

DOCTRINA

A judicialização da saúde para o fornecimento de home care: a eficácia defensiva do argumento orçamentário na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Danilo Gaiotto

A repercussão geral como precedente obrigatório à luz do Código de Processo Civil de 2015

Talita Leixas Rangel

A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE PARA O FORNECIMENTO DE HOME CARE: A EFICÁCIA DEFENSIVA DO ARGUMENTO ORÇAMENTÁRIO NA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.

DANILO GAIOTTO¹

RESUMO

As ações judiciais que veiculam pedidos de fornecimento de home care apresentam repercussão administrativa em razão dos altos custos envolvidos nos serviços a serem contratados e a inexistência de política pública padronizada que atenda de forma integral à pretensão dos pacientes. O presente artigo foi produzido a partir dos resultados de pesquisa empírica realizada no âmbito do Núcleo de Pesquisas Empíricas da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, verificando-se o índice de sucesso estatal nos julgamentos em segunda instância do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e a incidência de fundamentos de ordem orçamentária nos acórdãos em que a tese defensiva do Estado foi acolhida.

Palavras-chave: judicialização, home care, saúde, reserva do possível, orçamento.

1. INTRODUÇÃO.

O presente artigo apresentará os resultados obtidos a partir de pesquisa empírica realizada em ações judiciais com pedido de fornecimento de home care ajuizadas em face do Estado de São Paulo, apreciando-se o índice de vitórias estatais em segunda instância em tais demandas e a incidência do manejo de fundamentos de ordem orçamentária para o proferimento de decisões favoráveis ao ente público em grau recursal.

A delimitação da pesquisa focou-se nos requerimentos judiciais de fornecimento de home care em razão dos elevados custos envolvidos em tais serviços e a inexistência de política pública padronizada que atenda de forma integral aos anseios dos pacientes.

¹ Procurador do Estado de São Paulo. Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito de Itu. Pós-graduando em Filosofia e Teoria do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Graduado em Direito pela Universidade de São Paulo.

As pretensões deduzidas nas demandas judiciais envolvem a disponibilização pelo Poder Público de equipes multidisciplinares constituídas por profissionais das áreas de medicina, fisioterapia, terapia ocupacional, fonoaudiologia, enfermagem, psicologia, além de medicamentos, equipamentos, insumos e alimentação especial.

Os casos abrangem pedidos de pacientes que se encontram em grave situação de saúde, com recomendação médica de tratamento domiciliar, por fundamentos que envolvem impossibilidade de locomoção e/ou perspectiva de melhor resultado terapêutico, buscando o fornecimento de verdadeira estrutura hospitalar em âmbito doméstico.

Conforme pesquisa realizada no sistema eletrônico de acompanhamento processual da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo (PGENET) no dia 26 de novembro de 2018, há 926 ações judiciais em andamento veiculando pedido de instalação de *home care* em face do Estado de São Paulo acompanhadas pelo órgão de representação judicial do ente público.

Para ilustrar a dimensão econômica de tais processos, de acordo com informações prestadas pelo Departamento Regional de Saúde de Sorocaba – DRS XVI por meio do Ofício AJ 2087/2016, constante dos autos do Processo n.º 1024701-89.2016.8.26.0602, em trâmite perante a Vara da Fazenda Pública de Sorocaba/SP, os 33 (trinta e três) contratos vigentes de *home care* para atendimento de decisões judiciais no âmbito territorial de suas atribuições consumiam, em 2016, o montante anual de R\$ 12.490.176,12 (doze milhões, quatrocentos e noventa mil, cento e setenta e seis reais e doze centavos).

Ainda de acordo com o órgão de saúde, o valor seria suficiente para custear a projeção de 7.476 (sete mil, quatrocentos e setenta e seis) internações hospitalares de média e alta complexidade previstas para o ano de 2016 na Santa Casa de Itu/SP, procedimentos que acarretariam o gasto de R\$ 11.140.134,96 (onze milhões, cento e quarenta mil, centro e trinta e quatro reais e noventa e seis centavos).

Nota-se, portanto, que o estudo ora proposto apresenta inegável importância para o aperfeiçoamento da defesa do ente público em juízo, com vistas ao aprimoramento das teses estatais de forma a minorar o impacto orçamentário de tais demandas no erário.

O artigo inicialmente discorrerá sobre a metodologia da pesquisa (capítulo 2). Prosseguirá com um breve panorama acerca do contexto atual da judicialização da

saúde no Brasil (capítulo 3) e apresentará síntese sobre a controvérsia estabelecida nas ações judiciais para o fornecimento de *home care* (capítulo 4). Nos capítulos 5 e 6, analisará os dados da pesquisa empírica proposta, com apreciação individualizada dos casos em que o Estado logrou êxito judicial com base em argumentos orçamentários. Por fim, serão apresentadas as conclusões com sugestões para a melhoria da atuação do ente público em juízo (capítulo 7).

2. METODOLOGIA.

A pesquisa foi realizada através de consulta individualizada ao acervo eletrônico de ações cadastradas no sistema PGENET.

Foram delimitadas as ações cadastradas entre 01 de janeiro de 2014 e 31 de dezembro de 2017, inserindo-se o mesmo período no campo de pesquisa “período de ajuizamento”, selecionando como assunto o código 4.8.11.9, definido pelo sistema como “Políticas Públicas – Saúde – Home Care” e restringindo-se geograficamente a pesquisa às ações cadastradas na Procuradoria Regional de Sorocaba – PR4 (código 28 do campo “Procuradoria”).

Ademais, por necessidade de melhor divisão de trabalhos no âmbito do Núcleo Temático de Estudos e Pesquisas Empíricas para Racionalização das Estratégias de Litigância da Procuradoria Geral do Estado, o presente estudo analisará somente as demandas em que o Estado de São Paulo for demandado, excluindo-se a apreciação daquelas em que constar o Instituto de Assistência Médica ao Servidor Público Estadual – IAMSPE no polo passivo, tendo em vista que, em tais casos, o fundamento da postulação inicial não é o artigo 196 da Constituição Federal e sim a relação “contratual” entre o servidor público estadual e a autarquia de assistência médica.

A análise pretendeu observar exclusivamente as decisões de mérito proferidas pela Corte Estadual nos parâmetros acima, portanto foram excluídas da apreciação individualizada as ações ainda não julgadas, aquelas extintas sem resolução de mérito e as que, por qualquer outro motivo, não foram objeto de apreciação de mérito em grau recursal pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

A pesquisa buscou, a partir dessa base de dados especificada, definir qual o índice de sucesso judicial do Estado em segundo grau de jurisdição após o proferimento da sentença de mérito e, nos casos vitoriosos, qual a porcentagem de utilização de argumentos de índole orçamentária para fins de proferimento de acór-

dão favoráveis ao ente público, apresentando sugestões para o aperfeiçoamento da defesa do ente público.

3. O PANORAMA ATUAL DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE PÚBLICA NO BRASIL.

O cerne da controvérsia judicial envolvendo as ações relacionadas ao direito à saúde no Brasil se refere à amplitude conferida à interpretação da norma contida no artigo 196 da Constituição Federal.

Respeitável doutrina defende que se trata de norma constitucional de eficácia limitada e de caráter programático, o que ficaria evidente pela atenta leitura do dispositivo constitucional que exige sua implementação “mediante políticas sociais e econômicas”, previsão que deve ser apreciada em conjunto com o requisito de lei reguladora para as ações e serviços de saúde disposto no artigo 197 da Constituição Federal.

Nesse sentido, leciona Ramos (2007, p. 346):

O caráter programático dessas normas fica evidenciado quer pela redação inequívoca desses dois últimos dispositivos, que aludem à implementação de políticas públicas e à regulamentação legislativa, quer pelo delineamento, em nível constitucional, de uma rede regionalizada e hierarquizada de ações e serviços públicos de saúde, intitulada de Sistema Único de Saúde – SUS, responsável pela concretização das prestações estatais nessa matéria e cuja efetiva estruturação ficou a cargo do legislador infraconstitucional.

Prossegue o autor asseverando que, ao contrário do direito à educação veiculado pelo direito de acesso ao ensino fundamental gratuito em norma de eficácia plena, o direito à saúde foi situado pelo constituinte como “dependente de legislação e de providências administrativas que completem a sua conformação” (RAMOS, 2007, p. 346).

Em entendimento contrário, defende Sarlet (2018, p. 14508) que o reconhecimento do direito à saúde como direito subjetivo a prestações materiais “constitui exigência inarredável da própria condição do direito à saúde como direito fundamental”.

Arremata o doutrinador fazendo a ressalva de que a conclusão acima não significa, porém, que o direito à saúde deva ser visto como um direito ilimitado a qualquer tipo de prestação estatal (SARLET, 2018, p. 14509-14510).

Por sua vez, Andrade (2014, p. 13), em detalhada monografia sobre o tema, sustenta que a divisão entre direitos fundamentais “de liberdade” – os quais seriam passíveis de pretensões reclamáveis judicialmente - e direitos sociais – que não seriam dotados do atributo da justiciabilidade – se revela insuficiente e superada.

Para o autor, com fulcro nas lições de García-Huidobro, Shue e Eide, a efetivação dos direitos envolve diferentes níveis de obrigações estatais, não havendo que se perquirir acerca da justiciabilidade dos direitos a partir da distinção entre direitos prestacionais ou não prestacionais e sim do conteúdo positivado de cada direito fundamental, condição que depende de escolhas políticas e ideológicas inseridas na Constituição (ANDRADE, 2014, p. 14-17).

Não obstante a fértil discussão doutrinária acerca do tema, a jurisprudência brasileira, inclusive nos Tribunais Superiores, tem se posicionado em sentido amplamente majoritário em favor da tese do direito à saúde como direito público subjetivo exigível mediante controle jurisdicional.

Nesse sentido, destaca Ciarlini (2013, p. 592-596) que:

No Brasil, a ênfase presente na grande maioria das decisões proferidas no âmbito do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que as normas constitucionais garantidoras do direito à saúde têm aplicabilidade imediata, à vista da preponderância do direito à vida e da fundamentalidade das pretensões à saúde, o que se compatibiliza com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal destaca-se o entendimento proferido nos autos do Agravo Regimental na Suspensão de Tutela n.º 175, em que o Ministro Gilmar Mendes consignou que “há um direito público subjetivo a políticas públicas que promovam, protejam e recuperem a saúde”, embora tal direito não seja absoluto e ilimitado (BRASIL, 2010a, p. 10).

No mesmo sentido, a decisão proferida no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n.º 734.487/PR (BRASIL, 2010b, p. 1), da relatoria da Ministra Ellen Gracie, estabeleceu que o direito à saúde se trata de “prerrogativa constitucional indisponível, garantido mediante a implementação de políticas públicas, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilite o efetivo acesso a tal serviço” e que é possível a determinação pelo Poder Judiciário de implementação de políticas públicas pelo Estado, quando inadimplente, “sem que haja ingerência

em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo.

A seu turno, o Superior Tribunal de Justiça, após a prolação de diversas decisões favoráveis à tese do direito à saúde como direito público subjetivo, julgou recentemente o Tema 106 de Repercussão Geral - REsp nº 1657156/RJ (BRASIL, 2018, p. 1-2) e definiu o dever de fornecimento de medicamentos de alto custo pelo Poder Público nos seguintes termos:

A concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos: i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; iii) existência de registro do medicamento na ANVISA, observados os usos autorizados pela agência.

A prática forense demonstra que também nas instâncias ordinárias a grande maioria das ações judiciais são julgadas em sentido favorável aos autores, determinando-se ao Estado o fornecimento dos mais diversos tratamentos, fármacos, exames e insumos, independentemente da efetiva análise do impacto orçamentário da medida.²

Conforme Barcellos (2018, p. 204):

Como já se tornou corrente, a chamada judicialização da saúde descreve justamente o fenômeno de multiplicação de ações judiciais, sobretudo individuais, mas também coletivas, solicitando prestações de saúde, principalmente medicamentos e procedimentos médico-hospitalares. Essas ações têm se multiplicado ao longo do tempo, em geral com resultados positivos para o autor, e com a consequente condenação do SUS a custear ou fornecer tais bens e serviços.

E a repercussão de tais decisões nas finanças públicas e na administração dos órgãos de saúde tem acarretado severas críticas por parte de administradores públicos em razão da ingerência jurisdicional em assunto de natureza técnica-administra-

² Pesquisa divulgada pela UNICAMP (GARDENAL, 2016) indica que apenas 1% das decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça de São Paulo em grau recursal nos casos relacionados ao direito à saúde oriundos da Comarca de Campinas foram desfavoráveis aos pacientes.

tiva e da falta de condições orçamentárias para atendimento de todas as decisões proferidas (UIP; SANTOS, 2016, p. 3).

Destaca-se que o controle jurisdicional das políticas públicas relacionadas ao direito à saúde é realizado, invariavelmente, mediante a ponderação entre o mínimo existencial alegado pelos pacientes e o argumento da reserva do possível sustentado pelo Poder Público sob fundamento da escassez dos recursos orçamentários.

E, historicamente, a balança tem sido favorável à tese da proteção do mínimo existencial em detrimento da efetiva discussão acerca da capacidade material de atendimento universalizado, argumento este que, por vezes, tem sido desconsiderado como se manejado como mero óbice burocrático da Administração Pública ao cumprimento de ordens judiciais.

É o que destaca Scaff (2011, p. 1793-1797) acerca do princípio da reserva do possível:

É importante observar que esta expressão vem sendo bastante maltratada pela jurisprudência brasileira, que a hostiliza de maneira praticamente unânime, tudo indica que em virtude de sua má compreensão. Ela vem sendo entendida como se existisse um complô no seio da Administração Pública para esconder recursos públicos visando a não cumprir as determinações judiciais e não implementar os direitos fundamentais sociais, sendo a “reserva do possível” uma tentativa de refúgio das ordens judiciais.

Bem sintetizando a controvérsia, Ciarlini (2013, p. 555-558) registra:

É inegável que a tensão existente entre a pretensão à realização dos direitos sociais e a escassez dos meios materiais aptos a provê-los é seguida de uma variada e complexa pletora de argumentos doutrinários que tendem a justificar o maior ou menor caráter impositivo ou de aplicabilidade direta dos preceitos constitucionais que prescrevem sua defesa.

E essa relação entre o controle jurisdicional das políticas públicas e suas consequências orçamentárias ganha relevo ainda maior considerando-se a aventada redução da disponibilidade financeira para o custeio dos serviços de saúde em razão da Emenda Constitucional n.º 95/2016.³

3 Estudos recentes preveem a queda média nos recursos para financiamento saúde após a alteração

Portanto, inegável a importância de se verificar, empiricamente, de que forma a jurisprudência trata os argumentos orçamentários em casos que repercutem em altos valores a serem despendidos para fornecimento de tratamentos de saúde em decorrência de decisões judiciais, como ocorre nas demandas cujo objeto é a disponibilização de serviços de home care.

4. AS DEMANDAS JUDICIAIS ENVOLVENDO PEDIDOS DE FORNECIMENTO DE HOME CARE.

Antes da análise dos dados empíricos coletados na pesquisa, compre sintetizar a controvérsia envolvida nas ações judiciais que veiculam como objeto o fornecimento de home care.

Em termos gerais, a pretensão dos pacientes visa a disponibilização de estrutura hospitalar em âmbito residencial, com profissionais das mais variadas áreas da saúde, bem como equipamentos, insumos e medicamentos, tudo escorado na previsão contida no artigo 196 da Constituição Federal.

A amplitude do objeto de tais demandas foi brilhantemente sintetizada pela desembargadora Luciana Almeida Prado Bresciani, relatora do recurso de apelação n.º 1019469-67.2014.8.26.0602 (SÃO PAULO, 2017, p. 9), nos seguintes termos:

Neste sentido, diante dos numerosos casos enfrentados por este E. Tribunal acerca da questão, salutar destacar que por serviço “home care” deve-se entender como a extensão de serviço hospitalar realizado em domicílio, ou seja, é a prestação de serviço pelo ente público ou particular, a depender do caso, para paciente que ao invés de se encontrar internado gerando custos e riscos à sua saúde, encontra-se em casa, sem prejuízo de tratamento que seria realizado no seio hospitalar.

Em razão das peculiares necessidades de cada paciente, a diversidade dos pedidos é vasta, revelando-se impossível determinar um padrão de itens e serviços que são demandados, ao contrário das ações de medicamentos, exames, cirurgias e procedimentos médicos, nas quais a postulação pode ser facilmente individualizada e mensurada, inclusive em termos econômicos.

constitucional em R\$ 415 bilhões em 20 anos, em comparação com a alocação de recursos prevista na vigência da Emenda Constitucional n.º 86/2015, sendo R\$ 69 bilhões nos primeiros dez anos e R\$ 347 bilhões no decênio seguinte (VIEIRA; BENEVIDES, 2016).

A falta de padronização reflete na imprevisibilidade do impacto orçamentário decorrente de tais ações judiciais, visto que a contratação de atendimento personalizado e fora dos padrões do Sistema Único de Saúde – SUS exige a análise das necessidades médicas do paciente caso a caso.

Conforme informações do Departamento Regional de Saúde de Sorocaba – DRS XVI por meio do Ofício AJ 2087/2016, constante dos autos do Processo n.º 1024701-89.2016.8.26.0602, em trâmite perante a Vara da Fazenda Pública de Sorocaba/SP, o custo para o atendimento de tais demandas tem o impacto incrementado quanto maior a exigência de contratação de profissionais para operacionalizar o atendimento, especialmente em razão das escalas de plantão necessárias.

A título de exemplo, no ano de 2016 o órgão afirma que o atendimento domiciliar mais simples apresentava custo mensal de R\$ 5.352,98 (cinco mil, trezentos e cinquenta e dois reais e noventa e oito centavos), enquanto que o mais oneroso exigia o pagamento de R\$ 81.260,82 (oitenta e um mil, duzentos e sessenta reais e oitenta e dois centavos) ao mês, destacando-se casos em que há determinação de fornecimento, além dos produtos e serviços inerentes ao home care, de bens como ar-condicionado, tanque importado para hidroterapia, massageadores elétricos, mantas vibratórias, entre outros.

A defesa do Estado em tais ações é escorada nos argumentos da impossibilidade de ingerência do Poder Judiciário nas políticas públicas de saúde, da vedação de atendimento individualizado em detrimento da necessária isonomia, do alto impacto orçamentário da pretensão e da inexistência de norma que determine a instalação de serviço hospitalar em residência, ressaltando a existência de política pública de serviço de atenção domiciliar a cargo dos Municípios, regulamentada pela Portaria n.º 963/2013 do Ministério da Saúde.

Ante o quadro acima exposto, o objetivo da presente pesquisa será verificar qual a taxa de sucesso do Estado de São Paulo nessas demandas e de que forma o argumento orçamentário tem sido acolhido nos julgados do Tribunal de Justiça Estadual favoráveis à tese fazendária em grau recursal.

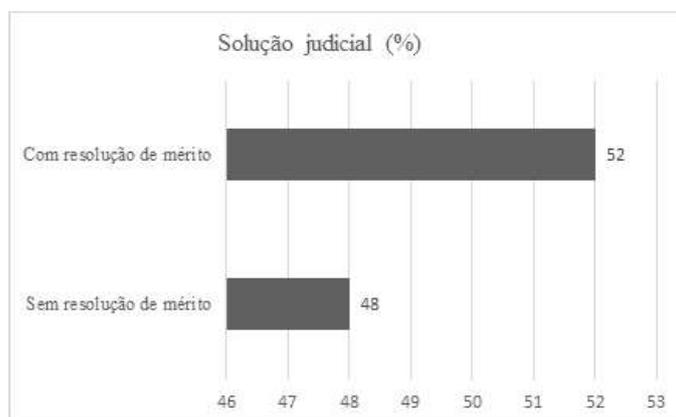
5. DOS DADOS OBTIDOS PELA PESQUISA EMPÍRICA.

Aplicadas as balizas estabelecidas no capítulo 2 acima, houve a indicação de 52 (cinquenta e dois) processos judiciais a serem apreciados por meio do presente

A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE PARA O FORNECIMENTO DE HOME CARE

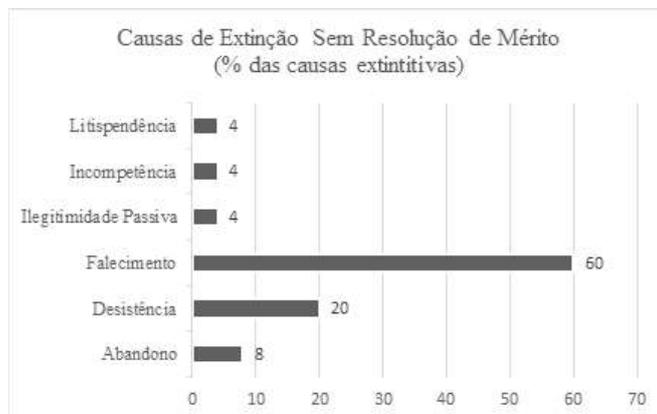
estudo, salientando-se que esse número já exclui as 5 (cinco) demandas ajuizadas em face do IAMSPE e um caso de erro no cadastro do processo (o qual não se referia a pedido de home care - PGENET 2016.01.038053).

O primeiro dado que se destaca ao pesquisador é o índice de demandas extintas sem resolução de mérito. Do total de ações objeto da pesquisa, 25 (vinte e cinco) foram extintas sem apreciação do mérito, o que equivale a, aproximadamente, 48% do total da amostra, montante estatisticamente relevante.



Dentre as causas extintivas sem resolução de mérito, outro aspecto de relevo: 15 (quinze) casos foram extintos antes do proferimento de acórdão em segunda instância em razão do falecimento do paciente (o que corresponde a 60% das causas extintivas e, aproximadamente, a 29% dos casos totais apreciados no presente estudo).

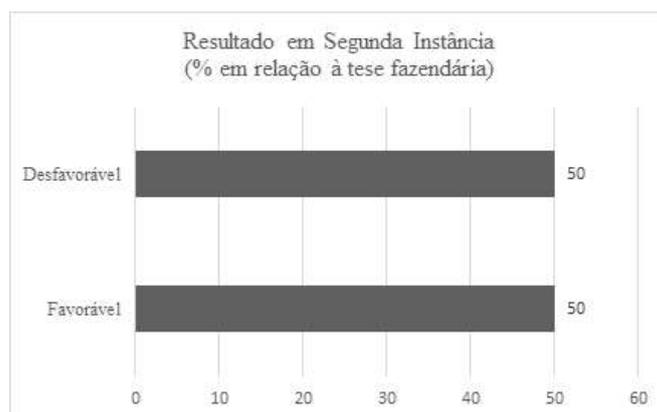
As demais razões de extinção verificadas foram: desistência (5 processos), abandono de causa (2 processos), incompetência absoluta (1 processo), ilegitimidade passiva (1 processo) e litispendência (1 processo).



Excluídas as ações extintas sem decisão meritória, o campo de pesquisa remanesceria com 27 (vinte e sete) demandas, das quais 7 (sete) não haviam sido julgadas até a conclusão do presente artigo e 2 (duas) foram objeto apenas de sentença (sem apreciação de mérito em segundo grau), restando, portanto, 18 (dezoito) casos em que houve discussão de mérito em segundo grau após o proferimento de sentença (ou cerca de 34% do campo inicial de pesquisa).

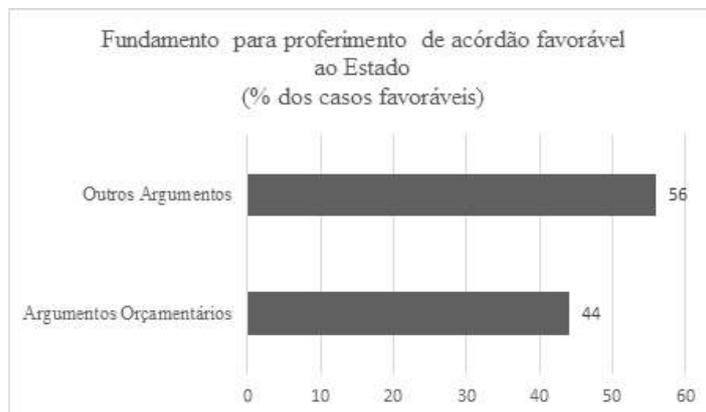
Do acervo de 18 (dezoito) casos apreciados no mérito em segunda instância, o Estado logrou êxito em sua tese defensiva em 9 (nove) demandas, o que corresponde a 50% dos casos que foram objeto de análise meritória pela Corte Bandeirante.

O dado indica que nos casos que envolvem *home care* há uma taxa mais elevada de vitórias judiciais do ente público em comparação com as estatísticas apresentadas em relação aos processos que tratam do direito à saúde em geral no estudo promovido pela UNICAMP (GARDENAL, 2016) mencionado no capítulo 3 acima.



Vale dizer: muito embora nas demandas relacionadas ao direito à saúde em termos amplos haja clara jurisprudência favorável aos pacientes, quando a controvérsia envolve a disponibilização de tratamento hospitalar em âmbito domiciliar há indicativo de que a tese fazendária ostenta maior eficácia judicial.

Por fim, analisados individualmente os 9 (nove) casos de sucesso judicial da tese fazendária, identificou-se o proferimento de 4 (quatro) acórdãos que se utilizaram de argumentos de índole orçamentária para justificar a rejeição da pretensão do paciente, o que equivale a 44% dos julgados favoráveis ao ente público.



Portanto, além de se verificar um nível mais elevado de vitórias estatais em processos envolvendo pedidos de *home care*, os dados da pesquisa evidenciaram que o argumento orçamentário é efetivamente considerado em parcela representativa dos acórdãos favoráveis ao ente público analisados no presente estudo.

Os fundamentos jurídicos desses 4 (quatro) acórdãos favoráveis serão objeto de análise detalhada no capítulo seguinte, permitindo-se apreciar de que forma o argumento orçamentário tem sido considerado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

6. ARGUMENTO ORÇAMENTÁRIO COMO FUNDAMENTO DE ACÓRDÃOS FAVORÁVEIS AO ESTADO EM CASOS DE HOME CARE

Conforme visto acima, em 4 (quatro) ações judiciais selecionadas pelos filtros da presente pesquisa o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo invocou argumentos de ordem orçamentária para afastar a pretensão dos autores e acolher a tese recursal apresentada pelo Estado.

Imprescindível, pois, analisar de maneira detida e caso a caso a fundamentação exarada pelos julgadores em tais demandas, de forma a melhor compreender o entendimento da Corte Estadual acerca do tema.

6.1. Processo n.º 0003602-43.2014.8.26.0443

Trata-se de demanda ajuizada na 1ª Vara Judicial da Comarca de Piedade/SP por autor que alega sofrer de sequelas de um acidente vascular cerebral e, portanto, requer o fornecimento pelo Estado de medicamentos, insumos e home care

consistente em prestação de serviços médicos, de enfermagem, fonoaudiologia e fisioterapia em domicílio.

A sentença foi de parcial procedência, afastando a pretensão de fornecimento de *home care* e deferindo os demais pedidos, e tanto o autor como o Estado inter-puseram recurso de apelação.

Os recursos foram apreciados pela 9ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, sob a relatoria do desembargador Décio Notarangeli.

No tocante ao *home care*, o acórdão afastou o pedido do paciente, sob o seguinte fundamento:

Nesse particular, respeitados os entendimentos contrários, a pretensão ultrapassa o dever estatal, pois sendo os recursos públicos escassos e finitos não é razoável exigir do Estado a prestação de serviços de enfermagem em regime domiciliar, quando se sabe que há inúmeras outras demandas sociais prioritárias a serem atendidas. O tipo de atendimento reivindicado pela autora é devido pelos familiares em razão do parentesco e dos deveres de assistência recíproca e de solidariedade humana.

O que a Constituição Federal assegura é o direito à saúde mediante acesso universal e igualitário (art. 196) e não personalizado e com caráter privado. O direito à saúde não é ilimitado porque nenhum direito é absoluto, devendo o Estado estabelecer prioridades em relação ao emprego de recursos públicos que, como já dito, são escassos e finitos.

Nota-se, portanto, que a decisão colegiada realiza o cotejo entre o direito à saúde previsto no artigo 196 da Constituição Federal e a pretensão personalizada e individualizada da parte, salientando que o direito à saúde não é ilimitado e sofre restrições em razão da escassez e finitude dos recursos públicos, devendo o Estado estabelecer uma escala de prioridades no atendimento à população.

6.2. Processo n.º 1020655-91.2015.8.26.0602

A demanda foi ajuizada perante a Vara da Fazenda Pública de Sorocaba/SP com pretensão de fornecimento de *home care* consistente em prestação de serviços de auxiliar de enfermagem 24 horas, enfermeiras, fisioterapia motora, fisioterapia respiratória, fonoaudiólogo, geriatra, psicólogo, terapeuta ocupacional e nutricionista, além de equipamentos, alimentação especial, materiais, medicamentos e transporte em ambulância para emergências, sob alegação do paciente sofrer de sequelas de

acidente vascular cerebral isquêmico.

A sentença foi de parcial procedência, afastando a pretensão de atendimento domiciliar e concedendo os pedidos referentes a equipamentos, medicamentos, alimentos especiais, insumos e transporte em ambulância.

As partes apelaram e o recurso foi apreciado pela 3ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, sob a relatoria do desembargador Maurício Fiorito, em decisão assim fundamentada:

Com efeito, não se nega a gravidade e as sequelas do acidente vascular cerebral, suficientemente demonstradas nos autos (fls. 31/40). Contudo, não restou demonstrada a necessidade de atendimento médico especializado no domicílio da paciente; há apenas indicação de que “a paciente não deambula e depende totalmente da ajuda de terceiros para a sobrevivência, tais como dar alimentos na boca, dar água, dar banho, trocar fraldas e mobilizar no leito” (fl. 26), atividades que, por óbvio, não demandam qualquer especialização, estando ao alcance de seus familiares.

Frise-se que o atendimento multidisciplinar domiciliar (*'home care'*) é a última *ratio* de tratamento de saúde a ser dispensado pelo Poder Público, devendo sua análise ser feita com muito cuidado para que não haja favorecimento de um único indivíduo em detrimento dos demais, respeitando-se os princípios da igual (sic) e da universalidade tendo em vista que os recursos estatais são limitados e devem atender a toda a população.

O entendimento judicial, portanto, registra que o fornecimento de atendimento em sistema de home care deve ser encarado de forma cuidadosa e subsidiária, de modo a prestigiar os princípios da igualdade e da universalidade ante a escassez dos recursos estatais.

6.3. Processo n.º 1000176-69.2015.8.26.0443

O caso também tramita na 1ª Vara Judicial da Comarca de Piedade/SP e o paciente, alegando ser portador de Mal de Alzheimer e doenças cardíacas, sustenta a necessidade de ser atendido por equipe multidisciplinar em domicílio composta por fisioterapeuta, terapeuta ocupacional, fonoaudiólogo e cuidador 24 horas, além de cama hospitalar, fraldas e medicamentos.

Escorada no laudo pericial produzido nos autos, a sentença julgou o pedido procedente, determinando o fornecimento de medicamentos e insumos pretendidos, além de tratamento domiciliar consistente em assistência pelo período de 12 (doze)

horas diárias com equipe de profissionais de enfermagem.

O recurso de apelação do Estado foi julgado pela 6ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, sob relatoria do desembargador Leme de Campos, afastando a determinação de fornecimento de home care, sob os seguintes argumentos:

E, no que tange ao serviço de “home care”, por tempo indeterminado, a sentença também comporta reparo.

É que não há como se exigir do Estado, na atual realidade econômica, o cumprimento de uma obrigação singular e sobremaneira onerosa, com o favorecimento de um indivíduo em detrimento de toda a coletividade, violando o princípio do atendimento universal e igualitário.

Atender a tal pleito implica no deslocamento de profissionais da rede pública, que já é carente nesse sentido, prejudicando os demais cidadãos que também necessitam de atendimento médico. A pretensão formulada, pois, agride a já mencionada norma do art. 196, da Constituição Federal.

Não se pode olvidar, outrossim, da aplicação do princípio da isonomia, segundo o qual todos devem ser tratados de forma igual perante a lei. Nessa medida, diante da inquestionável impossibilidade de se prover o tratamento de saúde aqui pleiteado a todos que dele necessitam, a manutenção da r. sentença, neste aspecto, implicaria em preterir o direito de outras pessoas em igualdade de condições com o postulante, com o que não se pode consentir.

O acórdão, ao que se nota, apresenta interessante ponderação entre a necessidade do paciente, o elevado custo do tratamento, a realidade econômica do país e os princípios da universalidade e isonomia, concluindo que se não é materialmente possível ao Estado fornecer o tratamento pretendido a todos os demais cidadãos que dele também necessitam, então o Poder Judiciário não pode consentir com a postulação individualizada pretendida.

6.4. Processo nº 1032792-71.2016.8.26.0602

Trata-se de mandado de segurança impetrado perante a Vara da Fazenda Pública de Sorocaba/SP em que o impetrante, alegando ser portador de sequelas decorrentes de acidente vascular encefálico, pretende a disponibilização pelo Estado de tratamento domiciliar consistente em enfermagem 24 horas, fisioterapia, fonoaudiologia e visita médica mensal, a lém de e equipamentos e insumos.

O pedido foi julgado improcedente em sentença denegatória de segurança e o impetrante interpôs recurso de apelação.

Ao apreciar o apelo, a desembargadora relatora, Silvia Meirelles, da 6^a Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, manteve o entendimento de primeiro grau com espeque na seguinte fundamentação:

O serviço que se pretende impor ao Estado onera excessivamente o orçamento público, favorecendo um indivíduo em detrimento de toda a coletividade, violando, assim, o princípio do atendimento universal e igualitário.

Exigir que a apelada disponibilize uma equipe multidisciplinar (enfermagem, fisioterapia, fonoaudiologia e médico) para atendimento exclusivo do apelante em seu domicílio, pode afetar onerosamente os cofres públicos, além de privar de atendimento médico os demais cidadãos, já que os funcionários designados provavelmente sairão do quadro funcional estadual.

Desse modo, o atendimento deste pedido violaria o direito ao acesso universal e igualitário às ações e serviços relacionados à saúde (art. 196 da CF), bem como significaria a ruptura da isonomia.

Ademais, é fato público e notório o déficit de profissionais na área de saúde, sendo que o deslocamento dos poucos já existentes configura medida desarrazoada.

Assim, novamente o Tribunal acolhe a tese fazendária para recusar a pretensão do paciente, analisando o artigo 196 da Constituição Federal de forma global e sob o viés da capacidade material de atendimento igualitária e universal de todos os demais pacientes que também demandam atendimento médico do Estado, registrando que o acolhimento da pretensão do autor poderia onerar os cofres públicos e privar os demais cidadãos de atendimento.

7. Conclusão

Como visto, a judicialização da saúde é fenômeno que acarreta extensos debates doutrinários e jurisprudenciais acerca do permanente conflito entre o mínimo existencial, sustentando pelos pacientes para embasar suas demandas, e o argumento da reserva do possível, defendido pela Administração Pública como forma de justificar a impossibilidade material de atendimento à pleora de determinações judiciais em matéria de saúde pública.

Embora se tenha notado que nas demandas envolvendo o direito à saúde em

termos amplos o índice de vitórias dos pacientes é marcadamente majoritário, no caso específico das ações com pedidos de fornecimento de home care, ante os vultosos custos envolvidos, a pesquisa evidenciou que há maior taxa de sucesso judicial do Estado e que o argumento orçamentário foi acolhido em 44% dos casos com resultado de mérito favorável ao Estado em segundo grau, ainda que se considere o estreito campo delimitado para o estudo.

Não obstante a maioria dos processos analisados tenha se extinguido antes da apreciação do mérito em segunda instância, no mais das vezes pelo falecimento dos pacientes (dado que impressiona), o que verificou é que há efetivo acolhimento da tese da reserva do possível pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo na apreciação das demandas em que se postula a disponibilização de tratamento multidisciplinar em âmbito domiciliar pelo Poder Público.

Em tais casos favoráveis, ressalta-se que o argumento orçamentário é reforçado pela análise conjunta com os princípios da universalidade do atendimento e da isonomia, reforçando-se, nessas decisões, que a concessão de tratamento individualizado de altíssimo custo a paciente determinado compromete o atendimento coletivo dos demais cidadãos que se submetem ao Sistema Único de Saúde – SUS.

Ainda, verifica-se que o princípio da isonomia é manejado de forma a justificar a impossibilidade financeira de se fornecer aquele mesmo tratamento a todos os demais pacientes que dele, em tese, necessitariam no âmbito da saúde pública universal e gratuita.

A pesquisa, contudo, permitiu observar que, em geral, a tese estatal é sustentada sem a devida instrução por elementos e dados técnicos que reforcem o argumento da reserva do possível. Ou seja, em grande parte dos casos os órgãos de saúde não fornecem aos representantes judiciais do Estado informações concretas e individualizadas caso a caso que permitam subsidiar de forma efetiva a defesa sob esse aspecto.

Assim, para que haja incremento das chances de sucesso da tese em sede judicial, destaca-se a necessidade de uma maior articulação entre os órgãos técnicos de saúde e a Procuradoria-Geral do Estado para que, desde a contestação, a atuação do Estado em juízo seja acompanhada de parecer técnico, planilhas e demais dados estatísticos que demonstrem os impactos financeiros do pedido do paciente em cada ação.

Dessa forma, lastreando-se o argumento orçamentário com a efetiva demonstração da repercussão financeira da pretensão do paciente, acredita-se que haverá

potencial aumento na perspectiva de vitória judicial nos casos relacionados ao fornecimento gratuito de home care.

Referências

ANDRADE, R. B. **Direito a medicamentos: o direito fundamental à saúde na jurisprudência do STF**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2014.

BARCELLOS, A. P. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2018, Edição Kindle.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. Recurso Especial n.º 1.657.156/RJ. Relator: Ministro Benedito Gonçalves. Recorrente: Estado do Rio de Janeiro. Recorrido: Fatima Thereza Esteves dos Santos de Oliveira. Brasília, DF, 25 abr. 2018. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 04 mai. 2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1641175&num_registro=201700256297&data=20180504&formato=PDF>. Acesso em: 01 dez. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n.º 734.487/PR. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Agravante: Estado do Paraná. Agravado: Ministério Público do Estado do Paraná. Brasília, DF, 03 de ago. de 2010. **Diário da Justiça Eletrônico** n. 154, Brasília, DF, 20 de ago. de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=613652>>. Acesso em: 01 dez. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Agravo Regimental na Tutela Antecipada n.º 175. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Agravante: União. Agravados: Ministério Público Federal; Clarice Abreu de Castro Neves; Município de Fortaleza; Estado do Ceará. Brasília, DF, 17 de mar. de 2010. **Diário da Justiça Eletrônico** n. 76, Brasília, DF, 30 de abr. de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>>. Acesso em: 01 dez. 2018.

CIARLINI, A. L. A. S.. **Direito à saúde - paradigmas procedimentais e substanciais da Constituição**. São Paulo: Sairava, 2013, Edição Kindle.

GARDENAL, Isabel. Judicialização da Saúde expõe divergências entre instâncias. **Jornal da UNICAMP**, Campinas, 13 de jun. a 19 de jun. 2016, n.º 659. Disponível em: <<http://www.unicamp.br/unicamp/ju/659/judicializacao-da-saude-expoe-divergencias-entre-instancias>>. Acesso em 27 nov. 2018.

RAMOS, E. S. Controle jurisdicional de políticas públicas: a efetivação dos direitos sociais à luz da Constituição brasileira de 1988. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São**

Paulo, São Paulo, v. 102, p. 327-356, jan. 2007. ISSN 2318-8235. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67758/70366>>. Acesso em: 27 nov. 2018.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 2ª Câmara de Direito Público. Apelação n.º 1019469-67.2014.8.26.0602. Relatora: Desembargadora Luciana Almeida Prado Bresciani. Recorrentes: Fazenda do Estado de São Paulo e Município de Sorocaba. Recorrido: Maria Lucia Monteiro. São Paulo, SP, 05 dez. 2017. **Diário da Justiça Eletrônico** n.º 2.485, São Paulo, SP, 11 dez. 2017.

SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D.. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, Edição Kindle.

SCAFF, F. F.; NUNES, A. J. A.. **Os tribunais e o direito à saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, Edição Kindle.

UIP, D.; SANTOS, R. WhatsApp, Justiça e saúde. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 05 set. 2016, Tendências e Debates, p. 3.

VIEIRA, F. S.; BENEVIDES, R. P. S.. O direito à saúde no Brasil em tempos de crise econômica, ajuste fiscal e reforma implícita do Estado. **Revista de Estudos e Pesquisas sobre as Américas**, v. 10, n. 3, 2016. Disponível em: <http://periodicos.unb.br/index.php/re_pam/article/view/21860>. Acesso em 27 nov. 2018.