

**FUNDAÇÃO EDUCACIONAL MACHADO DE ASSIS
FACULDADES INTEGRADAS MACHADO DE ASSIS
CURSO DE DIREITO**

LARISSA HECKLER BICCA

**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 RS
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO**

Santa Rosa
2017

LARISSA HECKLER BICCA

**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 RS
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO**

Monografia apresentada às Faculdades Integradas Machado de Assis como requisito parcial para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof. ^a Dra. Leticia Lassen Petersen

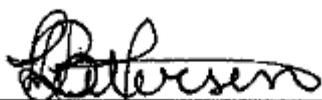
Santa Rosa
2017

LARISSA HECKLER BICCA

**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 RS
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO**

Monografia apresentada às Faculdades Integradas Machado de Assis como requisito parcial para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

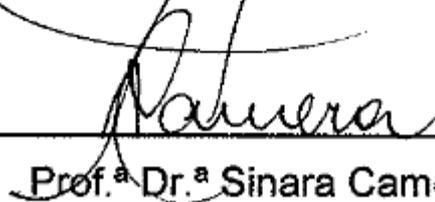
Banca Examinadora



Prof.^a Dr.^a Leticia Lassen Petersen – Orientadora



Prof.^a Pós-Dr.^a Marli Marlene Moraes da Costa



Prof.^a Dr.^a Sinara Camera

Santa Rosa, 21 de junho de 2017.

DEDICATÓRIA

Aos meus pais, Clarice e Rosalino, e ao meu companheiro Cléverton, pessoas com quem amo compartilhar a vida. Aos meus amigos de jornada terrena, que buscam incansavelmente semear o bem. À orientadora deste trabalho, professora Letícia, pela sensibilidade em direcionar-me à discussão do tema proposto.

AGRADECIMENTOS

A Deus, pela oportunidade da vida e pelo despertar que me permitiu questionar realidades e propor um universo de possibilidades. Aos meus pais, escolhidos com todo o meu amor, por me permitirem viver e por incentivarem, incansavelmente, a construção do meu saber. Ao meu companheiro por sua compreensão e carinho. À professora orientadora deste trabalho pela dedicação durante a caminhada.

“... Segura teu filho no colo, sorria e abraça teus pais enquanto estão aqui. Que a vida é trem-bala, parceiro. E a gente é só passageiro prestes a partir”.

(Ana Vilela)

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. Para o desenvolvimento do presente estudo, será realizada uma pesquisa teórica, com análise de dados qualitativa e finalidade exploratória e descritiva. A análise das decisões do TJ RS sobre o tema proposto consistirá em uma ampla pesquisa em documentação indireta por meio de fontes primárias, como jurisprudências e legislações, e em fontes secundárias bibliográficas. Os dados coletados serão interpretados através do método de abordagem hipotético-dedutivo e procedimento comparativo, pois o referencial teórico construído servirá como base para a análise dos entendimentos jurisprudenciais. A pesquisa está estruturada em três capítulos: o primeiro apresentará os fundamentos do direito à saúde no Brasil, o segundo tratará sobre o cuidado como um processo de produção de saúde na sociedade moderna e o terceiro abordará a interferência do poder judiciário na efetivação do direito à saúde e a análise das decisões do TJ RS frente ao tema proposto. As análises realizadas demonstraram que o direito à saúde encontra esteio nas legislações infraconstitucionais e constitucionais, embora pese com maior intensidade as garantias constitucionais. Fundada em jurisprudência pacificada, o TJ RS vem acolhendo a pretensão de atendimento domiciliar ou *home care*, haja vista a importância do cuidado para a manutenção da saúde enquanto condição essencial para a preservação do bem da vida.

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 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. For the development of the present study, a theoretical research will be carried out, with qualitative data analysis and exploratory and descriptive purposes. The analysis of the decisions of the TJ RS on the proposed theme will consist of an extensive research in indirect documentation through primary sources, such as jurisprudence and legislation, and secondary bibliographic sources. The data collected will be interpreted through the hypothetical-deductive approach and comparative procedure, since the theoretical framework will serve as a basis for the analysis of jurisprudential understandings. The research is structured in three chapters: the first will present the foundations of the right to health in Brazil, the second will deal with care as a process of health production in modern society and the third will address the interference of the judiciary in the realization of the right to health Health and the analysis of the decisions of the TJ RS regarding the proposed theme. The analysis showed that the right to health is underpinned by infra-constitutional and constitutional legislation, although constitutional guarantees are weaker. Founded in pacified jurisprudence, the TJ RS has been welcoming the claim of home care or home care, given the importance of care for the maintenance of health as an essential condition for the preservation of the good of life.

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

LISTA DE ABREVIATÖES

abr.- abril

art.- artigo

arts.- artigos

CF- Constituição Federal

CNJ- Conselho Nacional de Justiça

Dra- doutora

ed. - edição

inc.- inciso

jun.- junho

mai.- maio

mar.- março

n.- número

p.- página

Prof^o- Professor

Pof^a- Professora

RS- Rio grande do Sul

SUS- Sistema Único de Saúde

STJ- Superior Tribunal de Justiça

STF- Supremo Tribunal Federal

TJ- Tribunal de Justiça

v.- volume

§- parágrafo

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 A SAÚDE COMO UM DIREITO	13
1.1 OS FUNDAMENTOS DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL	13
1.2 A SAÚDE PÚBLICA ENQUANTO BEM COMUM	17
1.3 AS COMPETÊNCIAS DE ESTADO RELATIVAS AO DIREITO À SAÚDE: DESCENTRALIZAÇÃO ADMINISTRATIVA DAS COMPETÊNCIAS DOS ENTES PÚBLICOS À EFETIVAÇÃO DOS SERVIÇOS DE SAÚDE	20
2 O CUIDADO COMO UM PROCESSO DE PRODUÇÃO DE SAÚDE NA SOCIEDADE MODERNA	26
2.1 O CUIDADO E SUAS IMPLICAÇÕES PARA A PROMOÇÃO DA SAÚDE	26
2.2 ASPECTOS LEGAIS RELACIONADOS AO DEVER DA FAMÍLIA NO PROCESSO DE CUIDAR DE PESSOAS ENFERMAS	29
2.3 O ENFERMO COMO UMA "FALHA" DO SISTEMA PRODUTIVO	32
3 O ATIVISMO JUDICIAL NO CAMPO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE	35
3.1 A INTERFERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE.....	35
3.2 ORIENTAÇÕES DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA.....	38
3.3 A ANÁLISE DAS DECISÕES DO TJ RS FRENTE AO CONFRONTO ENTRE O DEVER DO ESTADO E O DEVER DA FAMÍLIA NO CUIDADO DE ENFERMOS	40
CONCLUSÃO	50
REFERENCIAS	53

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.

Os requerimentos mais comuns têm sido o provimento de medicamentos, a realização de tratamentos médicos e cirúrgicos e, até mesmo, o fornecimento de *home care* ou de cuidadores. A efetivação do direito à saúde depende de prestações

positivas a serem executadas por parte do Estado. Restando negativa essa prestação, ao cidadão cabe a busca pelo seu direito através da intervenção judicial.

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 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.

Isso tudo para que o enfrentamento da teoria construída com a prática das decisões judiciais proporcione a produção de relevantes considerações em prol da reflexão social da atuação do Estado de bem estar social. É dentro dessa perspectiva que se vê a importância da pesquisa proposta. A discussão que se estabelecerá em torno do tema promoverá a construção de novos saberes, o que contribuirá com a análise da dimensão social da ciência jurídica.

1. A SAÚDE COMO UM DIREITO

Este primeiro capítulo aborda 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 direito à saúde no Brasil está garantido pela Constituição Federal de 1988, que o dispõe como um direito social fundamental ao qual todo cidadão deve ter acesso, em todos os níveis de complexidade do sistema.

Esse direito passou a ser garantido a partir de 1988, quando a Assembleia Nacional Constituinte promulgou a nova Constituição brasileira, resgatou os princípios da Reforma Sanitária e incluiu previsão normativa que legitimaria a programação do Sistema Único de Saúde, o que efetivamente ocorreu com as Leis n. 8.080, de 19 de setembro de 1990 e n. 8142, de 28 de dezembro de 1990.

As previsões aprovadas no texto constitucional são resultado da discussão organizada pelo movimento da Reforma Sanitária, sistematizadas na Oitava Conferência Nacional de Saúde, em 1986, quando pela primeira vez na história do Brasil, a sociedade civil participou do processo de construção de um novo ideário para a saúde (BRASIL, 2007). Sabe-se que a conferência teve como eixo norteador das discussões “a saúde como direito de todos e dever do Estado”, na tentativa de efetivá-la realmente como um direito.

1.1 OS FUNDAMENTOS DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL

O período que antecedeu a CF/88 foi marcado por precária oferta de serviços públicos em saúde. Historicamente, apenas em meados de 1900 é que o governo começou a se preocupar com as condições de saúde da população, mais especificamente daquela que trabalhava na agricultura de exportação, principal fonte da economia brasileira (FIGUEIREDO, 2005).

Desde então, as categorias profissionais que impulsionavam a economia brasileira eram o único foco da atenção à saúde pública. Também conseguiam acesso aos atendimentos de saúde quem pudesse pagar pelos mesmos. Aos que não tinham essa possibilidade, restava o amparado oferecido pelas Santas Casas e outras instituições de caridade.

A partir da era Vargas, a assistência à saúde passou a ser privilégio dos trabalhadores com vínculo formal no mercado de trabalho, na forma de um benefício como a aposentadoria. Além disso, adotava o modelo médico-assistencial-privatista, caracterizado como excludente, centrado na doença, nas ações meramente curativas e na comercialização da saúde.

A primeira previsão constitucional do direito à saúde no Brasil, data de 1934, quando o critério de acesso ao serviço público de saúde estava condicionado a participação do trabalhador ao regime de seguridade social, por meio do emprego formal (PETERSEN, 2014). As constituições posteriores mantiveram essa condição restritiva de acesso.

Diante disso, o reconhecimento do direito à saúde na CF/88, norteado pelos princípios ético-políticos da universalidade, da integralidade, da equidade e da participação popular, pode ser considerado uma conquista do povo brasileiro, em razão da falta de acesso aos cuidados básicos. A intersetorialidade, a descentralização político-administrativa, a hierarquização, a regionalização e a transversalidade são considerados princípios organizativos que também regem esse direito.

O Sistema Único de Saúde foi instituído como um modelo assistencial alternativo, voltado para as ações de promoção, proteção e recuperação da saúde, de forma ampla e integral. Vigora como base para a estruturação desse sistema, um conceito de saúde ampliado, que reconhece o ser humano em sua totalidade e a saúde como modo e qualidade de vida. O conceito primário de saúde como sendo a ausência de doença foi deixado de lado, pois não mais correspondia às necessidades da população.

Nesse contexto, a saúde passou a ser entendida como

[...] a conquista histórica da capacidade de fruir e criar uma vida que atenda, dentro dos padrões da dignidade humana, as demandas de moradia, trabalho, transporte, lazer e propicie o acesso às ações integrais de saúde, a uma educação de qualidade e a mecanismos de resolução equânime e pacífica dos conflitos. (BRASIL, 2007).

Com sabedoria, essa definição traz a dignidade da pessoa humana como eixo central. Conforme Lenza, esse princípio é regra matriz dos direitos fundamentais, está previsto no art. 1º, III da CF/88 e pode ser definido como o núcleo primordial do

constitucionalismo moderno (LENZA, 2011). Sendo a saúde a garantia da vida, sua manutenção é essencial para que o ser humano se integralize enquanto ser em dignidade.

Para Sarlet, a dignidade da pessoa humana é a qualidade intrínseca e distintiva de cada pessoa, que implica direitos e deveres fundamentais capazes de lhe proteger contra atos desumanos, assegurar-lhe condições existenciais mínimas e a promover sua participação ativa nos destinos da própria existência (SARLET, 2007). O direito à saúde, por ser um pressuposto de existência da vida, pode ser considerado um direito fundamental, justamente pela relação que os tornam indissociáveis.

Essa estreita afinidade também aproxima a saúde aos direitos da personalidade. Segundo Gagliano e Pamplona Filho, a vida é um dos principais direitos personalíssimos, ínsitos à pessoa, de caráter absoluto, geral, extrapatrimonial, indisponível, imprescritível, impenhorável e vitalício (GAGLIANO; FILHO, 2009). A saúde como um elemento de cidadania é fundamental para a garantia da vida, exige o reconhecimento e a proteção do Estado.

A cidadania e a dignidade da pessoa humana são os alicerces do Estado Democrático de Direito, forma instituída à República Federativa do Brasil, pela CF/88. Para Carvalho, a elaboração da Carta Magna ocorreu no contexto do constitucionalismo moderno, caracterizado pela democracia, pela separação efetiva de poderes e pelo respeito aos direitos humanos (CARVALHO, 2007).

No prisma constitucional, são diversos os dispositivos que tratam da saúde. Em seu art. 6º, a CF/88 pontua um rol não taxativo de direitos sociais, no qual a saúde está incluída de forma expressa. Ao seu lado, nesse artigo, estão o trabalho e a previdência social, direitos, muitas vezes, suprimidos nas situações em que o cuidado de um dos membros da família impede a inserção do outro no mercado de trabalho. O direito à saúde de um familiar, de certa forma, não poderia excluir o direito de cobertura da seguridade social daquele que dedica seu tempo ao cuidado.

Apresenta também uma seção específica sobre o tema, que inicia com o art. 196 e termina com o art. 200. Em seu art. 196, a CF/88 define a saúde como

[...] 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 igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (BRASIL, 1988).

O momento histórico vivido à época da instituição do Estado democrático brasileiro, exigiu a inclusão do acesso universal igualitário aos serviços de saúde como um dos princípios constitucionais orientadores do SUS, baseada nos anseios sociais. Isso significou a garantia de um sistema de saúde destinado a toda a população, sem distinções ou restrições, oferecendo a atenção necessária, sem qualquer custo (BRASIL, 2005).

Para Fleury, ao assumir a saúde como direito universal de cidadania, sem requisitos de contribuição ou prova de incapacidade, o seu exercício depende das necessidades dos cidadãos e das condições asseguradas pelo Estado para que esse direito se transforme em efetivo exercício (FLEURY, 2012). O acesso universal pressupõe ausência de barreiras para o uso do serviço instituído como referência nacional na prestação dos cuidados em saúde.

Por sua vez, o art. 197 da CF/88 vigente reconheceu as ações e os serviços de saúde como sendo de relevância pública, cabendo ao poder público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou por terceiros. Importante considerar o disposto na Lei n. 8.080/90, pois ela trata sobre a organização e o funcionamento dos serviços de saúde no Brasil.

Essa lei estabelece, em seu art. 2º, § 1º, o dever do Estado enquanto garantidor da saúde, reforçando o disposto no art. 196 da Carta Magna, nos seguintes termos:

O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação. (BRASIL, 1990).

Leal crê na existência do que chama de políticas públicas constitucionais vinculantes, entendidas como as ações que o Texto Político atribui aos Poderes Estatais e à comunidade como efetivadoras de direitos e garantias fundamentais (LEAL, 2008). Segundo o mesmo autor, é necessário o compartilhamento de responsabilidades entre as entidades federativas brasileiras e os cidadãos para a efetivação do direito à saúde, tornando-o próximo e ao alcance de todos.

Assim sendo, “é dever de todos aqueles cujos papéis e atividades repercutam na vida de outros, seja no plano social, político e institucional, o de garantir a todos e a cada um as condições necessárias para sua saúde física, psíquica e social.” (LEONE, 2001, p.1008 apud PRADO, SD, p. 3). Pensar a promoção da saúde coletiva implica em decisão política de Estado, que defina a dimensão do alcance da oferta dos serviços e bens públicos, além do enfrentamento de múltiplas tensões que envolvem jogo de interesses públicos e privados conflitantes.

Segundo apontamentos do Ministério da Saúde, no relatório final da Décima Segunda Conferência Nacional de Saúde, o controle social e a gestão participativa no SUS contribuem para a ampliação da cidadania, identificando o usuário como membro de uma comunidade organizada, dotado de direitos e deveres, diferenciando-o de um mero consumidor de bens e serviços (BRASIL, 2004). O envolvimento da sociedade como um todo nas ações voltadas a promoção, proteção e recuperação da saúde das pessoas é tão importante quanto o comprometimento do Estado na formulação e execução de políticas públicas de saúde.

1.2 A SAÚDE PÚBLICA ENQUANTO BEM COMUM

O bem comum na esfera da saúde configura-se pelo compartilhamento de bens entre todos os membros de uma sociedade. É algo produzido a partir das situações da vida, das necessidades vitais e sociais. Esse bem se expressa por meio da oferta de bens públicos em diversas políticas setoriais. Compreende processos e relações sociais entre Estado, sociedade e mercado, na busca pelo acesso universal e igualitário ao direito à saúde.

Essa oferta é gerida e regulamentada pela autoridade governamental do Estado, pois cabe ao poder público a construção do espaço e a produção do bem público, no âmbito da sociedade contemporânea. Segundo Nichiata et al., a reprodução da vida tem-se voltado à auto-satisfação, fomentando o individualismo e o capitalismo globalizado, caminho oposto ao da produção do público e do bem comum, colocados como alternativa ao privado (NICHIATA et al., 2013).

No Brasil, a assistência à saúde não é uma prática que cabe exclusivamente ao Estado, sendo facultado ao particular executá-la de forma complementar, sujeitando-se às diretrizes e princípios atinentes ao sistema público de saúde e as demais previsões constitucionais e infraconstitucionais. A prestação da saúde

compreendida como pública provém da ação do Estado enquanto detentor de sua titularidade, independente se executada diretamente pelo poder público ou por terceiros contratados ou conveniados.

Um dos grandes desafios do setor saúde é o entendimento e o tratamento da saúde pública como um bem comum/bem público. Para Carvalho, o comum para a sociedade corresponde àquilo que é essencial, capaz de torná-la mais justa e desenvolvida (CARVALHO, 2007). Esse mesmo autor chega a mencionar que bem comum corresponde a direitos humanos na ordem internacional, e a direitos fundamentais na ordem nacional.

Nesse sentido, pode-se dizer que bem comum refere-se a direitos básicos inerentes aos seres humanos, indispensáveis a todos e a cada um. Deve estar disponível de maneira universal, sem restrições quanto a sexo, raça, nacionalidade, etnia ou qualquer outra condição. As peculiaridades individuais devem ser ponderadas pelos princípios da igualdade e da equidade, considerados essenciais para a garantia da saúde enquanto bem comum.

Para Bobbio

[...] são bens públicos os que geram vantagens indivisíveis em benefício de todos, nada subtraindo o gozo de um indivíduo ao gozo dos demais. O bem público não transcende, na verdade, o bem privado, porque é igualmente um bem do indivíduo e se alcança através das finanças públicas. Por seu lado, o neocontratualismo mostra como se deve deduzir do contrato social um conceito universal de justiça, um Bem comum, que consiste na maximização das condições mínimas dos indivíduos, ou como se devem reformular as regras do jogo para obter uma ação não competitiva, mas cooperativa, que maximize, além do interesse individual, o bem coletivo, que é coisa bem diferente da simples soma dos interesses individuais. (BOBBIO, 1997, P. 107 apud PETERSEN, 2014, p. 31).

O conceito de bem público, enquanto sinônimo de bem comum, torna-se relevante para a discussão em pauta. Como vantagem indivisível, o bem público precisa ser disponibilizado, por completo e de forma inesgotável, para cada indivíduo que dele necessitar. A ideia de bem público enquanto bem passível de divisão, entre partes iguais para cada um, merece ser afastada. Ou seja, ser titular do direito à saúde não é desfrutar de uma cota parte desse direito, e sim fruí-la de maneira integral, no conjunto de suas necessidades.

Para tanto, o sistema de saúde tem que estar preparado para atingir essa integralidade, por meio de uma programação institucional e racional capaz de alcançar as necessidades essenciais de toda população. No Brasil, a programação

institucional da saúde pública foi organizada por meio do Sistema Único de Saúde, baseado em políticas públicas voltadas à promoção, proteção e recuperação da saúde de toda a população. O financiamento desse sistema é garantido pela participação de todos os cidadãos, que possibilitam ao setor público, ofertar um bem livre de valor econômico.

A Lei n. 8080/90, em seu art. 4º, dispõe que o SUS é constituído pelo “conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público.” (BRASIL, 1990). A ideia de estruturação do SUS é de promoção de uma gestão descentralizada para garantir à população o efetivo acesso aos serviços, medicamentos e insumos públicos disponibilizados.

O preceito constitucional que trata sobre a saúde, prevê sua garantia através de políticas públicas de abrangência coletiva. Isso expressa “uma tensão entre Estado e sociedade, entre liberdades individuais e responsabilidades coletivas, entre interesses privados e públicos.” (PAIM; ALMEIDA FILHO, 2000, P.69). Uma tensão entre o que o indivíduo e o privado pretendem, e o que o Estado pode e deve ofertar.

Produzir o bem comum requer a construção, por parte do Estado, de estratégias governamentais que garantam a saúde como um direito ao alcance de todos, considerados em suas singularidades. Que a população seja o foco do agir sanitário num sistema capaz de compreender as diferenças e ofertar o necessário aos distintos grupos sociais. Dessa forma, ao introduzir a diversidade no espaço público da cidadania, torna-se possível atingir o princípio basilar da igualdade.

Esse contexto representa, para muitos autores, a aplicação adequada do princípio da equidade. Segundo Barros e Souza, a diversidade das sociedades modernas pressupõe que a noção de igualdade só se completa se compartilhada com a de equidade, posto que não basta a existência de um padrão universal se não comportar o direito à diferença (BARROS; SOUZA, 2016). Para eles, o padrão passaria de homogêneo para equânime.

Equalizar essa prática significa disponibilizar igualdade de condições aos cidadãos que buscam a promoção da saúde, dentro de um mesmo sistema, considerados em sua individualidade. Esse é o caminho para chegar ao modelo ideal de justiça e cidadania, atendendo as demandas sem privilegiar o tratamento de uns em detrimento de vários outros sujeitos.

1.3 AS COMPETÊNCIAS DE ESTADO RELATIVAS AO DIREITO À SAÚDE: DESCENTRALIZAÇÃO ADMINISTRATIVA DAS COMPETÊNCIAS DOS ENTES PÚBLICOS À EFETIVAÇÃO DOS SERVIÇOS DE SAÚDE

No Estado brasileiro, a atenção à saúde é ofertada por meio do Sistema Único de Saúde. Um sistema que se concretiza por meio de intervenções políticas (esfera representada pela gestão do sistema), práticas sistematizadas por um corpo técnico de profissionais habilitados que elaboram protocolos a serem aplicados em situações específicas, além de regular os instrumentos úteis às ações e aos serviços de saúde.

No processo decisório voltado à construção dos serviços de saúde, a Carta Magna garante a participação da comunidade, através do controle social (art. 198, III, CF/88). Representa a gestão da sociedade sobre as políticas públicas implementadas pelo Estado, definida especificamente na Lei n. 8.142/90. Tal dispositivo legal dispõe sobre a participação social, por meios democráticos, na deliberação sobre o planejamento, formulação, execução e fiscalização das ações em saúde e da gestão administrativa e financeira do SUS.

O Estado, aqui entendido como os entes políticos (União, Estados membros, Distrito Federal e Municípios), passa a ser o responsável pela oferta desse bem, baseada na demanda apresentada pela população. Ferreira menciona que o Estado é a instância onde residem as possibilidades reais de uma garantia institucionalizada vinculada a um projeto nacional de integração via políticas, é a estrutura administrativa da sociedade que organiza a comunidade política e os recursos advindos dos tributos (FERREIRA, 1988).

Assim agindo, estaria cumprindo com as obrigações constitucionais e infraconstitucionais atribuídas a esse ente público, e respondendo aos anseios nele depositados pelos que contribuem financeiramente para a manutenção desse sistema. Quanto à atribuição de competências entre os entes federativos, relacionadas com o direito à saúde, a Carta Magna, em seu art. 23, II, estabelece ser de responsabilidade comum “cuidar da saúde e assistência pública” (BRASIL, 1988).

O federalismo é um modo de organização política que necessita instituir formas coletivas de exercício do poder e de preservação de autonomia e singularidade, diante de uma situação federativa caracterizada pela presença de

senso de identidade nacional em uma população que apresenta expressiva diversidade (BRASIL, 2016). Há o compartilhamento dos processos de tomada de decisão e de execução das ações, há a distribuição de recursos entre a União e seus entes constitutivos, mantendo a autoridade do domínio nacional e dos entes federativos.

Devido a isso, impõe-se que haja cooperação entre a União, os Estados, Distrito Federal e Municípios, visando o “equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional.” (Art. 23, parágrafo único, CF/88). Barroso assinala que a competência comum não significa que o propósito seja a superposição dos entes federados na prestação da saúde, o que acarretaria ineficiência devido a mobilização de recursos federais, estaduais e municipais para a realização das mesmas tarefas (BARROSO, 2007).

Nesse sentido, ao tratar do princípio da descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo, a Lei n. 8.080/90, em seu art. 7º, XIII, refere que a organização dos serviços públicos de saúde deve ocorrer de modo a evitar a duplicidade de meios para fins idênticos. Apesar de se tratar de competência comum, os entes federativos possuem atribuições definidas quanto a participação de cada um na oferta do bem saúde, tornando a organização da oferta diretamente relacionada à premência das necessidades.

Consta no relatório final da Décima Segunda Conferência Nacional de Saúde, compilado pelo Ministério da Saúde que

[...] torna-se imperativo promover a efetiva cooperação entre as três esferas de governo, assentada em bases jurídicas sólidas, que definam claramente os papéis e responsabilidades comuns e específicas de cada ente, que potencializem os recursos financeiros e integrem a formulação de políticas, de planejamento, de coordenação e de avaliação do sistema, incluindo os mecanismos de interação e de cogestão para lidar com conflitos. (BRASIL, 2004, p. 67).

A cooperação técnica e a conjugação de recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos entre os entes federativos é uma forma de unir esforços pelo mesmo fim. São exemplos as ações em saúde pactuadas e executadas em conjunto, mas com claras definições de limites entre eles. Essa integração é importante para que o SUS possa ser efetivo e atinja a tão almejada integralidade na atenção.

Ainda diante do prisma Constitucional, cabe à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre a proteção e a defesa da saúde (Art. 24, XII, CF/88). Essa capacidade legislativa também se estende aos municípios que podem “suplementar a legislação federal e a estadual no que couber.” (Art. 30, II, CF/88). À União incumbe estabelecer normas gerais no âmbito da legislação concorrente (Art. 24, § 1º, CF/88). No entanto, essa previsão não exclui a capacidade atribuída pela Constituição aos Estados, mesmo que de forma suplementar (Art. 24, § 2º, CF/88). Como referido anteriormente, os Municípios também possuem essa capacidade suplementar em relação a legislação federal e estadual, podendo legislar sobre assuntos de interesse local (Art. 30, I, CF/88).

Como se vê, o Brasil tem três instâncias de poder governamental, conferindo certa complexidade às relações entre as esferas de governo, principalmente quando se trata de gestão de responsabilidades comuns, como é o dever sobre a oferta da saúde. Há que se considerar nesse processo de oferta, a dimensão geográfica do país e a diversidade regional, que acabam imprimindo ao sistema algumas dificuldades.

Por isso, o princípio da descentralização, com ênfase na municipalização da saúde tem muita relevância e está sendo cumprido no decorrer da organização do sistema de saúde nacional. “O município é constitucionalmente o responsável pela gestão de serviços e ações de saúde em seu âmbito de abrangência, com a cooperação técnica e financeira das demais esferas governamentais.” (BRASIL, 2004).

A estratégia de municipalização contempla o acesso à gestão e aos serviços de saúde, uma vez que o espaço da sede administrativa do Município e da Secretaria Municipal de Saúde são os órgãos mais próximos do cidadão. Esse é um processo relevante pois garante a capacidade administrativa aos governos municipais, bem como o planejamento e a execução de ações em saúde voltadas às necessidades locais, considerando a heterogeneidade dos municípios brasileiros.

A compreensão das realidades locais permite o planejamento das ações em saúde com base em indicadores epidemiológicos, sociais, econômicos, demográficos, sanitários, culturais, ocupacionais, educacionais, entre outros. O levantamento desses indicadores deve ser o ponto de partida dos gestores para a tomada de decisões e o planejamento em saúde, com vistas a efetivação das políticas públicas de saúde.

Outro dispositivo legal que define as competências de cada um dos entes federativos, sobre a matéria em questão, é a Lei n. 8.080/90. Considerada a Lei Orgânica da Saúde, ela regula a organização e o funcionamento dos serviços de saúde em todo o território nacional, e estabelece condições para a promoção, proteção e recuperação desse bem tão valioso. O Capítulo IV dessa lei é dedicado às competências e atribuições no âmbito nacional, estadual e municipal, que precisam se desenvolver de maneira articulada, de modo a integrar os serviços de saúde em todo o país.

Conforme art. 16 do referido dispositivo legal, cabe à União, em âmbito nacional, as atribuições de natureza estratégica para o desenvolvimento da política nacional de saúde. Nesse sentido, são exemplos as atribuições de formular, implementar, avaliar e apoiar políticas prioritárias, formular e executar a política nacional de produção de insumos e equipamentos para a saúde, elaborar o planejamento estratégico do SUS, prestar cooperação técnica e financeira aos estados, Distrito Federal e Municípios, coordenar sistemas de alta complexidade, de laboratórios de saúde pública e das vigilâncias epidemiológica e sanitária, promover a descentralização de ações e serviços de saúde para Estados e Municípios, entre outras.

Em seu art. 17, a Lei n. 8.080/90 define como competências da Direção Estadual do SUS a articulação sistêmica de atividades de planejamento e coordenação regional das políticas, programas, ações e serviços de saúde presentes em seu território, construídos com base na política nacional. Pode-se destacar como algumas de suas atribuições a promoção da descentralização das ações e serviços de saúde para os Municípios, o acompanhamento e avaliação das redes hierarquizadas no SUS, o apoio técnico e financeiro aos Municípios, o gerenciamento de sistemas públicos de alta complexidade a nível estadual e regional, a coordenação da rede estadual de laboratórios de saúde pública e hemocentros, entre outras.

Por fim, em seu art. 18, a Lei n. 8.080/90 preceitua ser competência da Direção Municipal do SUS a prestação direta dos serviços de saúde, especificamente os cuidados primários. É possível elencar como atribuições dos Municípios, o planejamento, a organização, o controle, a execução e a avaliação das ações e serviços de saúde locais, a execução das políticas nacionais prioritárias como vigilância em saúde, estratégia saúde da família, alimentação e nutrição,

saúde do trabalhador e saneamento básico, formar consórcios administrativos intermunicipais, controlar e fiscalizar os procedimentos dos serviços privados de saúde, entre outras.

Na prática, as autoridades sanitárias responsáveis pela governança do SUS e pela execução das políticas de saúde nas diferentes esferas de governo são o Ministério da Saúde, as secretarias estaduais de saúde e as secretarias municipais de saúde. Essa governança também conta com a participação da sociedade que atua através dos conselhos municipais de saúde e das conferências de saúde. A gestão dos recursos financeiros ocorre em cada uma das três esferas de governo, sendo que as transferências intergovernamentais são realizadas através dos fundos de saúde.

Os serviços de saúde estão organizados em redes de atenção à saúde com o objetivo de superar a fragmentação e garantir a integralidade e a continuidade da atenção, nos diferentes níveis de complexidade do sistema. A atenção primária à saúde é o componente estratégico do SUS que compete aos Municípios pela capacidade de articulação entre os interesses e necessidades da população e oferta do serviço. Esse nível de atenção tem papel de coordenador do cuidado e ordenador da rede de atenção à saúde.

A atenção secundária e terciária à saúde caracteriza-se por ações e serviços em âmbito ambulatorial e hospitalar e compreende procedimentos de maior densidade tecnológica, de média e alta complexidade (ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, 2016). Os Estados e a União dedicam-se à organização desses níveis de complexidade, estruturando regiões de atendimento para garantir o acesso resolutivo e oportuno da população. A organização das redes busca também a otimização dos recursos e a racionalidade dos gastos.

Segundo Barroso, a distribuição de competências promovida pela CF/88 e pela Lei n. 8.080/90 orienta-se pelas noções de subsidiariedade e de municipalização, cabendo aos Estados e à União a execução direta de políticas sanitárias somente de modo supletivo, em eventuais ausências dos municípios. No entanto, é oportuno o entendimento de que, mesmo sendo de responsabilidade de um dos entes federativos, o fornecimento de um determinado bem ou serviço, não significa a exclusão dos demais entes nesse processo.

O entendimento jurisprudencial dominante nas cortes superiores (STJ e STF) e nos tribunais de justiça leva em consideração que o sistema único de saúde é

composto pela União, Estados-membros e Municípios, havendo legitimidade passiva *ad causam* de qualquer um deles em face da possibilidade de ajuizamento de ação. Essa possibilidade ocorre pela observância da solidariedade existente entre os entes federativos.

É nesse sentido o entendimento jurisprudencial:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. MUNICÍPIO. FORNECIMENTO DE MEDICAÇÃO/TRATAMENTO ONCOLÓGICO. SAÚDE. GARANTIA CONSTITUCIONAL. DIREITOS SOCIAIS PRESTACIONAIS. CACONS. LEGITIMIDADE PASSIVA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS. PRONUNCIAMENTO DO STF EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. União, Estados, Distrito Federal e Municípios ostentam legitimidade concorrente para responder às demandas que visam ao fornecimento gratuito de medicamentos, exames ou procedimentos, inclusive cirurgias. Responsabilidade solidária dos entes federativos. Competência comum expressa no art. 23, inc. II da CF/88. A divisão de competências no âmbito da gestão interna do SUS não é oponível ao particular que acode à via judicial. O fato de a medicação ser disponibilizada pelos Centros de Alta Complexidade em Oncologia - CACONS, pertencentes à União, não retira a legitimidade passiva concorrente dos Estados e Municípios, ante a solidariedade dos entes federados no tocante às prestações positivas na área de saúde pública. CHAMAMENTO AO PROCESSO DA UNIÃO. DESCABIMENTO. A solidariedade entre os entes públicos permite que a parte autora direcione a ação contra qualquer um dos obrigados a prestar. É inadmissível o chamamento ao processo na espécie, por contrariar o interesse da parte autora, cuja pretensão de direito material exige prestação jurisdicional célere. ACESSO À SAÚDE. DIREITO FUNDAMENTAL QUE EXIGE PROTEÇÃO SUFICIENTE. O acesso à saúde é direito fundamental e as políticas públicas destinadas a implementá-lo, embora vinculem o Estado e os cidadãos, devem gerar proteção suficiente ao direito garantido, afigurando-se suscetíveis de revisão judicial, sem que daí se possa vislumbrar ofensa aos princípios da divisão de poderes, da reserva do possível ou da isonomia e impessoalidade. A outro turno, as normas internas de organização, funcionamento e gestão do Sistema Único de Saúde, de natureza administrativa, não arredam a legitimidade solidária dos entes federativos para responder às demandas de fornecimento de medicamentos, exames ou procedimentos deduzidas pelos desprovidos de recursos financeiros indispensáveis ao seu custeio. RECURSO DESPROVIDO. (RIO GRANDE DO SUL, 2017).

Fica explícita a compreensão de que a responsabilidade dos entes públicos com a saúde dos cidadãos é conjunta e solidária, podendo a parte interessada dirigir seu pleito judicial ao ente da federação que lhe convier. A divisão de competências estabelecida internamente pela gestão, no SUS, não pode ser oponível ao particular que ingressa na via judicial para garantir a prestação do direito à saúde e evitar a transgressão ao mínimo existencial. Os argumentos de ordem administrativa não podem prevalecer em face de inequívoca transgressão a direitos fundamentais.

2 O CUIDADO COMO UM PROCESSO DE PRODUÇÃO DE SAÚDE NA SOCIEDADE MODERNA

Este capítulo destina-se ao estudo 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. Quando a saúde encontra-se comprometida, o cuidado adequado à enfermidade acometida é a ferramenta fundamental para a inversão desse quadro de desequilíbrio sistêmico.

As habilidades de quem cuida interferem diretamente no resultado que pretende ser obtido. Para esse processo, mister se faz a participação da família na produção de saúde, seja através da aplicação do cuidado ou na determinação de outra pessoa para fazê-lo. Tal discussão envolve também a análise da situação do enfermo e cuidador no contexto da sociedade de produtores em que vivemos.

2.1 O CUIDADO E SUAS IMPLICAÇÕES PARA A PROMOÇÃO DA SAÚDE

O cuidado é um modo de fazer que se caracteriza pela atenção, responsabilidade, zelo e desvelo para com as pessoas (PINHEIRO, 2009). Quando uma pessoa adoece, torna-se indispensável a prática de cuidados voltados à recuperação de sua saúde. Muitas vezes, a própria pessoa tem condições de promover o autocuidado. Outras vezes, a saúde encontra-se tão comprometida que a pessoa necessita do outro para a prática de alguns cuidados.

A dependência de cuidados prestados por outra pessoa expõe o enfermo a necessidade de amparo Estatal, por duas circunstâncias relevantes: a impossibilidade de trabalho do enfermo e, conseqüentemente a necessidade de auxílio por meio da seguridade social. O sistema de proteção é destinado aos cidadãos que adquirem a qualidade de segurados, sendo abrangido pelas áreas da saúde, assistência e previdência sociais.

A previdência social constitui um dos objetivos da República Federativa do Brasil e, através de seu arcabouço constitucional e legislativo, dispõe aos seus segurados, meios indispensáveis para manutenção econômica e social. Dentre os requisitos para obtenção desse amparo estão a incapacidade motivada por doença ou agravo cometido contra a saúde, idade avançada, dentre outros.

O Regime Geral de Previdência Social presta os seguintes benefícios e serviços aos segurados, inclusive em eventos decorrentes de acidente de trabalho: aposentadorias por invalidez, idade, por tempo de contribuição e especial, auxílios doença e acidente, salários família e maternidade, além de serviço social e reabilitação profissional. De certa forma, a concessão dos benefícios significa uma redistribuição de renda capaz de manter a massa social.

No caso do segurado que percebe aposentadoria por invalidez e que necessita de cuidados permanentes a serem prestados por outra pessoa, poderá ter um acréscimo no valor do benefício recebido de 25% (BRASIL, 1991). O próprio sistema reconhece a importância de complementar a renda beneficiária para que o direito aos cuidados em saúde possam se concretizar.

Quem cuida precisa compreender o seu papel nas ações de cuidado com saúde. A adequação da assistência que cada pessoa receberá, dependerá do quanto cada uma se realiza de modo mais ou menos pleno, no contexto da multiplicidade de necessidades humanas básicas. Tal prática requer o provimento de variados recursos para atender as pessoas nos diferentes momentos de sua vida.

Para Pinheiro, a vida cotidiana evidencia cada vez mais a crescente demanda por um cuidado que vem se complexificando a cada dia (PINHEIRO, 2009). Isso porque cada doença ou agravo à saúde requer a execução de um plano terapêutico específico, composto por cuidados de diferentes níveis de complexidade. Em muitos casos, quando o próprio doente ou sua família não possuem habilidade para a execução dos cuidados, os mesmos podem ser capacitados por profissionais competentes.

Pode haver também a necessidade da prestação de cuidados diretamente por profissionais com formação específica, contratados para esse fim. Os mesmos atuam tanto em ambiente institucional quanto em ambiente domiciliar, dependendo do caso. Atualmente, a procura por cuidadores ou por serviço de *home care*, é crescente. Tanto os cuidadores quanto os serviços de *home care* destinam-se a prestação de assistência domiciliar contínua, ou por um período determinado, com o propósito de manter ou recuperar a saúde das pessoas.

O mundo contemporâneo impõe tantas tarefas ao ser humano que quando um familiar seu encontra-se com a saúde comprometida, a contratação de pessoas para cuidá-lo acaba parecendo ser a melhor alternativa, diante da qualificação específica que o cuidado requer e/ou pela manutenção da atividade produtiva e

remuneratória dos integrantes da família. Sem dúvida, a recuperação da saúde de pessoas enfermas requer atenção e cuidado, seja de familiares ou de profissionais da área.

Para Cecilio, há múltiplas lógicas de produção do cuidado, compreendendo as dimensões societária, sistêmica, organizacional, profissional, familiar e pessoal (CECILIO, 2013). O referido autor estabeleceu definições adequadas a cada dimensão, a saber. A societária é a dimensão mais externa e abrangente, resultante das políticas econômicas e sociais dotadas de estratégias que impactem sobre os indicadores de saúde da população.

A sistêmica resulta da atuação dos gestores da saúde em viabilizar sistemas e redes de saúde capazes de produzir diferentes graus de bem comum. Na organizacional, entram em cena os gerentes de serviços e as equipes de saúde, dispositivos com forte poder para produzir o sentido de responsabilidade compartilhada com o coletivo e suas necessidades.

A profissional é marcada pelo encontro do profissional ou da equipe com as pessoas que procuram pelos serviços de saúde. A prática é realizada em espaços individuais ou coletivos, permite a criação de vínculo com aquele de quem cuida e sendo alta a qualidade do cuidado prestado, impacta significativamente no resultado de seu atendimento.

Por fim, Cecilio descreve duas dimensões significativas. A família que diz respeito ao círculo de parentes, amigos e vizinhos, marcada por relações solidárias e de proximidade, assumindo importância central quando as pessoas adoecem. E a pessoal, que tem como sentido um cuidar de si baseado na autonomia do sujeito para as escolhas referentes ao modo de andar a vida.

Na prática, percebe-se a necessidade de uma conexão dinâmica entre todas essas dimensões, para que possam atingir o fim comum a que se destinam, ou seja, a produção do cuidado. A atuação conjunta pressupõe a união de esforços para a garantia da integralidade da atenção no cuidado de enfermos, com a consequente efetivação da cura e da promoção da saúde.

É possível identificar um resultado mais significativo quando profissionais, familiares e enfermo em condições para tal atividade, elaboram o plano de cuidados em conjunto, considerando as necessidades identificadas e os recursos disponíveis, singularizando a atenção em saúde. De acordo com Feuerwerker, a produção de um cuidado em saúde dirigido a propiciar ganhos de autonomia e de vida de seus

usuários requer um trabalho interdisciplinar, intersetorial, interprofissional e com gestão compartilhada (FEUERWERKER, 2014).

A organização do trabalho requer os saberes técnicos estruturados, o uso correto dos instrumentos e um ato de cuidar solidário, baseado em relações humanizadas. Além disso, quando há corresponsabilidade entre os sujeitos envolvidos com o cuidado, há também um compromisso de todos com os resultados produzidos. Tudo para que a atenção recebida coloque o enfermo em melhor posição diante dos desafios da vida.

Nesse contexto de oferta do direito à saúde, quando se destaca um familiar para ocupar o lugar de cuidador, há que se pensar na proteção dos direitos fundamentais desse sujeito que passa a exercer a tarefa de cuidador. Muitas vezes, cuidar do familiar exige que ele abandone sua posição no mercado de trabalho para assumir as funções de cuidador no âmbito familiar. Para atuar na assistência adequada ao enfermo, precisa se habilitar para as tarefas e afazeres próprios do cuidado.

O cuidar tornou-se uma prática profissionalizada, pois exige tempo, capacidade técnica e articulação, constituindo-se em efetivo trabalho. Como tal, merece ser regulamentada para adquirir o status de profissão e amparar legalmente o trabalhador. O projeto de lei, de iniciativa da Câmara dos Deputados em 2007, segue tramitando no Senado Federal, e pretende caracterizar a profissão de cuidador.

Atualmente, o Ministério do Trabalho e Emprego reconhece como ocupação, a função de cuidador, através da sua inclusão na Classificação Brasileira de Ocupações. Dessa forma, já passa a ser considerada no setor saúde, parte integrante do setor de serviços da economia, por mais que possua características específicas no seu processo produtivo. Como tal, o exercício desta ocupação por um membro familiar, também merece o reconhecimento de atividade produtiva.

2.2 ASPECTOS LEGAIS RELACIONADOS AO DEVER DA FAMÍLIA NO PROCESSO DE CUIDAR DE PESSOAS ENFERMAS

No intuito de regular a proteção à família e dar-lhe subsídios nas fases da vida de maior vulnerabilidade de cada um de seus integrantes, o Estado brasileiro tratou de considerá-la nos níveis constitucional e infraconstitucional. O Título VIII do

Diploma Constitucional dedica-se à questão da Ordem Social, no que se refere a família, a criança, ao adolescente ao jovem e ao idoso.

O capítulo dedicado ao tema, reconhece de pronto a família ou entidade familiar com diferentes definições, retratando a realidade social marcada pelas adaptações dos sujeitos ao unirem-se para conviver num determinado núcleo familiar. Para Kroth, Silva e Rabuske, a forma de entender a família no direito envolve noções de pertencimento a uma entidade familiar e de reconhecimento pessoal e social (KROTH; SILVA; RABUSKE, 2007).

Interessa consignar o disposto no art. 226 da Carta Magna, que propõe especial proteção à família, base da sociedade, devendo ao Estado assegurar a assistência a cada membro, através de mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações (art. 226, §8º, CF/88). Essa determinação legal traz a preocupação em combater tal agravo por ser uma das principais causas de desestruturação familiar.

Ao analisar o conceito de violência, sob a ótica do tema proposto neste estudo, é possível apontar a negligência como uma de suas formas. A negligência caracteriza-se por omissões e pela falta de provimento das necessidades humanas básicas, sendo o abandono a sua forma mais grave (BRASIL, 2010). Assim, voltando-se ao enfermo, pode-se concluir que o descuido e a falta de atendimento à saúde são violências que devem ser coibidas, além de muitas outras.

O texto constitucional brasileiro, por meio da redação de seu art. 227 impõe não somente ao Estado, como também à família e a sociedade o dever de assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem o direito à vida e a saúde, dentre outros, além de protegê-los contra a negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Tal previsão também pode ser encontrada no Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu art. 4º, e no Estatuto do Idoso, também em seu art. 4º.

A legislação penal vigente prevê os crimes de maus tratos e abandono de incapaz, estabelecendo sanções para os casos de violação do bem jurídico tutelado. Pretende, com isso, tutelar a segurança da saúde e da vida das pessoas, coibindo o desamparo através da descrição dos crimes de abandono de incapaz em ser art. 133, e de maus tratos em seu art. 136 do Código Penal.

Ao interpretar as previsões normativas que se referem à proteção de vulneráveis, atrelados ao princípio da dignidade da pessoa humana, é possível aferir que o indivíduo precisa ser compreendido como ser único e assistido por quem

possa assegurá-lo condições para a efetivação de uma vida digna, sem sofrer qualquer tipo de violência. Na mesma linha de raciocínio, é o entendimento do art. 229 da CF/88 que dispõe sobre o dever de assistência recíproca entre pais e filhos (dos pais para com os filhos menores, e dos filhos maiores para com os pais).

Tal artigo traz em si o princípio da solidariedade nas relações familiares ao determinar que cabe aos pais assistir, criar e educar os filhos menores e, por sua vez, aos filhos maiores incumbe ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade. De fato, a família como responsável pelo desenvolvimento do indivíduo, é fonte de amparo material e imaterial. Os atributos de afeto e solidariedade ultrapassam os laços de consanguinidade entre seus membros.

No que se refere ao amparo dos pais na velhice, o Estatuto do Idoso é a legislação que regula especificamente os direitos às pessoas que se encontram nessa fase da vida. Alguns dispositivos merecem destaque, sendo o caso do art.3º que trata da obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do poder público de assegurar ao idoso a efetivação do direito à vida, saúde, alimentação, educação, esporte, lazer, trabalho, cidadania, liberdade, dignidade, respeito e convivência familiar e comunitária, priorizando seu atendimento pela família em detrimento ao atendimento asilar (BRASIL, 2003).

Outra legislação atinente à discussão da responsabilidade familiar para com seus entes é a Lei Orgânica da Saúde, que traz em suas disposições gerais o pressuposto de que o dever do Estado de garantir a saúde não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade (BRASIL, 1990). Trata-se de dispositivo de extrema relevância por ser norma programática regulamentadora de matéria específica sobre o direito à saúde.

Isso significa que o Estado possui o dever de prover as condições indispensáveis ao pleno exercício do direito à saúde através da formulação e execução de políticas econômicas e sociais suficientes para reduzir o risco de doença e outros agravos, mas que as pessoas, à família, as empresas e a sociedade também possuem um dever instituído. A responsabilidade pela produção da saúde cabe a todos, sendo que os interessados precisam estar plenamente envolvidos nesse processo.

Torna-se imprescindível evoluir para além da mera concepção de que a saúde é dever apenas do Estado, pois a prática do autocuidado precisa ser a contraprestação mínima do cidadão que se insere num sistema público de saúde. Já

na Primeira Conferência Internacional sobre Cuidados Primários em Saúde, que aconteceu em 1978, em Alma-Ata, capital do Kazaquistão, promovida pela organização Mundial da Saúde, foi declarado ser “direito e dever dos povos participar individual e coletivamente no planejamento e na execução de seus cuidados de saúde” (BRASIL, 2002, p.33).

Também, na carta de intenções resultante da Primeira Conferência Internacional sobre a Promoção da Saúde, ocorrida em Ottawa, Canadá, consta ampla discussão sobre a importância da atuação da comunidade na melhoria de sua qualidade de vida e saúde. Esse processo de promoção da saúde, protagonizado pelo cidadão previamente capacitado, foi entendido como necessário para se atingir saúde para todos no ano 2000 e anos subsequentes (BRASIL, 2002).

Pode-se perceber que advém de longa data o debate sobre a auto-responsabilidade e a participação social e do indivíduo no planejamento, na organização e na execução do sistema de saúde nacional. Há que se reconhecer a corresponsabilidade entre Estado, cidadão, famílias e sociedade na efetivação da atenção integral à saúde. Assim, é possível viabilizar um sistema de saúde sustentável e disponível para todos, através da aplicação dos preceitos estabelecidos constitucionalmente, e regulamentados nas leis infraconstitucionais brasileiras.

2.3 O ENFERMO COMO UMA “FALHA” DO SISTEMA PRODUTIVO

A saúde é um importante recurso para o desenvolvimento social e econômico de um país, e uma das principais dimensões da qualidade de vida. Reflete diretamente no crescimento do volume de riquezas e na produção de bem-estar social. Contribui para a manutenção da mão-de-obra produtiva, além de ser objeto de produção e circulação de bens e de prestação de serviços.

Pode-se dizer que há uma associação clara entre saúde e desenvolvimento, que precisa funcionar de maneira harmônica e linear para contribuir com o capital humano e com a produtividade. A Lei Orgânica da Saúde determina, em seu art. 3º, que os níveis de saúde expressam a organização da sociedade brasileira, tendo a saúde vários determinantes e condicionantes (BRASIL, 1990).

O resultado dessa saudável associação produz melhora na qualidade de vida, aumento na produtividade da força de trabalho, redução da pobreza, inclusão social,

dentre outras características de um país desenvolvido. Nesse sentido, Gadelha refere que há uma dupla dimensão entre saúde e desenvolvimento, sendo a primeira considerada parte do sistema de proteção social por constituir um direito de cidadania, e a segunda considerada base produtiva por formar o conjunto de setores de atividade econômica (GADELHA, 2012).

Conforme Sen, o principal meio para o desenvolvimento é a expansão das liberdades dos indivíduos, as quais possuem como agentes promotores a educação, a saúde, os direitos civis, dentre outros (SEN, 2010). As liberdades são capazes de promover a ampliação da capacidade das pessoas para cuidar de si mesmas e interferir no mundo da maneira que acharem pertinentes, assim contribuindo para o processo de desenvolvimento.

Nesse íterim, o desenvolvimento não pode estar relacionado apenas com crescimento econômico, tem que contribuir para a melhoria da vida das pessoas e com o fortalecimento das liberdades. Assim, a ausência de condições sociais e econômicas limitam as liberdades e, conseqüentemente ações do cidadão, dificultando ou impedindo seu acesso aos direitos fundamentais, aos meios para cuidar de sua saúde e a busca pela sobrevivência.

No contexto da sociedade de produtores, a condição de saúde dos trabalhadores determina sua participação na divisão do trabalho. As situações de enfermidade dão origem a uma mão-de-obra sem utilidade, que compõe um grupo de pessoas excluídas pelo progresso econômico. Além disso, essa exclusão ocorre por meio da construção da ordem e da globalização, numa sociedade moderna em constante movimento, onde a opção é moderniza-se ou perecer (BAUMAN, 2005).

Para Bauman, a expansão global da forma de vida moderna liberou uma grande quantidade de seres humanos destituídos de forma e meios de sobrevivência (BAUMAN, 2005). Esse mesmo autor refere ainda que a exclusão pelo progresso econômico transformou o sujeito em vítima sem posição na estrutura social, tornando-o dependente do Estado para garantir sua sobrevivência. São diversos os setores públicos diretamente envolvidos nessa garantia, sendo possível mencionar, a título de exemplo, a saúde, a assistência social, a previdência social, entre outros.

A fraqueza, a incapacidade de resistir e outras vulnerabilidades do homem enquanto enfermo, tornam-o incapazes de participar da divisão do trabalho e, conseqüentemente, são excluídos do mercado. Determinadas condições de enfermidade impedem, até mesmo, a própria promoção da saúde através do

autocuidado, momento em que o enfermo necessita de profissionais capacitados e/ou familiares dispostos a cuidar, para auxiliar na recuperação de sua saúde.

Diante do dever de prestar assistência à saúde e da opção de destacar algum familiar de sua atividade produtiva para destiná-lo ao cuidado de um de seus integrantes, faz-se necessário pensar tanto no enfermo quanto nesse cuidador enquanto falha do sistema produtivo. Por não estarem mais inseridos no mercado de trabalho, são excluídos do progresso econômico, e a ausência de sua renda impacta na sobrevivência do núcleo familiar.

O capitalismo acirrado produz uma gama de excluídos do mercado econômico, os quais acabam se tornando atrasados e supérfluos. A competitividade está atrelada à produtividade e eficiência, requerendo capacitação constante voltada para as novas tecnologias e formas de atuação. Bauman refere que na divisão social do trabalho há objetos considerados descartáveis, onde cada peça pode ser sobressalente e substituível (BAUMAN, 2001).

A produção de sujeitos descartáveis é uma das novas características da sociedade contemporânea. O vínculo social se desfaz rapidamente, parecendo uma relação de consumo imediato. O estado atual da forma de vida moderna é caracterizado como de consumo, com uma cultura de descarte dos excluídos pelo progresso econômico. É uma lógica difícil de se ver, onde parece surgir e se legitimar, de forma natural, o direito de excluir.

3 O ATIVISMO JUDICIAL NO CAMPO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE

Este capítulo é dedicado ao estudo da 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. A judicialização tem um papel importante na efetivação de direitos, em que pese a discussão acerca do direito à saúde.

É uma via disponível ao cidadão para a proteção de seus direitos e garantias fundamentais, diante da negativa do que lhe está garantido pelo ordenamento jurídico brasileiro. O Poder Judiciário entra em cena quando é demandado por alguém, diante da negativa do direito prestacional pelo Estado, haja vista o modelo constitucional de acesso à justiça que se adotou.

3.1 A INTERFERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

Conforme Souza, “a judicialização do direito à saúde ganhou tamanha importância teórica e prática que envolve não apenas os operadores do direito, mas também os gestores públicos, os profissionais da área da saúde e a sociedade civil como um todo.” (SOUZA, 2012). Importante ressaltar que o conjunto de princípios, regras, normas e leis referente ao sistema sanitário brasileiro confirma a ideia de que a saúde é direito fundamental, garantida pela Constituição Federal como norma auto aplicável e de eficácia imediata, sendo que o mesmo diploma legal aponta as políticas públicas de saúde como o primeiro meio de efetivação desse direito (SCHWARTZ; BORTOLOTTI, 2008).

A interferência do Judiciário é fato inerente à formação da nossa atual democracia, pois as falhas na implementação de políticas públicas pelo Poder Executivo embasadas em direitos sociais, acabam sendo analisadas e, muitas vezes, sanadas por esse poder. O Estado possui o dever de oferecer à sociedade, os direitos que o constituinte preconizou como o mínimo existencial, que dependerá da realidade fática e das circunstâncias de seus destinatários.

Para a racionalidade dessa oferta, torna-se imprescindível o cumprimento da previsão constitucional de programação da norma pelo Executivo, através de políticas claras no sentido de esclarecer seu objeto, quem são seus destinatários, em que período e de que forma. Ao mesmo tempo, mister se faz considerar os

recursos financeiros disponíveis, empreendendo maior quantidade de recursos nas prioridades elencadas nas agendas de governo.

Compete à administração pública elaborar e efetivar essas políticas públicas através de ações e atividades voltadas às necessidades em saúde da população. Cabe considerar que qualquer atuação do Estado relativa à efetivação das políticas públicas para a implementação do direito à saúde, depende da alocação de recursos públicos limitados e envoltos por normas constitucionais para sua utilização (SCHWARTZ; BORTOLOTTI, 2008).

Como os recursos destinados à efetivação do direito à saúde são limitados, e as necessidades em saúde da população são ilimitadas, há que se entender a priorização na aplicação desses recursos em ações de alcance coletivo, o que, em direito administrativo e financeiro, chama-se programação do gasto público. No entanto, há que se considerar o cidadão em sua individualidade e integralidade para atender suas necessidades em saúde, a assim assegurar o exercício dos direitos sociais no Estado democrático.

Para Barroso, não há solução juridicamente fácil nem moralmente simples nessa questão, pois o que está em jogo na ponderação analisada é o direito à vida e à saúde de alguns em confronto com o direito à vida e à saúde de outros (BARROSO, SD). A priorização de um tratamento de alto custo em nome do direito à saúde, pode custar a vida de outros tantos cidadãos que necessitam tratar-se com o acesso a medicamentos e atendimentos de baixo custo.

Em razão dessas circunstâncias, a racionalidade administrativa deve estar sempre presente na programação de toda política pública, a fim de tornar o bem público ofertado, um bem inesgotável, ao mesmo tempo que se encontra disponível para o acesso de toda população. Leal entende que:

É claro que o simples argumento da escassez de recursos dos cofres públicos não pode autorizar o esvaziamento de direitos fundamentais, muito menos os relacionados à saúde, eis que diretamente impactantes em face da vida humana e sua dignidade mínima, e por isto estarão sujeitos ao controle jurisdicional para fins de se aferir a razoabilidade dos comportamentos institucionais neste sentido, devendo inclusive ser aprimorados os parâmetros, variáveis, fundamentos e a própria dosimetria concretizante do direito em xeque (LEAL, 2008, p.11).

Existe uma contradição entre o texto legal e a realidade institucional, baseada nas condições financeiras adversas que impedem a distribuição igualitária de

serviços de qualidade, o que motiva a judicialização da política (FLEURY, 2012). No entanto, prevalece o entendimento de que a escassez de recursos não pode ser o motivo que impede o cidadão de ter atendida a sua necessidade em saúde, restando descartado o argumento da reserva do possível.

A prática tem demonstrado que a ineficiência da gestão no SUS é um dos motivos plenamente evitáveis do esgotamento financeiro. Aliado a isso, as investidas constantes em interesses diversos aos do sistema público, afastam cada vez mais os gestores dos princípios e objetivos da administração pública e favorecem a precarização dos serviços de saúde. É nesse viés que entra a judicialização como aliada do SUS, na luta contra os retrocessos e na defesa dos direitos individuais e coletivos.

Fazer cumprir o preceito constitucional “saúde direito de todos e dever do Estado” é o objetivo apontado pelo Poder Judiciário, ao interferir no sistema de saúde, com suas decisões, frente as demandas individuais. O uso do recurso judicial como forma de exigibilidade do direito denegado pretende tutelar direito individual para acesso a bens e serviços tanto quanto direitos sociais não individualizáveis, de alcance coletivo (FLEURY, 2012).

Assim sendo, há um compartilhamento da atuação dos poderes constitucionalmente instituídos na defesa dos direitos sociais. Embora o Executivo e o Legislativo sejam os responsáveis pela elaboração e implementação das políticas públicas, pode-se dizer que a intervenção do Judiciário ocorre de maneira complementar, não havendo comprometimento da democracia e nem a transferência da representação política para esse poder.

Um ponto em voga, diz respeito a necessária aproximação entre o poder judiciário e os gestores das políticas públicas de saúde, como uma alternativa para a discussão dos caminhos e medidas a serem adotadas diante do fornecimento do bem saúde. Acredita-se na exigibilidade pactuada para a defesa dos direitos de uma forma conjunta entre os poderes, com participação da população e especialistas (FLEURY, 2012).

O empenho de esforços entre todos esses atores sociais propiciará a qualificação do processo de gestão e a efetividade da administração pública. A tarefa de governar no Estado contemporâneo requer a compreensão das múltiplas realidades locais, a inserção no mundo globalizado e a habilidade de conviver com o compartilhamento de poderes. Um processo de cogestão envolve diversas

responsabilidades na construção e execução das políticas públicas de saúde, que merecem também ser observadas e estimuladas pelo Poder Judiciário, na busca pela efetivação dos direitos estabelecidos.

3.2 ORIENTAÇÕES DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

O Conselho Nacional de Justiça é uma instituição pública que visa contribuir para a prestação jurisdicional em prol da sociedade, e possui como uma de suas competências o aperfeiçoamento do trabalho do sistema judiciário brasileiro. Sua previsão constitucional pode ser encontrada no art. 103-B, dispositivo que trata sobre a composição, atribuições e competências desse órgão.

Dentre as ações do Fórum Nacional do Judiciário para a saúde, criado pelo CNJ, estão as Jornadas de Direito da Saúde que objetivam o monitoramento e a resolução das demandas de assistência à saúde, bem como a elaboração de enunciados orientadores das decisões judiciais. O elevado número de litígios referentes ao direito sanitário, a ampla diversidade dos mesmos e seus impactos sobre os orçamentos públicos motivaram a elaboração de enunciados interpretativos formulados para subsidiar os magistrados nas tomadas de decisões em ações judiciais que versam sobre o tema.

Os enunciados trazem informações técnicas amplamente discutidas por cidadãos comuns, juízes, representantes do Ministério Público, defensores públicos, advogados, gestores do SUS e de planos de saúde e por outros setores e categorias profissionais. De acordo com Dallari, a realização do direito à saúde no Brasil depende da capacidade do judiciário de aprender a trabalhar com a democracia sanitária, entendida como a participação popular na fixação dos objetivos da política de saúde e no controle das ações e serviços que a compõem (DALLARI, 2014).

A interlocução entre todos os segmentos envolvidos com a prestação ou efetivação do direito à saúde, oportunizou a construção de diretrizes, na forma de enunciados, para nortear as decisões judiciais que envolvem demandas por saúde. A promoção desse diálogo ressalta a importância dos espaços públicos para a adequação de um direito posto com as realidades e um determinado tempo e espaço social.

Especificamente sobre as discussões propostas para este trabalho, é possível apreender como relevantes para as análises, alguns enunciados. O primeiro deles

trata da repartição de competências e foi aprovado na I Jornada de Direito da Saúde. Estabelece o enunciado n. 8 que “nas condenações judiciais sobre ações e serviços de saúde devem ser observadas, quando possível, as regras administrativas de repartição de competência entre os gestores.” (CNJ, 2014, p. 2).

Nesse sentido, há que se ponderar que apesar do entendimento do Tribunal de Justiça vislumbrar a responsabilidade solidariedade no que tange ao direito à saúde, cabe observar a competência de cada ente na garantia desse direito. No entanto, o dever de prestar assistência à saúde deve ser compartilhado entre os entes federativos e a distribuição de atribuições entre eles, estabelecida por normas infraconstitucionais, não afasta a responsabilidade solidária.

O enunciado n. 60, aprovado na II Jornada de Direito da Saúde, dispõe que “a responsabilidade solidária dos entes da Federação não impede que o Juízo, ao deferir medida liminar ou definitiva, direcione inicialmente o seu cumprimento a um determinado ente, conforme as regras administrativas de repartição de competências, sem prejuízo ao redirecionamento em caso de descumprimento.” (CNJ, 2015, p. 3). Resta salientar que tratar adequadamente quem necessita é um dever do Estado, podendo figurar no pólo passivo da relação qualquer um dos entes federativos isoladamente, ou em conjunto.

A prescrição médica é o instrumento aceito pelo judiciário para definir o tratamento adequado. De acordo com o enunciado n. 2, da I Jornada de Direito da Saúde, as medidas judiciais de prestação continuada necessitam de renovação periódica do relatório médico, no prazo legal ou fixado pelo julgador, considerando a natureza da enfermidade, sob pena de perda de eficácia da medida (CNJ 2014). Assim, o profissional médico é quem define o tratamento necessário para cada situação concreta.

Sobre os cuidados como parte integrante da atenção à saúde, há um enunciado que diz respeito à saúde suplementar. O enunciado n. 64, da II Jornada de Direito da Saúde, estabelece que “a atenção domiciliar não supre o trabalho do cuidador e da família, e depende de indicação clínica e da cobertura contratual.” (CNJ, 2015, p. 3). Por se tratar de um contrato de adesão, há uma preocupação do Estado, neste momento de vulnerabilidade dos sujeitos, em satisfazer o direito pretendido através do plano de saúde contratado.

A atenção domiciliar no âmbito do SUS, e que se estende à saúde suplementar, é considerada uma “incorporação tecnológica de caráter substitutivo ou

complementar à intervenção hospitalar de baixa e média complexidade, aos cuidados iniciados nos serviços de atenção à urgência e emergência, e complementar à atenção básica.” (BRASIL, 2013). Trata-se de um serviço integrado às redes de atenção à saúde prestado no domicílio.

Interessante extrair do entendimento do CNJ, a partir do enunciado n. 64, que o trabalho do cuidador e da família, na promoção, proteção e recuperação da saúde de um enfermo, não é substituível. Dependerá da indicação clínica, os tipos de cuidados a serem despendidos e quem será a pessoa mais habilitada a executá-los, de maneira a contribuir positivamente com o processo de produção de saúde.

Diante do exposto, verifica-se a preocupação do CNJ com a uniformização da interpretação do direito à saúde pelo Poder Judiciário, a fim de que o SUS não venha a sucumbir do deferimento da cura sem critério, em um ativismo judicial que desconsidere as programações das políticas existentes. Iniciativas como essa demonstram que o SUS foi criado e programado para uma coletividade, e que todos precisam unir esforços para que tal política, tão necessária, possa subsistir frente aos interesses privados que a circundam, e aos momentos de crise que impactam a nação.

3.3 A ANÁLISE DAS DECISÕES DO TJ RS FRENTE AO CONFRONTO ENTRE O DEVER DO ESTADO E O DEVER DA FAMÍLIA NO CUIDADO DE ENFERMOS

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, 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.

A urgência na medida também restou comprovada, preenchendo os requisitos para antecipar a tutela. Cumulado a isso, associou-se o entendimento pacífico de que os entes federados têm o dever de proteção e recuperação dos cidadãos, garantindo-lhes a saúde e a vida, ante os termos do art. 196 da CF/88.

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 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 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. REDISSCUSSÃO 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 CONDIÇÕES DE CUSTEAR. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA, ESTABELECIDADA 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 previsionam 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 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.

Cediço que o fornecimento 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*. AGRAVO 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 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.

CONCLUSÃO

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 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.

Ao cidadão cabe optar pelo polo passivo da relação jurídica processual, já que qualquer um dos entes públicos pode ser demandado separadamente ou em conjunto. Entendem as cortes superiores e o TJ RS que o preceito constitucional garante a saúde como direito de todos e dever do Estado, através de norma de aplicação imediata e eficácia plena, que busca garantir a inviolabilidade do direito à vida.

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.

As políticas públicas têm como principal ator o Poder Executivo, que através da Administração Pública programa e oferta os serviços de saúde. Ao seu lado, na contemporaneidade, encontra-se o Poder Judiciário impulsionando a implementação dessas políticas, com vistas a garantir um sistema de saúde universal que atenda o cidadão em sua integralidade, e preocupado em efetivar o direito à saúde como pressuposto de garantia da continuidade da vida.

REFERENCIAS

BAUMAN, Zygmunt. **Vidas desperdiçadas**. Rio de Janeiro: Zahar, 2005.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BARROS, Fernando Passos Cupertino de; SOUZA, Maria Fátima de. Equidade: seus conceitos, significações e implicações para o SUS. In: **Revista Saúde e Sociedade**. São Paulo, v. 25, n.1, p. 9-8, mar. 2016. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/sausoc/article/view/113257/111214>>. Acesso em: 31 mar. 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **Da Falta de efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

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: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm>. 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: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 05 mai. 2017.

BRASIL. **Lei n. 8.142**, de 28 de dezembro de 1990. Dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do SUS e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8142.htm>. Acesso em: 29 mai. 2017.

BRASIL. **Lei n. 10.741**, de 1º de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741.htm>. 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: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm>. Acesso em: 03 jun. 2017.

BRASIL. Ministério da Saúde. **As cartas da promoção da saúde**. Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2002.

BRASIL. Ministério da Saúde. **12 Conferência Nacional de Saúde**. Conferência Sergio Arouca. Saúde um Direito de Todos e um Dever do Estado. A Saúde que temos, o SUS que Queremos. Relatório final. Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2004.

BRASIL. Ministério da Saúde, Conselho Nacional de Secretários Municipais de Saúde. **O SUS de A a Z: garantindo saúde nos Municípios**. Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2005.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Caminhos do direito à saúde no Brasil**. Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2007.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Linha de cuidado para a atenção integral à saúde das crianças, adolescentes e suas famílias em situação de violência: orientações para gestores e profissionais de saúde**. Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2010.

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: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2013/prt0963_27_05_2013.html>. Acesso em: 13 de jun. 2017.

BRASIL, Ministério da Saúde. **Manual de planejamento no SUS**. Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2016.

CARVALHO, Patrícia Luciane de. **Patentes Farmacêuticas e Acesso a Medicamentos**. São Paulo: Atlas, 2007.

CECILIO, Luiz Carlos de Oliveira. Que ações, práticas, estratégias são produzidas em torno do bem comum? A gestão do bem comum. In: **Revista Saúde e Sociedade**. São Paulo, v. 22, n. 1, p. 17 – 19, set. 2013. Disponível em: <http://apsp.org.br/wp-content/uploads/2013/09/anais-congresso-2013_05.pdf> Acesso em: 30 abr. 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **I Jornada de Direito da Saúde**. A justiça faz bem à saúde. São Paulo: CNJ, 2014. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoeforum-da-saude/i-jornada-de-direito-da-saude>> Acesso em: 12 jun. 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **II Jornada de Direito da Saúde**. A justiça faz bem à saúde. São Paulo: CNJ, 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79430-ii-jornada-da-saude-aprova-enunciados-para-subsidiar-juizes>> Acesso em: 12 jun. 2017.

DALLARI, Sueli Gandolfi. **A democracia sanitária e o direito à saúde: uma estratégia para sua efetivação.** CNJ: 2014. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/images/CNJdsauedeDALLARI.pdf>> Acesso em: 12 jun. 2017.

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, Secretaria Estadual de Saúde. **Plano Estadual de Saúde 2016-2019.** Porto Alegre: Secretaria Estadual de Saúde, 2016.

FERREIRA, Marcos. **Cidadania, liberalismo e políticas sociais: uma releitura de Marshall.** Campinas: Mimeo, 1988.

FEUERWERKER, Laura Camargo Macruz. **Micropolítica e saúde: produção do cuidado, gestão e formação.** Porto Alegre: Rede UNIDA, 2014.

FLEURY, Sonia. Judicialização pode salvar o SUS. In: **Saúde em Debate.** Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: <http://peep.ebape.fgv.br/sites/peep.ebape.fgv.br/files/A_judicializacao_pode_salvar_o_SUS_Saude_em_Debate.pdf> Acesso em: 09 jun. 2017.

FIGUEIREDO, Nélia Maria Almeida de (Org.). **Ensinando a cuidar em saúde pública.** São Caetano do Sul: Yendis Editora, 2005.

GADELHA, Carlos Augusto Grabois. Saúde e desenvolvimento: uma abordagem para uma nova política. In: **Revista de Saúde Pública.** São Paulo, v. 46, 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89102012000700002> Acesso em: 26 mai. 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil: parte geral.** 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

KROTH, Vanessa Wendt; SILVA, Rosane Leal da; RABUSKE, Michelli Moroni. As famílias e os seus direitos: o artigo 226 da Constituição Federal de 1988 como rol enumerativo. In: **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM.** Departamento de Direito da UFSM, jul. 2007. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/download/6798/4114>> Acesso em: 05 mai. 2017.

LEAL, Rogério Gesta. A quem compete o dever de saúde no direito brasileiro? Esgotamento de um modelo institucional. In: **Revista de Direito Sanitário.** São Paulo: USP, 2008.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado.** 15. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

NICHIATA, Lucia Y. Izumi et al. Editorial Especial. In.: **Revista Saúde e Sociedade**. São Paulo, v. 22, n. 1, p. 09 – 10, set. 2013. Disponível em: <[http:// apsp.org.br/wp-content/uploads/2013/09/anais-congresso-2013_05.pdf](http://apsp.org.br/wp-content/uploads/2013/09/anais-congresso-2013_05.pdf)> Acesso em: 30 abr. 2017.

PAIM, Jairnilson Silva; ALMEIDA FILHO, Naomar de. **A crise da saúde pública e a utopia da saúde coletiva**. Bahia: Casa da Qualidade, 2000.

PETERSEN, Letícia Lassen. **Políticas Sociais no SUS e a Gestão da Assistência Farmacêutica na Rede Local/Regional: O Caso da Judicialização na 17ª Coordenadoria Regional de Saúde- RS**. 2014. 129p. Dissertação (Doutorado em Desenvolvimento Regional), Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2014.

PINHEIRO, Roseni. Cuidado em Saúde. In: **Dicionário da Educação Profissional em Saúde**. Rio de Janeiro: Fundação Osvaldo Cruz, 2009.

PRADO, Luiz Regis. **Saúde Pública**. Disponível em: <<http://www.professorluizregisprado.com/Artigos/SA%C3%A9ADE%%C3%A9ABLICA-Enciclopedia.pdf> > Acesso em: 02 mai. 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: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=70067922146&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%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris> 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: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=70068929710&proxystylesheet=tjrs_index&getfields=*&entsp=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=cuidador&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=inmeta%3Adj%3Adatera nge%3A2016-01-01..2016-06-30+#main_res_juris> 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%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris> Acesso em: 16 jun. 2017.

RIO GRANDE DO SUL. **Agravo N. 70072882426**, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Miguel Ângelo da Silva, Julgado em 25/05/2017. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=solidariedade+passiva+entes+federativos&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%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris >. Acesso em: 02 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%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris >. Acesso em: 16 jun. 2017.

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: http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=70070529391&proxystylesheet=tjrs_index&getfields=*&entsp=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=home+care&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=inmeta%3Adj%3Adate%3A2016-01-01..2016-12-30+#main_res_juris >. 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: http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=70071071120&proxystylesheet=tjrs_index&getfields=*&entsp=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=70070529391&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=inmeta%3Adj%3Adate%3A2016-01-01..2016-12-30+#main_res_juris >. 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=*&entsp=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%3Adate%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.

SCHWARTZ, Germano; BORTOLOTTI, Franciane Woutheres. A dimensão prestacional do direito à saúde e o controle judicial de políticas públicas sanitárias. In: **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: Senado Federal, Jan./mar. 2008.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das letras, 2010.

SOUZA, Michel Faria de. O Ativismo Judicial nas Políticas Públicas de Saúde: A Busca do Equilíbrio do Sistema. In: **Anais do Congresso Internacional em Sociais e Humanidades**. Niterói: ANINTER- SH/ PPGSD- UFF, 2012.