

Evento: XXII Jornada de Pesquisa

O CONFRONTO ENTRE O DEVER DO ESTADO E O DEVER DA FAMÍLIA NO CUIDADO DE ENFERMOS: UMA ANÁLISE DESSA RELAÇÃO À LUZ DAS DECISÕES DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RS¹
THE CONFRONTATION BETWEEN THE DUTY OF THE STATE AND THE DUTY OF THE FAMILY IN THE CARE OF THE SICK: AN ANALYSIS OF THIS RELATION TO THE LIGHT OF THE DECISIONS OF THE COURT OF JUSTICE OF THE STATE OF R

Larissa Hecler Bicca², Letícia Lassen Petersen³

¹ TRABALHO DE CONCLUSÃO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO DA FEMA;

² Graduada em Enfermagem pela FURG, Especialista em Saúde Pública pela UNIJUI, Aluna do curso de Graduação em Direito da FEMA, larissabicca@horizontina.rs.gov.br;

³ Doutora em Desenvolvimento Regional pela UNISC, Professora do Departamento de Direito da FEMA, Professora dos Departamentos de Administração, Ciências Contábeis e Psicologia da FAL, letipetersen@yahoo.com.br.

RESUMO

O tema desta pesquisa envolve o direito à saúde e pretende estudar o confronto entre o dever do Estado em oferecer cuidadores ou home care e o dever da família no cuidado de enfermos, através da análise das decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, publicadas no ano de 2016. O questionamento que se busca enfrentar é em que medida a família pode exigir do Estado, cuidadores para seus enfermos, quando há possibilidade fazê-lo? Confrontar o dever do Estado em oferecer cuidadores ou home care e o dever da família no cuidado de enfermos objetiva identificar os limites da responsabilidade estatal na tarefa que envolve “o ato de cuidar”. Trata-se de tema atual e relevante face ao crescimento do ativismo judicial no campo das políticas públicas de saúde, na tentativa de garantir o direito à saúde, constitucionalmente prescrito. O aumento do número de demandas judiciais que possui o Estado enquanto pólo passivo da relação jurídica processual é um fenômeno contemporâneo que tem marcado a sociedade atual. A discussão que se estabelece diante do tema promove a construção de novos saberes, o que contribui com a análise da dimensão social da ciência jurídica e com a produção de relevantes considerações em prol da reflexão da atuação do Estado de bem estar social.

Palavras-chave: direito à saúde, sociedade contemporânea e ciência jurídica.

ABSTRACT

The theme of this research involves the right to health and intends to study the confrontation between the duty of the State to provide caregivers or home care and the duty of the family to care for the sick, through the analysis of the decisions of the Court of Justice of the State of Rio Grande do Sul. South, published in the year 2016. The question that is sought to face is to what

Evento: XXII Jornada de Pesquisa

extent the family can demand from the State, caregivers for their patients, when it is possible to do so? Confronting the duty of the State to provide caregivers or home care and the duty of the family to care for the sick aims to identify the limits of state responsibility in the task involving the act of caring. This is a current and relevant issue in the face of the growth of judicial activism in the field of public health policies, in an attempt to guarantee the constitutionally prescribed right to health. The increase in the number of lawsuits that the State possesses as a passive pole of the procedural legal relationship is a contemporary phenomenon that has marked the current society. The discussion that is established before the theme promotes the construction of new knowledge, which contributes to the analysis of the social dimension of legal science and to the production of relevant considerations in favor of reflection on the performance of the welfare state.

Keywords: Right to health, contemporary society and legal science.

INTRODUÇÃO

O estudo será desenvolvido como Trabalho de Conclusão de Curso e recai sobre a discussão jurídica e social do direito à saúde, delimitado no confronto entre o dever do Estado em oferecer cuidadores ou *home care* e o dever da família no cuidado de enfermos, através da análise da judicialização, em que se destaca o estudo de decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, publicadas no ano de 2016. A problemática desta análise consiste em discutir a quem compete o dever de cuidar de pessoas enfermas e em apurar os fundamentos expressos nos argumentos do Poder Judiciário para deferir os pedidos que se voltam para o atendimento domiciliar ou *home care*, financiado pelos entes públicos.

O questionamento que a pesquisa pretende enfrentar é: em que medida a família pode exigir do Estado, cuidadores para seus enfermos, quando há possibilidade de fazê-lo por si? Estudar o confronto entre o dever do Estado em oferecer cuidadores ou *home care* e o dever da família no cuidado de enfermos a fim de se identificar os limites da responsabilidade estatal na tarefa que envolve “o ato de cuidar”, é o objetivo desse estudo. Para tanto, pretende-se pesquisar o dever da família no processo de produção de saúde e os fundamentos do direito à saúde no Brasil, especialmente no que diz respeito aos deveres do Estado na promoção da saúde coletiva.

A análise do embasamento das decisões do TJ RS sobre o tema proposto terá como enfoque principal a identificação dos critérios adotados pelo poder judiciário frente aos pedidos de fornecimento de cuidadores ou *home care*. O ativismo judicial no campo das políticas públicas de saúde vem crescendo ano após ano na tentativa de garantir o direito à saúde, constitucionalmente previsto. O aumento do número/ volume de demandas judiciais que possui o Estado enquanto pólo passivo da relação jurídica processual é um fenômeno contemporâneo que tem marcado a sociedade atual.

No entanto, para a concretização integral desse direito fundamental, mister se faz também a participação da pessoa, da família e da sociedade no processo de produção de saúde. O dever

Evento: XXII Jornada de Pesquisa

constitucional atribuído ao Estado de garantir a saúde não exclui a responsabilidade da entidade familiar em contribuir com esse significativo processo, indispensável para a manutenção da vida.

A união de esforços entre ente público e família, núcleo basilar da sociedade, justifica o fim a que se destina. Há que se ponderar, porém, a necessidade da manutenção financeira e de seguridade social da família, que muitas vezes se vê obrigada a escolher um de seus membros para que se dedique exclusivamente ao cuidado do familiar enfermo, e obriga-o a abrir mão de seu lugar enquanto trabalhador ativo.

A resposta ao questionamento enfrentado é de suma importância para retomar a questão social da responsabilidade pelos sujeitos na sociedade contemporânea. O arcabouço doutrinário, jurisprudencial e sociológico nos compele a pensar nas relações humanas e as responsabilidades que estão nelas implicadas. O olhar sobre o tema envolverá as temáticas: direito à saúde, sociedade contemporânea e ciência jurídica.

A escolha das decisões do TJ RS para a execução do estudo deu-se em razão deste órgão ser responsável pela orientação das decisões de primeiro grau, e refletirem os anseios sociais pelas prestações de Estado. Assim, para que seja possível aferir a realidade social referente ao tema, as decisões proferidas pelos desembargadores serão analisadas após a construção de um embasamento que irá abordar o direito à saúde e os deveres do Estado, o dever da família para com seus afins e os dispositivos legais que circundam essa relação com o tema.

Para o desenvolvimento do presente estudo será realizada uma pesquisa teórica, com uma análise dos dados de forma qualitativa e finalidade exploratória e descritiva. Para que seja possível analisar o confronto proposto à luz das decisões do TJ RS, será realizada pesquisa em documentação indireta por meio de fontes primárias, como jurisprudências e legislações, e em fontes secundárias bibliográficas. As palavras-chaves a serem utilizadas como critério de busca no sistema Themis serão *home-care*, cuidadores e Estado.

Para a análise e interpretação dos dados coletados, o método de abordagem a ser utilizado será o hipotético-dedutivo visando compreender o confronto existente entre o dever do Estado em oferecer cuidadores ou *home care* e o dever da família no cuidado de enfermos. No que diz respeito ao procedimento, será utilizado o método comparativo, pois o referencial teórico construído servirá como base para a análise dos entendimentos jurisprudenciais.

O estudo foi estruturado em três capítulos. O primeiro apresentará os fundamentos do direito à saúde no Brasil, a saúde pública enquanto bem comum e as competências de Estado relativas ao direito à saúde, no que se refere a descentralização administrativa das competências dos entes públicos. O segundo tratará sobre o cuidado como um processo de produção de saúde na sociedade moderna, os aspectos legais relacionados ao dever da família no processo de cuidar e o enfermo como uma “falha” do sistema produtivo. O terceiro capítulo abordará a interferência do poder judiciário na efetivação do direito à saúde, as orientações do CNJ e a análise das decisões do TJ RS frente ao confronto entre o dever do Estado e o dever da família no cuidado de enfermos.

Evento: XXII Jornada de Pesquisa

RESULTADOS E DISCUSSÃO

A pesquisa jurisprudencial realizada junto à seara do Sistema de Justiça estadual se justifica pelo objeto da pesquisa versar sobre o dever de os entes públicos no custeio de cuidadores. Tal temática é ajuizada, na maior parte das demandas, pela Defensoria Pública Estadual e Ministério Público, este último quando envolve direitos de incapazes, menores e/ou idosos. Tais órgãos tem legitimidade para atuar junto à Justiça Estadual.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJ RS) é um órgão do poder judiciário, com jurisdição em todo o território estadual gaúcho. Suas competências se dividem em originárias e recursais, e as decisões proferidas norteiam também as decisões dos juízos singulares. Neste ponto da pesquisa, serão selecionadas algumas jurisprudências prolatadas no ano de 2016, pelo TJ RS, sobre o tema desenvolvido durante todo este trabalho. As palavras-chaves utilizadas como critério de busca de julgados junto ao sistema Themis foram *home-care*, cuidadores e Estado. Foram encontrados 162 julgados, sendo que o posicionamento geral do TJ RS é pelo acolhimento do fornecimento de atendimento domiciliar ou *home care* pelo Estado e planos de saúde.

Para a primeira análise, segue o caso em tela, julgado pela Segunda Câmara Cível:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. SAÚDE. TUTELA DE URGÊNCIA. PRESENÇA DOS REQUISITOS DO ART. 300 DO CPC. FORNECIMENTO DE ATENDIMENTO HOME CARE. POSSIBILIDADE NO CASO CONCRETO. 1. Hipótese em que o agravado, após período de internação hospitalar, necessita dos serviços de “home care”, uma vez que foi acometido por pneumonia, demência, senilidade, insuficiência renal crônica e anemia, ocasião em que necessitou de cuidadores 24 horas por dia. Documento médico que demonstra o quadro demencial avançado do autor e a existência de risco de evasão, exposição moral e a perigos, necessitando de vigília contínua (CID-10 F03) 2. Comprovada a necessidade do tratamento postulado (home care), é dever dos entes públicos garantir as condições de saúde e sobrevivência dignas à população. 3. Presentes os requisitos estabelecidos pelo artigo 300 do Código de Processo Civil, para a concessão da antecipação de tutela pretendida, considerando a probabilidade do direito e o perigo de dano advindo do não fornecimento dos serviços de postulados. 4. Impossibilidade de dispensação de cuidados por sua esposa ou por outros familiares próximos que revelem aptidão mínima para lhe dar suporte necessário ao tratamento de que necessita que corroboram a necessidade de concessão da medida. NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO. (RIO GRANDE DO SUL, 2016).

Trata-se de um agravo de instrumento em que um ente Municipal agrava da decisão que deferiu pedido de antecipação de tutela, nos autos de ação com pedido obrigacional de cobertura de *home care*, que lhe move um paciente. O agravado necessita dos serviços de *home care*, após alta de internação hospitalar devido a um quadro de pneumonia, demência, senilidade, insuficiência renal crônica e anemia, ocasião em que também precisou de cuidadores 24 horas por dia.

A ação foi instruída com documento médico que demonstrou existência de risco de evasão,

Evento: XXII Jornada de Pesquisa

exposição moral e a perigos, devido ao quadro demencial avançado do paciente. Houve comprovação de impossibilidade de dispensação de cuidados por seus familiares por ausência de aptidões mínimas para lhe dar suporte adequado ao tratamento prescrito. Nenhum familiar do paciente possui condições de cuidá-lo pois também são enfermos.

Restando comprovada a necessidade do tratamento postulado, ou seja, o fornecimento de *home care*, cabe ao ente público a garantia das condições de saúde e sobrevivência dignas à população. O Município argumenta sobre os graves prejuízos decorrentes da manutenção da decisão liminar, discorrendo acerca dos elevados custos e da situação do autor não podendo ser comprovada apenas por atestados médicos, ditos insuficientes para escorar a medida.

Diante desse contexto, o provimento judicial para a concessão do pedido do paciente se impôs pela comprovação do quadro clínico e da necessidade do serviço de *home care*, através de atestado médico, aliada à impossibilidade de prestação de cuidados por familiar próximo. As alegações do recorrente, referente ao alto custo do tratamento pleiteado, não ficou comprovada.

Para a próxima análise, o caso em destaque se impõe a seguir, julgado pela Vigésima Primeira Câmara Cível:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. SAÚDE. ESCLEROSE LATERAL AMIOTRÓFICA (ELA). FORNECIMENTO DE ATENDIMENTO DOMICILIAR (HOME CARE). FRALDAS GERIÁTRICAS, INSUMOS E FISIOTERAPIA. MOTORA E RESPIRATÓRIA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. A responsabilidade da União, Estados e Municípios é solidária, competindo-lhes, independentemente de divisão de funções, garantir direito fundamental. Jurisprudência pacificada. Necessidade urgente do atendimento domiciliar (*home care*), insumos e fisioterapia motora e respiratória que veio atestada por especialista em Neurocirurgia que assiste à parte autora, idosa de 71 anos de idade, portadora de doença neurológica crônica e com expressiva progressão, inclusive, acamada, sem movimentação ativa e cuja alimentação se dá por gastrostomia. AGRAVO DE INSTRUMENTO NÃO PROVIDO. (RIO GRANDE DO SUL, 2016).

A decisão versa sobre agravo de instrumento interposto pelo ente Municipal, diante da decisão que lhe determinou o fornecimento de atendimento domiciliar, fisioterapia e outros insumos, juntamente com o Estado membro. O agravante alega ilegitimidade passiva, não constar o atendimento domiciliar nas listas do SUS e disponibilidade de dispensar apenas medicamentos essenciais e fornecer tratamentos hospitalares de baixa complexidade, por estar cadastrado na gestão básica ampliada.

Além disso, relata que inexistente orçamento público para sustentar economicamente o sistema de saúde pública. No entanto, o entendimento jurisprudencial pacificado nas cortes superiores é no sentido de que a responsabilidade da União, Estados e Municípios é solidária, independente de divisão interna de funções, competindo-lhes a garantia do direito à saúde. Ademais, a concretização de um direito fundamental se sobrepõe aos princípios orçamentários, da igualdade e

Evento: XXII Jornada de Pesquisa

reserva do possível.

Os julgadores amparam o cumprimento desse dever político-constitucional no art. 196 da CF/88 e no art. 241 da Constituição Estadual, ambos versando sobre o direito à saúde como um dever do Estado. Referem a competência comum dos entes da federação para a prestação na área da saúde com base no art. 23, II, CF/88. Reforça que a descentralização dos serviços pretende conjugar os recursos financeiros dos entes, visando aumento da qualidade e acesso aos mesmos, mantendo-se a obrigação solidária e subsidiária entre eles.

No outro polo da lide, está uma senhora de 71 anos, portadora de doença neurológica crônica e com expressiva progressão, acamada ao leito, sem movimentação ativa e alimentando-se por gastrostomia. A necessidade urgente do atendimento domiciliar, insumos e fisioterapia motora e respiratória foi atestada pelo médico neurocirurgião que assiste a parte, como condição para sua sobrevivência e manutenção do bem da vida.

Para a próxima análise, sugere-se o caso que segue, julgado pela Vigésima Segunda Câmara Cível:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. FORNECIMENTO DE TRATAMENTO. *HOME CARE*. ACESSO À SAÚDE. PROTEÇÃO SUFICIENTE. O acesso à saúde é direito fundamental e as políticas públicas que o concretizam devem gerar proteção suficiente ao direito garantido, sendo passíveis de revisão judicial, sem que isso implique ofensa aos princípios da divisão de poderes, da reserva do possível ou da isonomia e impessoalidade. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. POSSIBILIDADE. Hipótese em que, considerando a probabilidade do direito e o perigo de dano advindo do não fornecimento do serviço requerido, merecem ser antecipados os efeitos da tutela pleiteada.

IMPOSSIBILIDADE FINANCEIRA DE ARCAR COM O CUSTO DO TRATAMENTO. Havendo elementos de prova de que a parte não pode arcar com os custos do tratamento, é devido seu fornecimento pelo Poder Público. AGRAVO DE INSTRUMENTO A QUE SE DÁ PROVIMENTO. POR MAIORIA. (RIO GRANDE DO SUL, 2016).

Refere-se a um agravo de instrumento interposto pelo cidadão, diante do indeferimento de seu pedido de antecipação de tutela, nos autos da ação de obrigação de fazer para o fornecimento de *home care*, cumulado com tutela provisória, em desfavor do Estado do Rio Grande do Sul. Aduz que sofre de esquizofrenia, epilepsia e doença cerebrovascular, comprovadas através de atestados médicos. Que quem o cuida atualmente é sua mãe, idosa de 80 anos, já apresentando dificuldades em realizar os cuidados necessários.

Comprova ainda, a impossibilidade financeira da parte de suportar os custos de um cuidador. Diante dos fatos, demonstra a probabilidade do direito e o perigo de dano advindo da falta do serviço requerido. Nos termos dos artigos 6º e 196, ambos da CF/88, os julgadores iniciam atribuindo ao Estado o dever de promover a saúde, direito social e fundamental, através de políticas públicas suficientes e eficazes. Ao poder judiciário, cabe determinar o cumprimento das

Evento: XXII Jornada de Pesquisa

prestações negadas pelos entes federativos.

O direito individual é parte do interesse social, não havendo privilégio a um interesse subjetivo quando se reconhece esse direito nos tribunais. O Estado garantidor torna-se responsável diante da insuficiência financeira do cidadão, protegendo a saúde e respeitando a dignidade da pessoa humana. Especificamente sobre o fornecimento de cuidadores ou *home care*, há que se considerar a impossibilidade de tratamento hospitalar para provê-lo e a imprescindibilidade do atendimento.

Segue o caso a ser considerado para a próxima análise, julgado pela Vigésima Primeira Câmara Cível:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO À SAÚDE. ASSISTÊNCIA DOMICILIAR DE CUIDADOR 24 HORAS. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS NO ART. 273 DO CPC. PREQUESTIONAMENTO. REDISCUSSÃO DA MATÉRIA. Na espécie, a embargante pretende a rediscussão da matéria já enfrentada no acórdão e conseqüente rejuízo do feito. Prequestionamento inviável. Ausência de obscuridade, contradição ou omissão (art. 1.022, do CPC). Embargos desacolhidos. (RIO GRANDE DO SUL, 2016).

O julgado diz respeito a embargos de declaração opostos por paciente, representada por sua curadora, em face do acórdão que negou provimento ao agravo de instrumento interposto diante do indeferimento de tutela antecipada. A embargante requer seja determinada a disponibilização de cuidador na sua residência, pelo Estado membro e/ou Município.

Relata que apresenta diagnóstico de transtorno afetivo bipolar, episódio atual misto, transtorno de ansiedade orgânica e doença senil, patologias comprovadas através de atestado do médico assistente. Requer técnico ou auxiliar de enfermagem para assistência 24hs, pois não consegue mais realizar as tarefas básicas diárias de higiene pessoal, alimentação, entre outras.

A magistrada singular solicitou a realização de estudo social, através do Departamento Médico Judiciário. A assistente social judiciária concluiu que a paciente recebe cuidados adequados de uma de suas filhas, havendo apenas relações familiares conflituosas no âmbito domiciliar. Logo, a decisão do juízo foi pelo desprovimento quanto ao fornecimento de técnico ou auxiliar de enfermagem, diante da existência de pessoa da família capaz de dispensar os cuidados necessários.

Adiante, mais um caso para discussão, julgado pela Sétima Câmara Cível:

APELAÇÃO. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. AÇÃO ORDINÁRIA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS, INSUMOS E ATENDIMENTO COM ENFERMEIRO TÉCNICO EM ENFERMAGEM - HOME CARE. OBRIGAÇÃO E SOLIDARIEDADE DOS ENTES PÚBLICOS. O ESTADO, EM TODAS AS SUAS ESFERAS DE PODER, DEVE ASSEGURAR ÀS CRIANÇAS E AOS ADOLESCENTES, COM ABSOLUTA PRIORIDADE, O DIREITO À VIDA E À SAÚDE, FORNECENDO GRATUITAMENTE O TRATAMENTO MÉDICO CUJA FAMÍLIA NÃO TEM

Evento: XXII Jornada de Pesquisa

CONDIÇÕES DE CUSTEAR. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA, ESTABELECIDA NOS ARTIGOS 196 E 227 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E ART. 11, § 2º, DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, PODENDO O AUTOR DA AÇÃO EXIGIR, EM CONJUNTO OU SEPARADAMENTE, O CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO POR QUALQUER DOS ENTES PÚBLICOS, INDEPENDENTEMENTE DA REGIONALIZAÇÃO E HIERARQUIZAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO DE SAÚDE. - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CONDENAÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA. ADVOGADO PARTICULAR CONSTITUÍDO PELA PARTE. MANUTENÇÃO DO VALOR ESTIPULADO NA SENTENÇA, O QUAL ATENDEU AO DISPOSTO NO ARTIGO 85 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. APELO DESPROVIDO. (RIO GRANDE DO SUL, 2016).

Refere-se a recurso de apelação interposto pelo Estado do Rio Grande do Sul, diante de sentença que julgou procedente o pedido de insumos determinados e *home care* com atendimento de técnico em enfermagem, ajuizado por um menor representado por sua mãe. O ente federativo argumenta que não possui responsabilidade sobre o fornecimento desse tipo de tratamento, uma vez que a modalidade *home care* está fora das estratégias de atuação programadas pelo Ministério da Saúde. Além disso, há alternativas ao tratamento como a internação hospitalar e a Estratégia Saúde da Família.

Nos autos, resta demonstrado por laudo médico que o paciente sofreu asfixia durante o parto, o que ocasionou retardo mental, lesão encefálica anóxica e encefalopatia hipóxico-isquêmica e que necessita de diversos insumos e de cuidados de um técnico em enfermagem. Aliado a isso, o laudo psicológico juntado informa o desgaste à saúde dos genitores causado pela situação em que seu filho se encontra e evidencia a necessidade do acompanhamento prescrito, bem como a precariedade financeira da família para suportar os custos.

Os julgadores invocam o direito à saúde previsto no art. 196 da CF/88 e art. 241 da Constituição do Estado do RS, a responsabilidade solidária dos entes de direito público na efetivação desse direito e o art. 227 da CF/88 que assegura à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à saúde e a vida, dentre outros, a ser garantido pela família, sociedade e Estado. Ao mesmo tempo, consideram a Lei n. 8080/90 no que disciplina sobre a atribuição da União, Estados, Distrito Federal e Municípios na prestação dos serviços de saúde, resguardando a vontade do cidadão em optar por qualquer um deles separadamente, ou em conjunto.

Para embasar a decisão, utilizam também o art. 198, parágrafo único e o art. 195, ambos da CF/88 que preveem os recursos orçamentários e as fontes que podem custear o direito à saúde. Corroboram os desembargadores que o TJ do RS vem acolhendo a pretensão de atendimento *home care*, fundada em jurisprudência pacificada no STF. Firmaram convicção também de que eventuais dificuldades orçamentárias não servem de pretexto para negar o direito à saúde e à vida, devido a prevalência do direito reclamado.

Em destaque, mais um caso de interesse para o estudo, julgado pela Sétima Câmara Cível:

APELAÇÃO CÍVEL. ECA. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE TRATAMENTO

Evento: XXII Jornada de Pesquisa

DOMICILIAR. *HOME CARE* - SERVIÇO DE ENFERMAGEM. LEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO. ATENDIMENTO PRIORITÁRIO DAS DEMANDAS DE SAÚDE DA POPULAÇÃO INFANTO-JUVENIL. NECESSIDADES DO MENOR DEVIDAMENTE COMPROVADAS. 1. O direito à saúde há de ser assegurado, com absoluta prioridade às crianças e adolescentes e é dever do Estado (União, Estados e Municípios) como corolário do direito à vida e do princípio da dignidade da pessoa humana. 2. Incontroversa a necessidade do tratamento *home care*, além de comprovada a urgência do caso, considerando os riscos que o menor corre, e diante da absoluta prioridade devotada a demandas que envolvam a saúde de crianças e adolescentes, de acordo com os arts. 7º e 11, *caput*, ambos do Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como o art. 227 da Constituição Federal. RECURSO DESPROVIDO. (RIO GRANDE DO SUL, 2016).

Cuida-se de apelação pretendida pelo Estado do RS para reformar a sentença que o condenou, em regime de urgência, a fornecer atendimento de enfermagem pelo sistema de *home care*, enquanto houver necessidade, em ação movida pelo Ministério Público, em favor de um infante. O Estado do RS sustenta sua ausência de responsabilidade frente ao tratamento postulado, uma vez que alega novamente que não consta tal tratamento na programação do Ministério da Saúde.

Alega também a repartição de funções e competências entre os entes federados, a falta de urgência na situação fática, e possibilidade de substituição do tratamento proposto pela internação hospitalar e Estratégia Saúde da Família e o princípio da reserva do possível. Caso semelhante ao analisado anteriormente. Trata-se do requerimento postulado por um infante, portador de paralisia cerebral, epilepsia, disfagia neurogênica e perda auditiva, doenças comprovadas pelo atestado médico.

A Corte recorrida entende pacificamente, assim como o STJ, que a responsabilidade dos entes federativos é solidária, através da evocação do art. 23, II da CF/88. Estabelece também que a saúde é direito de todos e dever do Estado (art. 196, CF/88), corolário da inviolabilidade do direito à vida, sendo norma de aplicação imediata e eficácia plena (art. 5º, § 1º, CF/88). O STF, por ocasião de um julgamento, manifestou que mesmo sendo previsão normativa do art. 196 da CF/88 seu caráter programático, o Estado e os demais entes têm a obrigação solidária de propiciar os meios para a efetivação do direito à saúde.

Trouxe também, o art. 7º e o art. 11, ambos do Estatuto da Criança e do Adolescente para demonstrar o direito à saúde e a proteção da vida, garantido pelo dispositivo legal mencionado. O art. 198, §2º da CF/88 foi utilizado para admitir a obrigatoriedade que os entes federados têm em destinar percentual mínimo do seu orçamento aos programas de saúde, já que arrecadam recursos do contribuinte. A reserva do possível foi afastada com o argumento da sobreposição do princípio da máxima efetividade da Magna Carta que atribui ao Estado o dever de promover o bem-estar social. Para a próxima análise, destacou-se um julgado da Segunda Câmara Cível:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. SAÚDE PÚBLICA. FORNECIMENTO DE *HOME CARE*. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DO ART. 273 DO CPC. Cedição que o fornecimento

Evento: XXII Jornada de Pesquisa

gratuito de medicamentos e demais serviços de saúde constitui responsabilidade solidária da União, dos Estados e dos Municípios, derivada dos artigos 6º, 23, II, 30, VII e 196 da Constituição Federal c/c o art. 241 da Constituição Estadual, independentemente da previsão do medicamento ou tratamento pleiteado estar ou não, nas listas do SUS, ou especificamente na lista correspondente ao ente demandado. Todavia, no caso concreto, não se encontram presentes os requisitos previstos no art. 273 do Código de Processo Civil para a concessão da antecipação de tutela, uma vez que não restaram evidenciadas a prova inequívoca e a verossimilhança, mormente considerando que não restou especificado, sequer apontado pela autoridade médica o período do tratamento, a discriminação especificada/atualizada dos cuidados domiciliares, e a comprovação da necessidade de equipe especializada na área de saúde na residência da parte autora, em detrimento da internação hospitalar custeada pela rede pública. Tampouco há sinal de dano irreparável caso a parte seja assistida por familiares, razão pela qual imperiosa a reforma da decisão agravada que deferiu a medida liminar, concedendo à parte agravada a prestação de serviços, por profissionais na área de saúde, de *home care*. AGRADO DE INSTRUMENTO PROVIDO, DE PLANO. (RIO GRANDE DO SUL, 2016).

Refere-se a um agravo de instrumento impetrado pelo Estado membro, diante de decisão prolatada nos autos da ação de obrigação de fazer, movida por um paciente representado pelo seu curador, que o condenou ao fornecimento de *home care* por profissionais da área da saúde. Alega o agravante que não estão presentes os requisitos para a concessão da tutela antecipada, uma vez que não há nos autos prova inequívoca da necessidade de prestação de cuidados por profissionais da saúde, ou que ateste a impossibilidade de tratamento em âmbito hospitalar.

O atestado médico juntado, indica apenas a prescrição de cuidados contínuos ao paciente que foi vítima de acidente automobilístico, sofrendo traumatismo crânio-encefálico, não especificando ser imprescindível a prestação dos mesmos por profissionais da saúde. O Estado membro alega ainda que o paciente e sua família possuem condições financeiras para suportar os custos do serviço de *home care* solicitado, haja vista que o curador contratou o tratamento com empresa privada, cujo custo mensal é de R\$ 7.200,00.

O TJ RS manifesta-se corroborando que o direito à saúde é corolário do direito à vida, sendo de competência do Estado resguardar os direitos fundamentais. Invoca os arts. 23, II, 30, VII e 196 da CF/88, e o art. 241 da Constituição do Estado do RS para sustentar tal manifestação, e ainda o entendimento de haver responsabilidade solidária entre os entes federados na prestação do direito à saúde. No entanto, entende que o atestado médico mencionando apenas a necessidade de cuidados contínuos não é, de fato, prova inequívoca para que o serviço de *home care* por profissionais da saúde seja concedida.

A Corte recorrida entende ainda que restou demonstrada a capacidade financeira do paciente, através da análise de seu patrimônio, declaração de renda, e do contrato particular firmado pelo seu curador, com a empresa referida acima, por 30 dias, para a realização os cuidados por profissionais da saúde. Após esse período, recorreu a via judicial para demandar a prestação do

Evento: XXII Jornada de Pesquisa

serviço pelo Estado.

Sobre isso, a compreensão dos julgadores versa no sentido de que o Estado deve ser o último garantidor do direito à saúde, apenas sendo chamado quando esgotadas ou inexistentes a possibilidade do indivíduo ou sua família em arcar com os custos do tratamento. Verificaram ainda que não há nos autos, o indeferimento administrativo de qualquer ente público, demonstrando que a parte autora ingressou com a demanda judicial sem buscar a oferta pública. Fundada em todos esses argumentos, a corte deu provimento ao agravo.

Por fim, cabe ressaltar que as análises dos julgados realizadas demonstraram a aplicação do direito posto à situação fática apresentada, considerando o conjunto probatório e as jurisprudências pacificadas para embasar as decisões. O direito à saúde encontra esteio nas legislações constitucional e infraconstitucional, embora pese com maior intensidade as garantias constitucionais. O bem da vida depende das condições de saúde para sua sobrevivência, por isso considerado a essência de todos os demais direitos.

Outro ponto que merece destaque, é a preocupação dos julgadores com a adequação de cada situação fática. Na maioria das vezes, a decisão do Tribunal atua com vistas a corrigir a não disponibilidade do tratamento por parte dos entes federados, ponderando a situação da vulnerabilidade econômica do destinatário. Considerando que a política de saúde possui caráter universal, pondera-se que o Tribunal necessitaria estabelecer critérios mais sólidos para deferir ou indeferir a disponibilização de *home care* em situações de litígios a ele submetidos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo desenvolvido na pesquisa esteve voltado para o confronto entre o dever do Estado em oferecer cuidadores ou *home care* e o dever da família no cuidado de enfermos. Através da análise de algumas decisões do TJ RS proferidas no ano de 2016, evidenciou-se o entendimento sobre o direito constitucional à saúde como pressuposto essencial à manutenção do bem da vida, devendo se sobrepor aos princípios orçamentários, da igualdade e da reserva do possível.

Os argumentos mais recorrentes apresentados pelos entes públicos, na tentativa de elidir os pedidos postulados que versam sobre o direito à saúde, são os princípios administrativos acima mencionados, aliados à inexistência de orçamento público suficiente para sustentar todos os pedidos de financiamento ao sistema de saúde pública. Fundamentam-se na previsão de cobertura universal desse direito, clamando pela estrita observância da programação realizada pela política pública e divisões de competência estabelecidas na esfera pública.

No entanto, a oferta do direito à saúde, mesmo a mercê da programação de critérios, deve prevalecer, diante da necessidade de efetivação desse direito num Estado de bem-estar social. As abordagens das decisões demonstraram que o direito individual atendido faz parte do interesse social pretendido, não havendo privilégios diante de um sistema único de saúde programado para satisfazer uma coletividade. O Estado assumiu uma posição de garantidor diante da

Evento: XXII Jornada de Pesquisa

impossibilidade financeira da parte de suportar os gastos com a promoção, proteção ou recuperação de sua saúde.

No viés do financiamento, o STF também entende que a incapacidade financeira da parte deve ser considerada, haja vista que na família contemporânea não pode haver direitos sem responsabilidades. Infere essa corte superior que os deveres de cuidado com a saúde é obrigação no contexto da solidariedade familiar. Há que se enfatizar que essa não foi a vontade do constituinte ao determinar o acesso universal igualitário ao direito à saúde. A análise financeira do cidadão destinatário da política não poderia ser motivo de impedimento para o acesso a uma política que pretende ser universal.

Em relação as alegações de ilegitimidade passiva arguida pelos entes públicos, cabe mencionar que o entendimento jurisprudencial pacificado nas cortes superiores e no TJ RS é no sentido de que a responsabilidade da União, dos Estados e dos Municípios é solidária, diante da lide que se impõe. A divisão interna de funções que culminou na descentralização dos serviços de saúde prestados pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, pretende apenas aumentar a qualidade e acesso aos mesmos, atrelado à otimização dos recursos financeiros.

Especificamente sobre o atendimento de home care, os desembargadores do TJ RS vêm acolhendo essa pretensão com base em jurisprudência pacificada no STF. Por mais que os entes federados, quando demandados judicialmente, argumentem que o atendimento domiciliar ou home care não conste nas listas do SUS, essa prestação está sendo reconhecida pelo Poder Judiciário como essencial para a manutenção da vida, garantindo a tutela de um mínimo existencial.

Para tanto, constatou-se que é imprescindível comprovar a condição de saúde e a necessidade do tratamento postulado, através de laudo médico, bem como a impossibilidade da dispensação de cuidados por pessoa da família do enfermo. Verificou-se que as aptidões do provável cuidador precisam ser compatíveis com o tratamento prescrito e, de fato, contribuir de maneira efetiva com a melhora da condição de saúde do paciente. O provimento judicial para a concessão do pedido passa por um estudo social, sempre que a tutela requerida dispensar a urgência da medida.

Cabe ressaltar a preocupação que se impõe diante do familiar destacado para assumir a condição de cuidador, uma vez que o mesmo deixa de atuar no sistema de produção que impulsiona a sociedade contemporânea. Faz parte da seguridade social prestar cuidados àqueles que não se inserem mais no sistema produtivo, não sendo possível admitir que o Estado deixe-os desamparados, neste momento de vulnerabilidade.

Contudo, impõe-se a importância do Judiciário no aprofundamento da democracia brasileira e na defesa da dignidade da pessoa humana, ao dar provimento aos pedidos de fornecimento de cuidadores ou home care, por parte do Estado. A amplitude das necessidades em saúde que a pessoa humana requer são imprevisíveis, não sendo possível existir uma lista com um rol taxativo de serviços e procedimentos essenciais para a garantia da vida.

Evento: XXII Jornada de Pesquisa

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei n. 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: . Acesso em: 30 abr. 2017.

BRASIL. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: . Acesso em: 05 mai. 2017.

BRASIL. Constituição Federal. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os planos de benefícios da previdência social e dá outras providências. Disponível em: . Acesso em: 03 jun. 2017.

BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria n. 963, de 27 de maio de 2013. Redefine a atenção domiciliar no âmbito do Sistema Único de Saúde. Disponível em: . Acesso em: 13 de jun. 2017.

DALLARI, Sueli Gandolfi. A democracia sanitária e o direito à saúde: uma estratégia para sua efetivação. CNJ: 2014. Disponível em: Acesso em: 12 jun. 2017.

FLEURY, Sonia. Judicialização pode salvar o SUS. In: Saúde em Debate. Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: Acesso em: 09 jun. 2017.

RIO GRANDE DO SUL. Agravo de Instrumento N. 70067922146, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Lúcia de Fátima Cerveira, Julgado em 12/01/2016. Disponível em: Acesso em 20 jun. 2017.

RIO GRANDE DO SUL. Embargos de Declaração N. 70068929710, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marco Aurélio Heinz, Julgado em 11/05/2016. Disponível em: Acesso em: 14 jun. 2017.

RIO GRANDE DO SUL. Apelação Cível N. 70068707835, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liselena Schifino Robles Ribeiro, Julgado em 18/05/2016. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=70068707835&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3A%3Ad1&as_qj=&sit e=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris> Acesso em: 16 jun. 2017.

RIO GRANDE DO SUL. Apelação Cível n. 70070240833, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luís Dall'Agnol, Julgado em 31/08/2016. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=+70070240833&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3A%3Ad1&as_qj=&sit e=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em: 16 jun. 2017.

Evento: XXII Jornada de Pesquisa

RIO GRANDE DO SUL. Agravo de Instrumento N. 70070529391, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Torres Hermann, Julgado em 26/10/2016. Disponível em: . Acesso em: 14 jun. 2017.

RIO GRANDE DO SUL. Agravo de Instrumento N. 70071071120, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marcelo Bandeira Pereira, Julgado em 09/11/2016. Disponível em: . Acesso em: 14 jun. 2017.

RIO GRANDE DO SUL. Agravo de Instrumento N. 70069084531, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relatora: Denise Oliveira Cezar, Julgado em 21/10/2016. Disponível em:
http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=70069084531&proxystylesheet=tjrs_index&getfields=*&entp=a_politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&client=tjrs_index&filter=0&aba=juris&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=70071071120&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=inmeta%3Adj%3Adaterange%3A2016-01-01..2016-12-30+#main_res_juris

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. 5. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.