017, p. 213). Mitidiero afirma que os precedentes emanam exclusivamente das Cortes Supremas e são sempre obrigatórios, ou seja, vinculantes (MITIDIERO, 2015), enquanto Streck e Abboud, por outro lado, afirmam que os provimentos colocados no artigo 927 devem ser lidos como provimentos judiciais legalmente vinculantes, redutores de complexidade para o enfrentamento de lides repetitivas, nada mais que isso (STRECK, ABBOUD, 2016, meio digital). Ainda noutra oportunidade, Streck afirma que nem todos os provimentos elencados no artigo 927 são precedentes (STRECK, 2016, meio digital). Scheleder e Noschang ressaltam que, independentemente do critério adotado pelo sistema jurídico brasileiro para estabelecer uma decisão vinculativa, quanto maior a falta de uniformidade das decisões, maior será a insegurança jurídica e, conseqüentemente, maior também será a instabilidade social (SCHELEDER, NOSCHANG, 2018, p. 47).

Novamente, ressalte-se que esta pesquisa tem o condão exclusivo de analisar os precedentes produzidos pelo STJ em matéria de imposição de astreintes a ente público, para fornecimento de medicamentos à pessoa depauperada, como meio de efetivação do direito à saúde. Para o momento, frise-se apenas que é discutível afirmar que o verbo “observar”, previsto no *caput* do art. 927, tem o mesmo sentido de “dirigir” (art. 139) ou “dever” (art. 939), descritos ao longo do CPC/15 (BRASIL, 2015).

De qualquer maneira, o objetivo deste trabalho é demonstrar as espécies de precedentes elaborados pelo STJ sobre o tema em apreço, como foram formados e fixados, demonstrando a evolução do pensamento da Corte sobre o tema, e como podem ser aprimorados para a melhor consecução de suas determinações e efetivação do direito constitucional à saúde de que trata.

Mesmo porque, o respeito aos precedentes em direito sanitário pode constituir importante fator de racionalização e uniformidade das decisões judiciais (GONÇALVES, GAZZOLA, 2017, p. 206), além de contribuir à efetivação deste direito fundamental garantido constitucionalmente.

Isto posto, importante esclarecer que precedente é, segundo Cramer, “a decisão que cria a norma jurídica que deve ser seguida em casos idênticos, sendo desimportante se o pronunciamento judicial já nasce como precedente ou é reconhecido posteriormente como tal” (2016, p. 80). Para Mitidiero, precedentes são razões generalizáveis que podem ser extraídas da justificação das decisões (MITIDIERO, 2015). Michele Taruffo, jurista italiano, observa que o precedente fornece uma regra universalizável que pode ser aplicada como um critério para a decisão no próximo caso concreto em função da identidade ou analogia entre os fatos do primeiro caso e os fatos do segundo caso (TARUFFO, 2014, p. 4). Em conclusão, Cramer oferece conceito de precedente, afirmando que

[...] respeitando nossas tradições e em respeito ao direito positivo: precedente é todo julgado de tribunal que, por força de sua condição originária ou de reconhecimento posterior, cria a norma jurídica a ser seguida, obrigatoriamente ou não, em casos idênticos. (CRAMER, 2016, p. 86).

Por conseguinte, sendo precedente o criador de norma jurídica, como se observa do conceito supracitado, é certo que ele (precedente) não se confunde com jurisprudência, súmula ou ementa. A respeito desta última (ementa), Cramer observa que atualmente não há alegação de precedente, mas apenas de ementas de julgados, o que se convencionou chamar de ementismo (CRAMER, 2016, p. 99). Nessa mesma direção, Scheleder e Noschang ressaltam que no direito brasileiro, ao menos até a entrada em vigor do CPC/15, os textos que formavam a jurisprudência tinham por base ementas de julgados, sem mencionar os fatos que foram objeto de decisão e essenciais ao deslinde da causa e fixação do *decisum* (SCHELEDER, NOSCHANG, 2018, p. 44).

Sobre súmulas, já se disse que não são precedentes, mas a síntese da tese jurídica criada pelo precedente que retrata o entendimento consolidado do Tribunal, de maneira que o texto da súmula não é adequado para compreender a tese fundante do precedente originário (CRAMER, 2016, pp. 81,82).

Por fim, há diferenças entre precedente e jurisprudência, como a falta de análise comparativa dos fatos e a forma de sua constituição, que, na maioria dos casos, são representadas por enunciados sumulados, desvinculados dos casos concretos que os originaram (SCHELEDER, NOSCHANG, 2018, p. 41). Se diz também que a distinção entre precedente e jurisprudência é quantitativa, pois o primeiro se refere a uma decisão sobre um caso, ao passo

que o segundo é substantivo coletivo, que designa o coletivo de decisões dos tribunais ou de um Tribunal no mesmo sentido a respeito da mesma questão (CRAMER, 2016, p. 72).

Para Taruffo, precedente e jurisprudência se distinguem por seus caracteres quantitativos: ao se falar de precedente, geralmente se faz referência a uma decisão relativa a um caso particular, enquanto que, ao se falar de jurisprudência, leva-se em consideração uma pluralidade muito ampla de decisões relativas a vários e diversos casos concretos (TARUFFO, 2014, p.3). E conclui o jurista italiano:

[...]

O precedente fornece uma regra (universalizável, como já mencionado), que pode ser aplicada como um critério para a decisão no próximo caso concreto em função da identidade ou – como ocorre normalmente – da analogia entre os fatos do primeiro caso e os fatos do segundo caso.

[...]

O uso de jurisprudência tem características muito diferentes. Em primeiro lugar, falta a análise comparativa dos fatos, pelo menos na imensa maioria dos casos. Aqui, o problema depende do que realmente “constitui” a jurisprudência: trata-se como se sabe, sobretudo dos enunciados sumulados (*massime*) elaborados pelo gabinete específico que existe nos Tribunais.

[...]

Por outro lado, frequentemente, descobre-se que a jurisprudência é incoerente e contraditória: tratar-se-á então de estabelecer se há ou não jurisprudência *conforme*, se há uma jurisprudência *prevalente*, se a jurisprudência é *incerta*, ou mesmo se há uma situação de caos jurisprudencial.

Estes problemas não existem, ou surgem apenas em pouquíssimos casos extremos, nos ordenamentos que são realmente fundados no uso do precedente.

[...] (TARUFFO, 2014, pp. 4;6) (grifos do original)

Feitas estas explicações, passar-se-á à análise dos precedentes elaborados pelo STJ a respeito da pesquisa aqui elaborada, de maneira a identificar as espécies de decisões proferidas pela Corte Superior e o que significam para a efetivação do direito à saúde.

Assim, embora o trabalho aqui realizado apresente resultados que podem ser considerados positivos do ponto de vista processual - como o grande número de *applies* anteriormente apontado (87% dos recursos julgados, correspondentes a 272 acórdãos proferidos), a significar uma consolidação do entendimento do tribunal de superposição e maior celeridade na resolução dos julgamentos -, o baixo índice de inovação do entendimento pretoriano (apenas 1% das decisões, equivalente a 3 acórdãos, apresentaram ampliação ou restrição do entendimento anterior; 0% de decisões, ou seja, um acórdão, trouxe uma exceção à tese anterior ou sinalização de novo posicionamento) pode significar desapego à matéria de fundo (direito à saúde) ou análise apressada sobre o tema, implicando em decisões que nem sempre correspondem ao caso concreto ou contribuem à efetivação do direito à saúde.

A este respeito, e analisando os precedentes em saúde na Argentina, Gotlieb, Yavich e Báscolo já observaram que a Corte Suprema de Justiça Argentina fixou decisões que

ampliaram a cobertura de saúde dos cidadãos filiados à seguridade social ou medicina privada daqueles país, mas não entrou na discussão sobre a ampliação da cobertura oficial que deveria oferecer o Estado, deixando, assim, de seguir seus precedentes já fixados em casos similares e que teriam maior incidência na política pública de saúde argentina (GOTLIEB, YAVICH, BÁSCOLO, 2016, p. 8).

Por outro lado, a pesquisa demonstrou como o entendimento pessoal do julgador por vezes influencia o resultado de uma votação e repercute na jurisprudência da Corte, como é possível constatar no julgamento do AgRg no Ag 621.100/RS (BRASIL, 2005) - aqui classificado como *leading case*, pois, segundo o universo de amostragem, foi o primeiro recurso que analisou a possibilidade de aplicação de astreintes à Fazenda Pública -, onde o ministro José Delgado aponta expressamente em suas razões de decidir adotar determinado fundamento por se assemelhar ao seu entendimento da matéria (STJ, 1ª Turma, AgRg no Ag 621.100/RS, 2005, p. 5) (BRASIL, 2005).

Também é necessário haver uma sedimentação do posicionamento da Corte sobre a possibilidade de imposição de astreintes a ente público para fornecer remédios a pessoas sem condições de compra do fármaco quando a relação obrigacional não for de fazer, mas obrigação de dar, como apontado pelo ministro Luiz Fux (STJ, 1ª Turma, REsp 746.781/RS, 2006, p. 13) (BRASIL, 2006).

Com efeito, o tribunal de superposição tem entendimento bem consolidado quanto ao cabimento da imposição de multa diária à Fazenda Pública nos casos que versem sobre fornecimento de remédio (obrigação de fazer), não havendo discussão a este respeito e sendo o posicionamento confirmado pelo *leading case* atualmente em vigor (STJ, 1ª Seção, REsp 1.474.665/RS, 2017, p. 17) (BRASIL, 2017).

Entretanto, a hipótese ventilada no bojo do REsp 746.781/RS (BRASIL, 2006), de imposição a ente público de multa diária e bloqueio de verbas para pagamento/cumprimento da obrigação judicial que lhe é desfavorável (obrigação de dar) ainda necessita de maior discussão e amadurecimento, pois não é incomum ações judiciais em que há a imposição de multa diária em desfavor da Fazenda Pública e, não obstante, ela permanece sem cumprir a obrigação, exigindo medidas mais assertivas do Poder Judiciário para compeli-la a efetivar a ordem judicial, como o bloqueio de verbas.

Da mesma maneira, há processos judiciais em que ocorre a imposição de astreintes a ente público, para forçá-lo a entregar remédio à pessoa sem condições de adquiri-lo e, posteriormente, o bloqueio de verbas para este fim, ocorrendo as duas hipóteses de medidas executivas (de coação e sub-rogação, respectivamente). Ou seja, no mesmo processo se

determina a aplicação de multa (correspondente às obrigações de fazer) e o bloqueio de verbas (equivalente às obrigações de dar), o que implica em confusão a respeito da possibilidade de aplicação das duas medidas coercitivas, ou de apenas uma delas, exigindo o posicionamento pretoriano para a pacificação da controvérsia por vezes instaurada.

Logo, ou prevalecerá o entendimento esposado pelo ministro Teori Zavascki (STJ, 1ª Turma, REsp 766.480/RS, 2005, p. 6) (BRASIL, 2005) - de impossibilidade de bloqueio de verbas -, ou então prevalecerá o entendimento proferido pelo ministro Luiz Fux (STJ, 1ª Turma, REsp 746.781/RS, 2006, p. 13) (BRASIL, 2006). Ressalte-se que o *leading case* em vigor, REsp 1.474.665/RS (BRASIL, 2017), não enfrentou esta questão, exigindo posicionamento da Corte a seu respeito.

Também é importante, para fins de estabelecimento de precedentes pelo STJ, pacificar a questão relativa à possibilidade de revisão da multa aplicada pelas instâncias originárias - posicionamento que reverbera até os dias atuais (STJ, REsp 775.233, 2006, p. 10) (BRASIL, 2006) -, ou se não é possível revisá-la em sede de recurso especial, com base na súmula 7 da Corte, que impede a revisão de matéria fática e assim foi aventado pelo ministro Teori Zavascki (STJ, 1ª Turma, AgRg no AREsp 41.227/SC, 2012, p. 3) (BRASIL, 2012) - entendimento este que é aplicado ainda hoje, de acordo com a pesquisa elaborada.

A discussão acima apontada exige premente posicionamento da Corte Superior, na medida em que (i) ou se entenderá pela possibilidade de revisão do valor da multa aplicada pelas instâncias ordinárias no âmbito do STJ - fomentando discussão jurídica que, de acordo com o pesquisado, no mais das vezes é levantada pelo Poder Público -, gerando relativização (já existente) ou até mesmo a superação da súmula 7 do Tribunal; ou, então, (ii) se prestigiará o verbete sumular em comento e, então, definitivamente não será possível revisar as multas aplicadas pelos tribunais de origem através de recurso especial, revigorando a súmula 7 e confirmando seus efeitos, inaugurados no já longínquo ano de 1990. Nenhum destes pontos foi avaliado pelo REsp 1.474.665/RS (BRASIL, 2017), *leading case* sobre a possibilidade de aplicação de multa a ente público para forçá-lo a fornecer remédio a pessoa sem condições econômicas para compra do fármaco pleiteado.

Neste aspecto, demonstra-se importante encontrar a *ratio decidendi* da súmula 7 do STJ (“a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”), apresentada no precedente originário, para se decidir se ela prevalecerá, ou então deverá ser superada na hipótese aqui estudada. É que, como dito alhures, súmula não é precedente: o precedente pode ser identificado com a *ratio decidendi* de um caso ou de uma questão jurídica, também conhecido como *holding* do caso (MARINONI, 2015). A partir daí é possível verificar a força

do precedente (que, nos ordenamentos de *civil law* é menor que aquele atribuído ao precedente do *common law*), e se são tão influentes e persuasivos a ponto de serem impostos aos juízes sucessivos (TARUFFO, 2014, p. 8).

Ainda, também é necessário que o STJ se posicione a respeito do *restrictive distinguish* (técnica de superação do precedente) - assim classificado pela pesquisa - suscitado pelo ministro Mauro Campbell Marques (STJ, 2ª Turma, AgRg no RMS 40.625/GO, 2013, p. 5) (BRASIL, 2013) sobre a necessidade de comprovação, pelo autor da ação em que pleiteia medicamento, do descumprimento da ordem judicial de entrega do fármaco pelo ente público.

Esta discussão, embora pareça de menor relevância, em verdade se mostra muito importante para o deslinde de muitas controvérsias hoje existentes no judiciário em que se pleiteia o fornecimento de remédios pelo Estado, pois, não raro, um dos fundamentos de defesa do ente público é justamente a falta de pedido administrativo ao órgão público responsável pela concessão de medicamentos à população.

Desta feita, e à semelhança do que ocorreu nas ações previdenciárias onde o Supremo Tribunal Federal decidiu, em caráter vinculante, ser necessário o requerimento administrativo no Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) antes do ingresso da ação judicial (STF, Tribunal Pleno, RE 631.240/MG, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 03/09/2014, DJe 07/11/2014) (BRASIL, 2014), haverá a necessidade da parte que necessita de medicamento proceder requerimento administrativo antes de ingressar com a ação judicial, ou o ingresso da ação será suficiente para caracterizar a pretensão resistida do ente estatal? Esta pergunta não foi respondida pelo REsp 1.474.665/RS (BRASIL, 2017), *leading case* do STJ sobre o tema pesquisado.

Todas estas discussões dependem de **novo** posicionamento do STJ, a respeito da possibilidade de imposição de multa diária (astreintes) a ente público, para compeli-lo a fornecer medicamento à pessoa desprovida de recursos financeiros, a fim de que o tema seja devidamente enfrentado em seus pormenores pela Corte, a permitir a prolação de precedente que de fato sirva de farol às instâncias ordinárias a respeito desta questão e confira segurança em sua aplicação.

Nesse diapasão, de que apenas Cortes Superiores produzem precedentes, Marinoni entende que apenas o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça formam precedentes, que orientam os demais Tribunais inferiores, responsáveis por produzir jurisprudência (MARINONI, 2015). Da mesma maneira, Taruffo afirma que a força do precedente vai de cima para baixo, sendo as Cortes Supremas as verdadeiras Cortes do precedente, cujas decisões são impostas a todos os órgãos judiciários de grau inferior (TARUFFO, 2014, p. 9). Streck se opõe a esta ideia, entendendo que o conceito de interpretação

ficaria restrito às Cortes de vértice (STRECK, 2016, meio digital), prejudicando a interpretação dos juízes de primeira instância, mais próximos dos fatos do caso concreto.

Sem prejuízo de aprofundamento dos debates acima instaurados, parece-nos acertado descrever, ousadamente, que o STJ poderia ter enfrentado no julgamento do REsp 1.474.665/RS alguns dos pontos aqui discutidos, se manifestando no sentido de ser possível a imposição de multa diária (astreintes) a ente público e bloqueio de verbas, excepcionalmente, para compeli-lo a fornecer medicamento à pessoa desprovida de recursos financeiros, cabendo a revisão da multa quando desproporcional (irrisória ou excessiva).

Por certo a redação aqui sugerida já diminuiria, em muito, variadas questões submetidas à Corte diariamente, mesmo porque, se um sistema de precedentes precisa prever técnicas para sua superação (MARINONI, 2015), também deve evitar o problema de variar seus precedentes frequentemente, desprovidos de justificativa séria (TARUFFO, 2014, p. 11), pois, dentre as funções do precedente (para além da segurança jurídica e isonomia), uniformizar a jurisprudência e gerar previsibilidade da resposta judicial estão entre as mais importantes (CRAMER, 2016, p. 98), devendo ser observadas pelos tribunais de superposição, a fim de dar o exemplo às instâncias inferiores, pois a correta aplicação dos precedentes judiciais por meio de um processo hermenêutico-argumentativo é fundamental na busca da legitimidade decisória, visto que o caminho da utilização de técnicas de padronização e racionalização decisórias é irreversível no âmbito processual do direito à saúde (GONÇALVES, GAZZOLA, 2017, pp. 204;207).

Afinal, precisando o Estado desenvolver políticas públicas e planejar suas receitas para que as disposições constitucionais e os objetivos fundamentais da República (art. 3º, CF) (BRASIL, 1988) sejam concretizados (SOUZA, OLIVEIRA, 2017, p. 90), a função do precedente em nosso sistema processual de criar agendas para aprofundar a discussão a respeito da questão decidida (CRAMER, 2016, p. 100) é fundamental, pois, ainda que a judicialização da saúde aqui estudada seja nitidamente paliativa, pois não soluciona o problema da efetivação do direito à saúde (JAQUES, 2013, meio digital), ainda assim mostra-se essencial para a resolução da questão aqui pesquisada e concretização do direito fundamental à saúde, protegido constitucionalmente.

#### **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A presente pesquisa teve o objetivo de demonstrar a existência de precedentes elaborados pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), a respeito de um dos temas que mais afetam

o direito à saúde na atualidade, qual seja, a imposição de multa diária (astreintes) a ente público, para compeli-lo a fornecer medicamento à pessoa desprovida de recursos financeiros.

Utilizou, para tanto, o sistema de Pesquisa Pronta (PP) constante do site do STJ, e analisou trezentos e treze acórdãos referentes ao “Tema 98”, acima citado, que afetou o Recurso Especial nº 1.474.665 do Estado do Rio Grande do Sul (STJ, 1ª Seção, REsp 1.474.665/RS, 2017, p. 17), em 04/09/2014, para ser julgado de acordo as regras prescritas pelo artigo 543-C do Código de Processo Civil de 1973 (CPC/73), de julgamento de recursos repetitivos, onde ficou decidido pela possibilidade de imposição de astreintes a ente público para fornecer medicamento à pessoa depauperada.

Foram avaliadas as espécies de precedentes produzidos pelo STJ a respeito do tema objeto desta pesquisa, o posicionamento dos ministros que se debruçaram sobre esta questão, a evolução do entendimento da Corte Superior a seu respeito e sua atual posição sobre a matéria.

Também foi possível verificar que o STJ experimentou, nos últimos três anos, um aumento exponencial do número de recursos que chegaram à Corte a respeito do fornecimento de medicamentos por ente público, a pessoas desprovidas de recursos financeiros; que o número de recursos julgado por ministro não indica, necessariamente, contribuição à evolução do entendimento do tribunal de superposição a respeito da matéria pesquisada, e; na grande maioria de recursos julgados pelo STJ, a respeito da imposição de astreintes a ente público, para compeli-lo a fornecer fármaco a pessoas sem condições financeiras, utilizou-se a técnica do *apply*; em menor escala foram proferidos *leading cases*, *ampliative distinguishes* ou *restrictive distinguishes* e, apenas em uma oportunidade, foram utilizadas as técnicas do *override* e *signaling*.

Da mesma maneira, há discussões que ainda se encontram pendentes de respostas, como a possibilidade de aplicação de multa nas ações que versem sobre obrigações de dar, ou as astreintes só podem ser aplicadas em processos que se refiram a obrigações de fazer, como é o caso de fornecimento de medicamentos por ente público; se é possível, através de recurso especial, ocorrer a revisão das multas aplicadas pelas instâncias ordinárias, ou esta hipótese é inadmissível com arrimo na súmula 7 do STJ, que impede a rediscussão de questão fática pelo tribunal de superposição, e; se há a necessidade de prévio requerimento administrativo solicitando medicamentos ao ente público, ou o ingresso da ação judicial requerendo o fármaco necessário é suficiente para caracterizar a pretensão resistida do Poder Público.

Todas estas questões devem ser enfrentadas à luz do CPC/15 (BRASIL, 2015), que fixou um sistema de precedentes para orientar as instâncias inferiores do Poder Judiciário a respeito do tema aqui pesquisado, a fim de prestigiar a segurança jurídica e a isonomia, tratando igualmente casos iguais, além de uniformizar e gerar previsibilidade a respeito das respostas

judiciais. Estes pontos são essenciais para se alcance a segurança jurídica pretendida com a reforma processual ocorrida em 2015 e, mais importante, traga a pacificação social por todos almejada - inclusive aqueles que necessitam de remédios, para poderem experimentar alguma paz.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869impressao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869impressao.htm) Acesso em: 24 jun. 2019.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) Acesso em: 24 jun. 2019.

BRASIL. Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm) Acesso em: 02 jun. 2018.

BRASIL. Lei 13.015, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/113105.htm) Acesso em: 02 jun. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma, REsp nº 11.368/DF, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 31/10/1991, DJ 16/12/1991.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, REsp nº 205.895/SP, rel. Min. Ari Pargendler, j. 27/06/2002, DJ 05/08/2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 1ª Turma, AgRg no AG nº 621.100/RS, rel. Min. José Delgado, j. 15/02/2005, DJ 21/03/2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 1ª Turma, EDcl no Ag nº 645.565/RS, rel. Min. José Delgado, j. 03/05/2005, DJ 13/06/2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 1ª Turma, REsp nº 766.480/RS, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 20/09/2005, DJ 03/10/2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Corte Especial, Súmula 7, j. 28/06/1990, DJ 03/07/1990.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 1ª Turma, REsp nº 746.781/RS, rel. p/ acórdão Min. Luiz Fux, j. 18/04/2006, DJ 22/05/2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 1ª Turma, REsp nº 775.233/RS, rel. Min. Luiz Fux, j. 20/06/2006, DJ 01/08/2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 1ª Turma, AgRg no REsp nº 1.064.704/SC, rel. Min. Francisco Falcão, j. 11/11/2008, DJe 17/11/2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 1ª Turma, AgRg no AREsp nº 41.227/SC, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 02/10/2012, DJe 11/10/2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2ª Turma, AgRg no RMS 40.625/GO, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 05/09/2013, DJe 11/09/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, RE 631.240, rel. Min. Roberto Barroso, j. 03/09/2014, DJe 07/11/2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2ª Turma, AgRg no AREsp nº 466.419/GO, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 18/08/2015, DJe 27/08/2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 1ª Seção, REsp nº 1.474.665/RS, rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 26/04/2017, DJe 22/06/2017.

CRAMER, Ronaldo. Precedentes judiciais: teoria e dinâmica. - 1. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

DIDIER JUNIOR, Fredie Souza. Sistema brasileiro de precedentes judiciais obrigatórios e os deveres institucionais dos tribunais: uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência. Revista da Faculdade Mineira de Direito – PUC Minas, v. 18, n. 36 (2015). Disponível em <http://periodicos.pucminas.br/index.php/Direito/article/view/P.2318-7999.2015v18n36p114/11168> Acesso em: 26 jun. 2019.

GONÇALVES, Gláucio Ferreira Maciel; GAZZOLA, Luciana de Paula Lima. Observatório do judiciário sob a ótica do direito à saúde: repensando a aplicação de precedentes judiciais. Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 71, pp. 189-210, jul./dez.2017. Disponível em <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1878> Acesso em: 17 jun. 2019.

GOTLIEB, Verónica; YAVICH, Natalia; BASCOLO, Ernesto. Litigio judicial y el derecho a la salud en Argentina. **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 32, n. 1, e00121114, 2016. Disponível em [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-311X2016000100705&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2016000100705&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 24 jun. 2019. Epub Feb 16, 2016. <http://dx.doi.org/10.1590/0102-311X00121114>.

JAQUES, Marcelo Dias. A tutela dos direitos humanos em um Estado democrático de direito: uma análise crítica da judicialização das políticas públicas de saúde no Brasil. Revista da Faculdade Mineira de Direito – PUC Minas, v. 16, n. 32 (2013). Disponível em <http://periodicos.pucminas.br/index.php/Direito/article/view/P.2318-7999.2013v16n32p121/6084> Acesso em: 26 jun. 2019.

MITIDIERO, Daniel. Precedentes, jurisprudência e súmulas no novo Código de Processo Civil brasileiro. Revista de Processo (RePro), vol. 245 (julho 2015), pp. 333-350.

PANUTTO, Peter. A plena deliberação interna do Supremo Tribunal Federal para a efetiva criação dos precedentes judiciais vinculantes estabelecidos pelo novo Código de Processo Civil. R. Dir. Gar. Fund., Vitória, v. 18, n. 2, p. 205-226, mai/ago. 2017. Disponível em <http://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/941> Acesso em: 18 jun. 2019.

PRODANOV, Cleber Cristiano. Metodologia do trabalho científico [recurso eletrônico]: métodos e técnicas de pesquisa e do trabalho acadêmico. – 2. ed. – Novo Hamburgo: Feevale, 2013.

SCHELEDER, Adriana Fasolo Pilati; NOSCHANG, Patrícia Grazziotini. Precedentes e jurisprudência no direito brasileiro: uma distinção necessária a partir dos sistemas jurídicos de common law e civil law. Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 72, pp. 23-52, jan./jun. 2018. Disponível em <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1898> Acesso em: 17 jun. 2019.

SOUZA, Oreonnilda de; OLIVEIRA, Lourival José de. O custo dos direitos fundamentais: o direito à saúde em frente às teorias da reserva do possível e do mínimo existencial. R. Dir. Gar.

Fund., Vitória, v. 18, n. 2, p. 77-110, mai./ago. 2017. Disponível em <http://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/1058> Acesso em: 18 jun. 2019.

STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. O que é isto – o sistema (sic) de precedentes no CPC? Consultor Jurídico. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes-cpc> Acesso em: 21 fev. 2019.

STRECK, Lenio Luiz. Crítica às teses que defendem o sistema de precedentes – Parte II. Consultor Jurídico. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2016-set-29/senso-incomum-critica-teses-defendem-sistema-precedentes-parte-ii> Acesso em: 21 fev. 2019.

TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. Trad. Chiara de Teffé. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, jul.-dez./2014. Disponível em: <http://civilistica.com/precedente-e-jurisprudencia/> Acesso em: 21 fev. 2019.

**Submissão: 27/06/2019 Aprovação: 04/06/2021**