

A OBRIGATORIEDADE CONSTITUCIONAL DE LICITAR E A APLICAÇÃO DE *ASTREINTES* NA TUTELA JUDICIAL DO DIREITO À SAÚDE

Fernando Henrique Médici¹

Sumário: 1 – Introdução. 2 – O direito à saúde e o regime constitucional da licitação. 3 – A decisão judicial e os casos de dispensa e inexigibilidade de licitação. 4 – A licitação como justa causa de não aplicação da multa processual e a inexigibilidade de conduta diversa do Administrador Público. 5 – Conclusão. Bibliografia.

1. Introdução

A judicialização do direito à saúde tem ganhado corpo nos últimos anos, seja pelo incremento substancial do número de ações judiciais promovidas em face do Estado, seja pelo aumento do ônus orçamentário decorrente do cumprimento das tutelas judiciais deferidas nestas ações.

Somente a título de exemplo, segundo dados divulgados pela Secretaria de Saúde do Estado de São Paulo, entre 2010 e 2015 foram propostas contra o ente federado quase oitenta mil demandas judiciais².

1 Procurador do Estado de São Paulo. Ex-Analista Judiciário junto ao Supremo Tribunal Federal. Especialista em Direito Tributário Constitucional pelo Centro Universitário Toledo – Araçatuba/SP.

2 Reportagem publicada no sítio eletrônico da Secretaria de Saúde do Estado de São Paulo. Disponível em: <http://www.saude.sp.gov.br/ses/perfil/cidadao/homepage/destaques/sp-cria-ofensiva-para-combater-judicializacao-da-saude>. Acesso em: 8 de agosto de 2016.

A quantidade de ações praticamente duplicou entre o início e o fim do levantamento (9.385 ações em 2010 e 18.045 ações em 2015), sendo que atualmente o custo do Estado de São Paulo com o atendimento de demandas judiciais, estimado em um bilhão de reais, superou o orçamento anual destinado ao fornecimento de medicamentos pela rede pública de saúde (600 milhões de reais).

Esta nova realidade surgida da judicialização do direito à saúde tem-se apresentado como um desafio ao gestor público. Se por um lado este é responsável pelo cumprimento efetivo e útil das determinações judiciais, de modo que o bem da vida seja entregue ao cidadão/autor no tempo necessário ao tratamento eficaz de suas moléstias, por outro é instado a promover o gasto público com eficiência, economicidade e obediência às normas constitucionais e legais pertinentes.

Em outros termos, estabeleceu-se um aparente dilema de responsabilização, no qual o ente público e o gestor da área de saúde podem ser simultaneamente cobrados, no âmbito judicial, pela demora no atendimento das tutelas de urgência, com a imposição de sanções processuais ou medidas de coerção indireta, e, no âmbito administrativo, pelo descumprimento do regramento que normatiza a realização do gasto público, constantemente verificada pelos órgãos de controle externo (Ministério Público e Tribunais de Contas).

Um dos pontos de tensão relacionados ao tema diz respeito à legitimidade da condenação estatal ao pagamento de multa processual cominatória (*astreintes*) quando a demora no cumprimento de ordem judicial for ocasionada pela observância ou por alguma intercorrência surgida no processo licitatório.

O presente trabalho tem por objetivo consignar a importância jurídica do instituto da licitação, sob a perspectiva da sua regulação constitucional e legal, bem assim estabelecer posição a respeito do aparente conflito entre a tutela efetiva do direito à saúde e a imprescindibilidade do processo licitatório para a aquisição de bens e serviços pela Administração Pública, de modo que este possa ser considerado como justa causa para a não aplicação da multa processual prevista no art. 537 do Código de Processo Civil de 2015.

2. O direito à saúde e o regime constitucional da licitação

Muito tem se discutido na doutrina brasileira a respeito da possibilidade de exigência judicial de prestações atreladas aos direitos sociais, perante a sua qualificação como direitos fundamentais subjetivos, bem assim sobre a necessidade de intermediação legislativa para a sua exigência plena. Nas palavras de Paulo Gonet Branco:

Há normas constitucionais, relativas a direitos fundamentais, que, evidentemente, não são autoaplicáveis. Carecem da interposição do legislador para que produzam todos os seus efeitos. As normas que dispõem sobre direitos fundamentais de índole social, usualmente, têm a sua plena eficácia condicionada a uma complementação pelo legislador. É o que acontece, por exemplo, com o direito à educação, como disposto no art. 205 da Lei Maior, ou com o direito ao lazer, de que cuida o art. 6º do Diploma³.

No mesmo sentido o Professor José Afonso da Silva:

A regra é que as normas definidoras de direitos e garantias individuais sejam de aplicabilidade imediata. Mas aquelas definidoras de direitos sociais, culturais e econômicos nem sempre o são, porque não raro dependem de providências ulteriores que lhes complementem a eficácia e possibilitem sua aplicação⁴.

Por sua vez, na esfera jurisprudencial, percebe-se que a posição dominante é tendente a conferir maior aplicabilidade/efetividade aos direitos sociais, permitindo a sua exigibilidade judicial no caso de omissão injustificada do Poder Público.

Dentre estes, goza de status diferenciado de proteção o direito de acesso à saúde, diante da fórmula de garantia estabelecida no art. 196 da Constituição Federal (a saúde é direito de todos e dever do Estado), que já foi qualificada pelo Supremo Tribunal Federal como prerrogativa constitucional indisponível⁵.

3 MENDES Gilmar *et al.* *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 329.

4 SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p.180.

5 AI nº 734.487-AgR, Relatora a Ministra Ellen Gracie, julgado em: 3/8/10, Segunda Turma, publicado no Dje de 20/8/10.

Com a abertura interpretativa conferida ao dispositivo constitucional pelo Poder Judiciário, a exigência judicial de prestações subjetivas individuais tem ganhado corpo, sobrepondo-se paulatinamente às políticas públicas coletivas afetas à área da saúde.

Muito embora ambas, teleologicamente, busquem atender ao desígnio constitucional de proteção à saúde do cidadão, há diferença importante no que concerne à racionalidade de sua implementação, sob a perspectiva da universalidade e igualdade de atendimento, da eficiência administrativa e da economicidade do gasto público (arts. 196, 37 e 70 da Constituição Federal).

Tomando como exemplo o dever de fornecimento de medicamentos, tem-se que a incorporação de certo produto farmacêutico pelo Sistema Único de Saúde é realizada com lastro nos princípios acima destacados. Colhe-se da Lei Federal nº 12.401/2011, que deu nova redação à Lei Federal nº 8.080/1990:

Art. 19-Q (...)

(...)

§ 2º O relatório da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS levará em consideração, necessariamente:

I - as evidências científicas sobre a eficácia, a acurácia, a efetividade e a segurança do medicamento, produto ou procedimento objeto do processo, acatadas pelo órgão competente para o registro ou a autorização de uso;

II - a avaliação econômica comparativa dos benefícios e dos custos em relação às tecnologias já incorporadas, inclusive no que se refere aos atendimentos domiciliar, ambulatorial ou hospitalar, quando cabível.

Por outro lado, o modelo judicial de acolhimento das prestações subjetivas individuais, ainda que fundado no dever estatal de promoção do direito à saúde, tem se mostrado insensível a estes outros aspectos constitucionais, apesar das tentativas de orientação e racionalização promovidas por setores do Poder Judiciário⁶. Emanam com regularidade

⁶ Observa-se que o Conselho Nacional de Justiça já realizou duas Jornadas em Direito de

de ordens judiciais para o fornecimento de medicamentos identificados por marcas comerciais específicas, tanto quanto é refutada, com regularidade, a substituição do tratamento prescrito por médico particular por outro disponibilizado gratuitamente pelo SUS, com idêntica eficácia.

Dentro desse contexto maior, de necessidade de harmonização entre os direitos fundamentais e os preceitos constitucionais incidentes sobre a coisa pública, é que se ressalta a importância do processo licitatório como elemento de racionalização da gestão dos recursos públicos da saúde.

Pretende-se demonstrar, ainda que de maneira sucinta, a não incongruência entre a tutela efetiva do direito à saúde e o dever de observância do processo licitatório.

A previsão constitucional referente ao processo licitatório encontra agasalho no capítulo destinado à Administração Pública, mais especificamente no art. 37, XXI, da Lei Maior, cujo teor é o seguinte:

Art. 37(...)

(...)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Em alinhamento ao princípio da unidade da Constituição, nota-se que a obrigação de licitar goza de idêntica dignidade em relação às demais normas constitucionais, não podendo ser relegada pelo intérprete, *a priori*, a um nível inferior de hierarquia ou tida como de menor envergadura.

Surgem diuturnamente no mundo da vida situações conflituosas nas quais o Poder Judiciário será provocado a dirimir o aparente conflito

Saúde, com a edição de enunciados que orientam a atuação judicial nas lides de saúde. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoef/forum-da-saude>. Acesso em: 10 de agosto de 2016.

desta disposição constitucional e o direito de acesso efetivo às prestações de saúde.

No entanto, a pretexto de compatibilizar as normas constitucionais contrastantes, não é dado ao aplicador nulificar o conteúdo de um dos preceitos envolvidos na ponderação sob o pretexto de privilegiar a aplicação do outro. Segundo Inocêncio Martins Coelho, citando as lições de Konrad Hesse:

(...) o princípio da harmonização ou da concordância prática consiste, essencialmente, numa recomendação para que o aplicador das normas constitucionais, em se deparando com situações de concorrência entre bens constitucionalmente protegidos, adote a solução que otimize a realização de todos eles, mas ao mesmo tempo não acarrete a negação de nenhum⁷.

Vale o destaque de que o Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de enfrentar o tema da necessidade de observância da licitação para a aquisição de medicamentos. No julgamento do ARE 709.820/DF, reconheceu-se a inconstitucionalidade de lei distrital que permitia ao usuário do SUS o reembolso pelo Estado do gasto com a aquisição particular de medicamentos, por ofensa ao princípio da obrigatoriedade da licitação⁸. No mesmo sentido, muito embora não fosse o objeto principal da ação, a medida cautelar deferida na ADI nº 4.105/DF, que

7 MENDES, Gilmar *et al.* *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 174/175.

8 “No tocante ao vício material apontado pelo acórdão recorrido, referente à desobediência ao princípio da obrigatoriedade de licitação para aquisição de medicamentos, esta Corte já firmou o entendimento no sentido da exigibilidade de certame licitatório para contratações referentes à prestação de serviços públicos oferecidos pela Administração Pública direta ou indireta, para garantir a igualdade de condições e oportunidades para aqueles que pretendem contratar com a Administração, nos termos do art. 37, XXI, da Constituição.

É que a licitação é um procedimento com vistas à satisfação do interesse público, que tem por objetivo possibilitar à Administração realizar o negócio mais vantajoso e assegurar, aos administrados interessados em contratar com a Administração, a oportunidade de concorrerem em igualdade de condições.

Desse modo, a previsão da legislação impugnada que permite ao paciente, sob seu critério, adquirir medicamentos diretamente dos estabelecimentos comerciais, tendo garantido o ressarcimento, pelo Poder Público, do valor dispendido mediante apresentação de cupom fiscal da compra afronta os princípios da isonomia e da igualdade entre todos aqueles que pretendem acesso a contratações com a administração” (ARE 709.820/DF, decisão monocrática, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJe de 28/05/14, g.n.).

suspendeu portaria do Ministério da Saúde que violava o princípio da reserva de legislação ao criar novos requisitos a serem observados pelos entes federados nas licitações para a compra de medicamentos.

Por isso, a observância do processo licitatório pelo ente público incumbido do cumprimento da ordem judicial dada para a tutela do direito à saúde não pode ser considerada como ilegítima.

Toda construção normativa ou pretoriana que afaste, *a priori*, este imperativo não guarda consonância com a Constituição Federal, tendo em vista a necessidade de preservação do conteúdo mínimo da disposição.

O afastamento, se necessário, somente é justificável no plano da concretude, por questões de urgência ou risco de ineficácia absoluta da tutela jurisdicional, sendo que não é a generalidade das demandas de saúde que atendem estes requisitos. Diga-se, em suplemento, que o próprio regime legislativo das licitações já possui ferramentas jurídicas para o atendimento destes casos excepcionais.

Não obstante, a despeito da configuração constitucional da obrigatoriedade da licitação, parte das decisões judiciais dadas nas lides de saúde tem simplesmente ignorado esta realidade, sob a bandeira da máxima efetividade dos direitos fundamentais e do tratamento equivalente de todas as pretensões fundadas no direito à saúde.

Tal situação ainda provoca maior preocupação quando, além da oneração estatal com o atendimento das determinações judiciais, soma-se a imposição de sanções processuais decorrentes de um suposto descumprimento injustificado, gerado pela observância do processo licitatório. Destaca-se, dentre as sanções processuais usualmente aplicadas ou dos meios indiretos de coerção ao cumprimento da obrigação, a multa processual cominatória (*astreintes*).

Sob a ótica estritamente constitucional, a multa cominatória revela-se como o meio de efetivação da tutela jurisdicional menos compatível com a Constituição Federal e com o regime jurídico da coisa pública nela inscrito.

Inicialmente, ressalvadas posições em contrário, ao menos nas lides de saúde, a utilização da multa como meio de coerção é a que guarda menos afinidade com o princípio da proporcionalidade.

Sob o prisma do subprincípio da necessidade, tem-se que ela não se presta diretamente a tornar concreto o bem da vida perseguido em juízo, sendo mais gravosa em contraposição a outros meios alternativos de efetivação das tutelas jurisdicionais. Nesse sentido, Paulo Bonavides destaca que “*de todas as medidas que igualmente servem à obtenção de um fim, cumpre eleger aquela menos nociva aos interesses do cidadão*”⁹, aqui encarados na dimensão coletiva (interesse público).

Já sob a ótica do subprincípio da proporcionalidade estrita, verifica-se que a multa provoca uma oneração patrimonial adicional ao Estado, em prejuízo ao erário, cuja destinação, ressalvados casos excepcionais (ex. art. 214 do ECA), é o patrimônio particular do demandante e não se presta a reparar eventuais danos. Ademais, seu pagamento, obrigatoriamente, será efetuado sob o regime de precatórios ou das obrigações de pequeno valor, na forma do art. 100 da Lei Fundamental, desfalecendo o seu caráter coercitivo ou inibitório¹⁰.

Por fim, quando a multa processual, estatuída pela legislação infra-constitucional, é colocada em contraste com a necessidade de observância do princípio licitatório, o intérprete há que dar prevalência a esta segunda disposição, tendo em vista o seu status de norma constitucional.

Por isso, a premência de efetivação do direito à saúde, em tempo útil ao tratamento eficaz do cidadão, não tem o condão, por si só, de legitimar a cobrança da multa processual cominatória, quando não esgotados os meios alternativos, menos gravosos, de efetivação da tutela jurisdicional, ou quanto esteja o ente público promovendo os atos necessários ao cumprimento da ordem por meio do respectivo processo de licitação.

3. A decisão judicial e os casos de dispensa e inexigibilidade de licitação

Caracterizado o status constitucional do princípio da obrigatoriedade da licitação, cabe uma reflexão adicional sobre a concreção deste

9 MENDES, Gilmar *et al.* *Curso de Direito Constitucional*. 21. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 397.

10 CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2013, p. 168.

princípio no âmbito infraconstitucional, em especial sobre as hipóteses de dispensa e de inexigibilidade das licitações, bem assim o enquadramento da decisão judicial como causa de aplicação de um ou outro instituto.

É certo que a previsão sagrada no art. 37, XXI, da Lei Maior traz em seu conteúdo o dever de observância do processo de licitação como diretriz primária de atuação dos poderes constituídos, nos respectivos âmbitos de competência, gerando mandamentos constitucionais legislativos (regulação do processo licitatório, proteção da proibidade administrativa, mandados de criminalização), administrativos e judiciais (resguardo da eficácia das normas constitucionais e legais).

Todavia, pela própria disposição constitucional, restou ao legislador infraconstitucional estabelecer as exceções à obrigatoriedade da licitação, por meio de legislação ordinária, com vistas a acomodar situações excepcionais.

As duas principais fórmulas de exclusão da licitação são a dispensa e a inexigibilidade, consagradas na Lei Federal nº 8.666/1993. Segundo Celso Antonio Bandeira de Mello, acerca da possível conceituação dos institutos:

Certamente em atenção à diversidade de hipóteses em que é cabível a adjudicação direta, isto é, a eleição da contraparte independentemente de licitação, a Lei nº 8.666 tanto prevê casos de dispensa de licitação (art. 24) quanto de sua inexigibilidade (art. 25).

Em tese, a dispensa contempla hipóteses em que a licitação seria possível; entretanto, razões de tomo justificam que se deixe de efetuar-la em nome de outros interesses públicos que merecem acolhida. Já a inexigibilidade resultaria da inviabilidade de competição, dada a singularidade do objeto ou do ofertante, ou mesmo – deve-se acrescentar – por falta dos pressupostos jurídicos ou fáticos da licitação não tomados em conta no arrolamento dos casos de licitação dispensável¹¹.

11 MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 554/555

Quando se analisa a legislação infraconstitucional que trata do processo licitatório, tem-se que não há previsão normativa expressa que enquadre automaticamente a decisão judicial dada na demanda de saúde em alguma das hipóteses de dispensa ou inexigibilidade – no capítulo anterior foi destacada a não equivalência abstrata de todas as pretensões fundadas no direito à saúde, já que incompatível com o princípio da harmonização ou concordância prática das normas constitucionais.

No que tange à inexigibilidade, o enquadramento dependeria essencialmente da singularidade do objeto perseguido em juízo, do fornecedor do bem ou do prestador de serviços, a exemplo da condenação estatal ao fornecimento de medicamento específico (insubstituível em sua eficácia terapêutica) ou à realização de procedimento médico cuja expertise é de apenas uma instituição ou profissional.

Nestes casos, como dito, é o conteúdo da obrigação ou os pressupostos materiais de seu cumprimento que levam à decretação da inexigibilidade, por ausência de viabilidade de competição.

No que concerne à dispensa de licitação, por vezes o Poder Judiciário, ou até mesmo o administrador público, utilizam-se da contratação emergencial prevista no art. 24, IV, da Lei nº 8.666/1993, como elemento justificador para a não realização da licitação. É o teor do preceito:

Art. 24. É dispensável a licitação:

(...)

IV - nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos;

Contudo, do mesmo modo que a inexigibilidade, à falta de hipótese legal expressa que dispensa a licitação para o cumprimento de ordens judiciais, a realização ou não do procedimento depende da caracterização

da situação fática como caso emergencial ou presente risco de ineficácia absoluta da tutela jurisdicional, não se prestando para tal fim a enunciação meramente formal da urgência. Em trabalho específico sobre o tema, Murilo Giordan Santos afirma que:

Devido ao extenso rol de direitos fundamentais encartados na Constituição Federal, essas condenações implicam obrigações diversas para a administração pública, como o fornecimento de medicamentos não contemplados pelo Sistema Único de Saúde (SUS), a realização de cirurgias médicas(...).

De fato, muitas dessas medidas requerem a contratação de bens, obras ou serviços para que a administração possa cumprir a condenação que lhe foi imposta pelo Judiciário. (...)

Ao mesmo tempo, muitas dessas condenações determinam o cumprimento imediato ou em prazo exíguo de seus comandos, sob pena de multa pecuniária, justamente sob o fundamento da “urgência” que a medida requer. Por essa razão, muitos gestores públicos se socorrem à contratação emergencial para promover a contratação de bens, obras e serviços necessários para o cumprimento da condenação judicial. (...)

No entanto, a simples existência de uma decisão judicial determinando medidas administrativas para a concretização de direitos fundamentais não pode servir como causa única e suficiente para a utilização da contratação emergencial. Na verdade, por ser uma das hipóteses de dispensa de licitação, a contratação emergencial só poderá ser utilizada nos casos taxativamente previstos em lei que, por sua vez, não contemplam as decisões judiciais como uma de suas causas ensejadoras. Em outras palavras, o cumprimento de decisão judicial não consta entre os requisitos legais necessários para a operacionalização da contratação emergencial¹².

Observa-se, portanto, que a determinação judicial não pode ser considerada como elemento automático de decretação de dispensa ou inexigibilidade de licitação, independentemente dos elementos fáticos

12 SANTOS, Murilo Giordan. Uso da contratação emergencial para o cumprimento de decisão judicial. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 267, p. 135-162, set./dez. 2014, p. 137/138.

que ensejaram o deferimento da ordem e da caracterização da situação de urgência.

Por outro lado, foram inseridos no rol de hipóteses de dispensa de licitação a contratação de bens e serviços pelo SUS, quando a contratação envolver transferência de tecnologia entre a empresa contratada e o ente público contratante (inciso XXXII) ou para o desenvolvimento de pesquisas tecnológicas na área de saúde (XXXIV). A maioria dos casos debatidos em juízo, todavia, não se enquadra nestas hipóteses.

Cumprido, por fim, estabelecer uma diferenciação entre o regime de cumprimento das tutelas judiciais que deferem prestações unitárias daquelas que estabelecem obrigações de trato sucessivo. Por certo, há lides voltadas ao acesso à saúde que se exaurem em ato material único, como no caso de realização de procedimentos cirúrgicos ou de diagnóstico. Outras, porém, persistem por anos, renovando contínua e regularmente a obrigação imposta ao Estado. Vide, por exemplo, a condenação do Poder Público ao fornecimento de medicamentos para o controle de doenças crônicas, tal qual a hipertensão e a diabetes.

Se o cumprimento inicial de ambas as tutelas é similar, podendo ser dispensada a licitação em razão da urgência na efetivação da tutela jurisdicional, no segundo caso desaparece por completo a situação emergencial que justificaria a não realização do procedimento, justamente pela ausência do elemento de imprevisibilidade da obrigação.

Exsurge daí o dever do Poder Público em realizar com regularidade e eficiência os procedimentos licitatórios necessários à manutenção do fornecimento dos medicamentos, com vistas ao atendimento tempestivo das determinações judiciais e a fim de evitar prejuízos ao tratamento médico dos pacientes. Nesse sentido, já se manifestou o Supremo Tribunal Federal nos atos do RE nº 429.903/RJ¹³.

13 “Ementa: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO E MANUTENÇÃO EM ESTOQUE. DOENÇA DE GAUCHER. QUESTÃO DIVERSA DE TEMA COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. SOBRESTAMENTO. RECONSIDERAÇÃO. PREQUESTIONAMENTO. OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. DEVER. PODER PÚBLICO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I – A questão discutida no presente feito é diversa daquela que será apreciada no caso submetido à sistemática da repercussão geral no RE 566.471-

Em contrapartida, deve o Poder Judiciário reconhecer a legitimidade da atuação do gestor público quando, por obediência à norma constitucional da obrigatoriedade da licitação, emprega os esforços necessários na concretização da obrigação judicial.

A imposição de penalidades processuais ou uso de meios de coerção indireta, em especial a condenação do ente público ao pagamento de multa cominatória, não encontra amparo normativo se o gestor público, como dito, promove os atos administrativos necessários ao cumprimento da tutela judicial com a observância do princípio da obrigatoriedade da licitação. Não se presta como fundamento de condenação a simples declaração formal da urgência no atendimento da ordem judicial, sem a demonstração concreta de que houve omissão injustificada do Poder Público.

Do mesmo modo, se a demora no cumprimento da ordem judicial decorrer de intercorrência do processo licitatório, a exemplo das licitações desertas ou fracassadas, é ausente o fundamento jurídico que ampare a condenação do ente público ao pagamento da multa processual cominatória.

4. A licitação como justa causa de não aplicação da multa processual e a inexigibilidade de conduta diversa do Administrador Público

Sem se pretender no que tange à análise aprofundada do instituto processual da multa cominatória, tem-se que, desde o regramento processual anterior, esta vem sendo classificada como um meio acessório posto à disposição do juízo para a efetivação das tutelas específicas (pro-

RG/RN, Rel. Min. Marco Aurélio. II - No presente caso, o Estado do Rio de Janeiro, recorrente, não se opõe a fornecer o medicamento de alto custo a portadores da doença de Gaucher, buscando apenas eximir-se da obrigação, imposta por força de decisão judicial, de manter o remédio em estoque pelo prazo de dois meses. III – A jurisprudência e a doutrina são pacíficas em afirmar que não é necessário, para o prequestionamento, que o acórdão recorrido mencione expressamente a norma violada. Basta, para tanto, que o tema constitucional tenha sido objeto de debate na decisão recorrida. IV – O exame pelo Poder Judiciário de ato administrativo tido por ilegal ou abusivo não viola o princípio da separação dos poderes. Precedentes. V – O Poder Público não pode se mostrar indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. Precedentes. VI – Recurso extraordinário a que se nega provimento.” (RE 429.903, Primeira Turma, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, publicado no Dje de 14/08/14)

visórias ou definitivas) que estabeleçam obrigações de fazer, não fazer ou de entrega de coisa. Segundo Fred Didier Junior, Leonardo José Carneiro da Cunha, Paulo Sarno Braga e Rafael Oliveira, em obra coletiva:

A multa é uma medida coercitiva que pode ser imposta no intuito de compelir alguém ao cumprimento de uma obrigação. Trata-se de técnica de coerção indireta em tudo semelhante às *astreintes* do direito francês. Por ser medida coercitiva indireta, a multa está relacionada com as decisões mandamentais. Ela é, talvez, a principal, porque mais difundida, medida de coerção indireta, mas não é a única¹⁴

Por certo, as prestações subjetivas fundadas na garantia constitucional do direito à saúde podem ser processualmente enquadradas na categoria de obrigações de fazer e de entregar.

A despeito da discussão sobre a possibilidade de fixação de *astreintes* em desfavor da Fazenda Pública (com o direito de regresso) ou diretamente ao agente público responsável pelo cumprimento da ordem judicial¹⁵, é certo que a edição do novo Código de Processo Civil trouxe consigo algumas alterações relevantes sobre o instituto. Colhe-se do art. 537 da legislação:

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

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

I - se tornou insuficiente ou excessiva;

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

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

14 DIDIER JUNIOR, Fred *et al.* *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: Editora Jus Podivm, v. 5, 2009, p. 442.

15 CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2013, p. 168/169.

§ 3º A decisão que fixa a multa é passível de cumprimento provisório, devendo ser depositada em juízo, permitido o levantamento do valor após o trânsito em julgado da sentença favorável à parte.

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

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

O ponto de interesse diz respeito à consideração da obrigatoriedade do processo licitatório como justa causa para a eventual demora no cumprimento da ordem judicial constituída na lide de saúde, conforme o art. 537, § 1º, II, do CPC de 2015, aliada à necessidade de fixação de prazo razoável de cumprimento (art. 537, cabeça), consentânea com o tempo mínimo necessário à realização do procedimento, ressalvados, logicamente, os casos de urgência.

Tem-se por justa causa a existência de razões fáticas ou jurídicas que dificultam ou impedem o cumprimento da obrigação principal tutelada pelo arbitramento da multa processual cominatória.

À falta de elementos de concreção no texto normativo, é possível a importação do exercício regular do direito (por obediência de outra obrigação legal), previsto no art. 188, I, do Código Civil, como fator de justificação para a eventual demora no cumprimento da tutela judicial.

Tem-se, que, afora a obrigação constitucional de licitar, há previsões normativas infraconstitucionais diversas que reforçam a necessidade de observância deste princípio pelo administrador público.

O cometimento de irregularidades pelo gestor no processo licitatório, seja pela decretação irregular de dispensa/inexigibilidade, ou pela causação de dano ao erário com a contratação de bens ou serviços em valores superiores aos estabelecidos no mercado, entre outros, sujeitam o agente a uma série de punições, seja na seara penal (arts. 89 e seguintes da Lei nº 8.666/93); no âmbito civil, por ato de improbidade administrativa ou crime de responsabilidade (art. 10, VIII, da Lei nº 8.429/1993 e art. 1º, XI, do Decreto-Lei nº 201/1967); ou na esfera administrativa,

pelo cometimento de infração disciplinar ou pela imposição de condenações pelos órgãos de controle externo (ex: Tribunais de Contas, art. 71 da Constituição Federal).

Nesse sentido, em havendo todo um ordenamento jurídico alheio à legislação processual que impõe ao administrador público o dever de licitar, sob pena de responsabilização, injustificável dele se exigir atuação em sentido contrário, já que presente uma obrigação legal específica.

Como ressaltado no capítulo anterior, a ordem judicial nas lides de saúde não constitui em si motivo para a decretação da dispensa ou inexigibilidade da licitação, devendo ser levada em consideração as peculiaridades do caso concreto.

Por essa razão que, como regra, a observância do princípio da obrigatoriedade de licitação deve ser considerada como justa causa para exclusão do pagamento da multa processual cominatória.

Eventual conduta abusiva do administrador é de ser analisada em sua particularidade, sem que isso implique o afastamento, *a priori*, da obrigação constitucional de observância do processo licitatório.

5. Conclusão

Feitas estas considerações, é possível concluir que a Constituição Federal de 1988 colocou o princípio da obrigatoriedade da licitação como elemento central de controle e racionalização do gasto público.

Por sua vez, o atendimento efetivo e útil pelo Poder Público das ordens judiciais que asseguram prestações relacionadas ao direito à saúde não são incompatíveis com o regime constitucional da licitação, seja pela impossibilidade de anulação *a priori* desta previsão constitucional, a pretexto de atendimento de outra norma de idêntica hierarquia, seja porque a ponderação entre o direito fundamental à saúde e a obrigação de licitar devem ser efetuadas no plano da facticidade, desqualificando-se juízos abstratos de preponderância de um sobre o outro, efetuados exclusivamente no plano teórico.

Dentro do limite de conformação dado ao legislador ordinário para a regulação do preceito constitucional, houve a construção de mecanismos de atendimento de situações de urgência. Inobstante, a ordem judi-

cial não deve ser considerada, de per si, como elemento justificador da dispensa ou da inexigibilidade da licitação, sem a análise dos elementos fáticos subjacentes à constituição da obrigação.

Por isso, a obediência ao princípio da obrigatoriedade da licitação, bem assim o acontecimento de intercorrências no curso do procedimento (ex. licitações desertas ou fracassadas), desde que não possam ser atribuídas à falha do administrador público, constituem justa causa para o afastamento da condenação do ente público ao pagamento de multas processuais cominatórias.

Bibliografia

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2013.

DIDIER JÚNIOR, Fred *et al.* *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: Editora JusPodivm, v. 5, 2009.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira *et al.* *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

SANTOS, Murilo Giordan. Uso da contratação emergencial para o cumprimento de decisão judicial. *In: Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 267, p. 135-162, set./dez. 2014.

SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

