

## A judicialização do serviço de atenção domiciliar por meio de demandas coletivas

The judicialization of the home care service through class actions

La judicialización del servicio de atención domiciliar a través de demandas colectivas

Homero Lamarão Neto<sup>1</sup>

### Resumo

**Objetivo:** promover estudo de caso do processo 0004.630-73.2013.814.0133, com o intuito de analisar o uso de instrumento de tutela coletiva para finalidade exclusivamente individual no campo do serviço de atenção domiciliar. **Metodologia:** foi utilizado o estudo de caso para, com o enfoque baseado em direitos, fixar posicionamento sobre a utilização da ação civil pública enquanto instrumento da tutela coletiva, para respaldar exclusivamente um pedido individual. **Resultado:** o pedido formulado na ação, de tratamento domiciliar para a paciente, embora previsto em políticas públicas, tem como condição a prévia inscrição de agentes dos quadros do serviço público em programa federal para recebimento de treinamento e repasse de verbas, o que não ocorreu concretamente, indicando que o *locus* ideal para o enfrentamento da discussão seria o de âmbito coletivo, a fim de estender o benefício a todos os munícipes. **Conclusão:** a utilização de ações essencialmente coletivas para atendimento de casos individuais, quando se constata a irregularidade ou deficiência de uma política pública, ainda se mostra uma tônica no fenômeno da judicialização da saúde, desvirtuando a essência dessas ações e inviabilizando a concretude da universalidade no acesso ao SUS. **Palavras-chave:** Atendimento domiciliar. Política pública. Racionalização. Saúde pública.

### Abstract

**Objective:** to promote a case study of the process 0004.630-73.2013.814.0133, in order to analyze the use of a collective tutelage instrument for exclusively individual purposes in the field of home care service. **Methodology:** the case study was used to, through the rights-based approach, establish a position on the use of public civil action, as an instrument of collective protection, to exclusively support an individual request. **Result:** the request formulated in the action, home treatment for the patient, although provided for in public policies, is subject to the prior enrollment of public service staff in a federal program to receive training and transfer funds, which did not occur concretely, indicating that the ideal locus for facing the discussion would be the collective one, in order to extend the benefit to all citizens. **Conclusion:** the use of essentially collective actions to deal with individual cases, when the irregularity or deficiency of a public policy is found, still shows a tonic in the phenomenon of the judicialization of health, distorting the essence of these actions and making the concreteness of universality unfeasible access to SUS. **Keywords:** Home care. Public policies. Rationalization. Public health.

---

<sup>1</sup> Doutor em Direito, Universidade Federal do Pará (UFPA), Belém, Pará, Brasil; professor, Programa de Pós-graduação em Direito, Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA), Belém, Pará, Brasil. <https://orcid.org/0000-0002-4674-502X>. E-mail: [homerolamarao.neto@yahoo.com.br](mailto:homerolamarao.neto@yahoo.com.br)

## Resumen

**Objetivo:** promover un estudio de caso del proceso 0004.630-73.2013.814.0133, con el fin de analizar el uso de un instrumento de tutela colectiva para fines exclusivamente individuales en el campo del servicio de atención domiciliaria. **Metodología:** se utilizó el estudio de caso para, a través del enfoque basado en los derechos, establecer una posición sobre el uso de la acción civil pública, como instrumento de protección colectiva, para apoyar exclusivamente una solicitud individual. **Resultado:** la solicitud formulada en la acción, el tratamiento en el hogar para el paciente, aunque está previsto en las políticas públicas, está sujeta a la inscripción previa del personal del servicio público en un programa federal para recibir capacitación y transferir fondos, lo que no ocurrió concretamente, indicando que el lugar ideal para enfrentar la discusión sería el colectivo, con el fin de extender el beneficio a todos los ciudadanos. **Conclusión:** el uso de acciones esencialmente colectivas para tratar casos individuales, cuando se encuentra la irregularidad o deficiencia de una política pública, todavía muestra un tónico en el fenómeno de la judicialización de la salud, distorsionando la esencia de estas acciones y haciendo que la concreción de la universalidad sea inviable acceso al SUS.

**Palabras clave:** Cuidados en el hogar. Políticas públicas. Racionalización. Salud pública.

## Introdução

Não finda a discussão acerca do caráter fundamental dos direitos sociais e sobre sua plena ou, como sustenta, Malcolm Langford, “potencial justiciabilidade” (1).

Embora fosse possível discorrer sobre o tema, a objetividade e os limites estreitos propostos para este artigo recomendam de pronto indicar, pelo menos, algum majoritário e confortável posicionamento. A prestação já garantida nas vias de políticas públicas e, eventualmente negada ou negligenciada pelo Poder Público, propicia uma discussão em âmbito judicial.

Podemos asseverar que o fenômeno da judicialização da saúde alberga o que denominamos demandas dentro do pacote e fora do pacote, como uma forma bastante didática de esclarecer a existência de ações judiciais em que se postulam prestações já garantidas nas políticas públicas do SUS (dentro do pacote) e aquelas em que se postulam tecnologias ainda não incorporadas ao SUS (demandas fora do pacote).

Essa discussão encontra um marco institucional no julgamento da Suspensão de Tutela Antecipada 175-CE pelo Supremo Tribunal Federal (2), oportunidade em que a Corte determinou a realização de audiências públicas para permitir um diálogo técnico que subsidiasse os ministros na construção da jurisprudência.

Acerca dessas audiências públicas realizadas pelo Supremo Tribunal Federal, em abril e maio de 2009, destinadas a subsidiar a decisão proferida em Agravo Regimental de Suspensão de Tutela Antecipada 175-CE (sendo relator o Ministro Gilmar Ferreira Mendes),

Antônio José Avelãs Nunes e Fernando Facury Scaff (3), advertem justamente para o fato de que não se deve confundir o pleito para cumprimento de prestações já garantidas em políticas públicas com as pretensões de obter tecnologias ainda não incorporadas pelo Sistema Único de Saúde:

No Brasil, o problema talvez não seja de judicialização ou, em termos mais simples, de interferência do Poder Judiciário na criação e implementação de políticas públicas, em matéria de saúde, pois o que ocorre, na quase totalidade dos casos, é apenas a determinação judicial do efetivo cumprimento das políticas já existentes. (3)

Os referidos autores frisam que, não obstante seja notória a impossibilidade de demanda judicial com o objetivo de implementar direitos sociais não garantidos em políticas públicas que lhes outorguem um manto de proteção, salientam que nos casos opostos, ou seja, de prestações decorrentes de políticas públicas já garantidas no Sistema Único de Saúde, o atendimento judicial do pleito é inquestionável (3).

Neste caso, entendemos que o direito à obtenção do tratamento ou do medicamento prescrito normativamente é mais do que patente – salta aos olhos. A judicialização da demanda é plenamente pertinente, pois visa a obter o que a norma determinou e não está sendo cumprido. (3)

No presente estudo de caso, analisamos ação civil pública em que o Ministério Público pretende obter a tutela jurisdicional apenas para compelir os entes federativos Município de Marituba e Estado do Pará a prestarem medicamentos e tratamentos já assegurados a todos pelas políticas públicas, no caso concreto, pelo atendimento domiciliar no âmbito do Sistema Único de Saúde, atualmente regulamentado pela Portaria de Consolidação nº 05/2017/GM/MS (4).

Entretanto, a despeito de ter verificado a ausência de regulamentação do referido serviço no Município de Marituba/PA, o Ministério Público ingressou com ação civil pública destinada única e exclusivamente ao atendimento de uma única paciente, sem levar em conta a possibilidade de uso da ação judicial para proporcionar o atendimento, via decisão judicial, a todo e qualquer munícipe.

Assim, frisamos que a questão é bem mais ampla porque atinge todo cidadão do Município de Marituba/PA. O ajuizamento da ação e a obtenção de liminar assegurando o atendimento domiciliar para a paciente não exime o Ministério Público de aferir a regular participação dos entes Município de Marituba e Estado do Pará no programa em questão.

Nesse sentido, o artigo tem por objetivo analisar criticamente, por meio de estudo de caso, a utilização de ação civil pública (Processo nº 0004.630-73.2013.814.0133) (5) ajuizada pelo Ministério Público Estadual contra os entes federativos Município de Marituba e Estado do Pará (com o objetivo de obter prestações individualizadas no campo da saúde à menor Y. A. S., portadora de neuropatia, sob o argumento de negligência dos demandados na execução de direitos sociais constitucionalmente assegurados), com o intuito de explicar como o manuseio de instrumentos de tutela coletiva podem ser subutilizados e, em consequência, subtrair um dos elementos primordiais desses instrumentos: a otimização da tutela jurisdicional para direitos individuais homogêneos e coletivos.

O referencial adotado para será o do enfoque baseado em direitos.

### **Contornos jurídicos da ação**

Durante o mês de maio de 2013, familiares da criança Y. A. S., do sexo feminino, com cinco anos de idade, procuraram o Ministério Público Estadual e relataram ser a menor portadora da patologia *neuropatia*, apresentando *distúrbio metabólico*, manifestando acentuada resistência à ingestão de lactose, além de desnutrição grave, à época internada no Hospital Geral da Unimed por período superior a 40 dias, já tendo passado por internação anterior em clínica na cidade de Belém (5).

Durante a internação, a criança foi tratada de pneumonia, doença debelada juntamente com quadro de outra infecção. Contudo, foi submetida ao procedimento de traqueostomia e gastrostomia para recebimento de fórmula especial (Alfaré) em razão da cronicidade da doença rara, além dos procedimentos de fisioterapia e fonoaudiologia, esses últimos buscando-se recuperar os movimentos necessários, bem como a plena dicção da paciente. (5)

Os médicos que assistiram a menor possibilitaram-lhe a alta hospitalar, recomendando que a família continuasse o tratamento na forma domiciliar, levando-se em conta a franca possibilidade de incidência de infecção hospitalar, tudo em consonância com as normas administrativas do Sistema Único de Saúde.

Os pais da criança, enquanto fonte de recursos – e diante das dificuldades concretas apresentadas pela vida – recebiam o Benefício da Prestação Continuada (BPC) do Governo Federal, no valor de um salário mínimo, além de R\$ 800,00 (oitocentos reais), auferidos do trabalho do pai de Y. A. S. como motorista. Com todas essas dificuldades, contrataram um

plano de saúde para a criança, porém não puderam estender o serviço de *homecare* em razão de seu alto custo e, assim, dependiam na situação concreta do sistema único de saúde.

O pleito central do Ministério Público é o de submeter a menor ao atendimento domiciliar, nos termos da Portaria nº 2.029/GM/MS, de 24 de agosto de 2011, vigente à época da propositura da ação, a fim de que possa gozar de assistência de forma continuada por equipe multidisciplinar – profissionais das áreas de fisioterapia motora e respiratória, oxigenioterapia, fonoaudiologia –, bem como fornecimento dos seguintes materiais: gaze estéril, água para injeção, luva de procedimento, luva estéril, máscara descartável, cilindro grande de oxigênio e aspirador portátil.

Nessa ação, o *Parquet* entende viável discutir a matéria em ação individual, a despeito de não ter sido instaurado inquérito civil ou termo de ajustamento de conduta (TAC) com o Município de Marituba e Estado do Pará, a fim de averiguar se os entes estavam cumprindo as diretrizes de atenção domiciliar e organização da atenção domiciliar, previstas nos artigos 5º e 6º da Portaria nº 2.029/2011 do Ministério da Saúde (à época em vigência). Referidas normas eram essenciais e imprescindíveis para que um ente pudesse se cadastrar no programa.

Em sede liminar, sem oitiva da parte contrária, o Ministério Público postulou a concessão do atendimento domiciliar à menor, o que foi deferido pelo juízo, considerando o grave risco de infecção hospitalar, conforme laudo assinado pelos médicos que assistiam a menor. A decisão foi impugnada pelo Estado do Pará pelo recurso de agravo, sendo a decisão mantida pela 3ª Câmara Cível Isolada do Tribunal de Justiça do Estado do Pará.

As matérias alegadas em sede de contestação pelos demandados são periféricas neste estudo, pois não ajudarão a esclarecer o ponto nevrálgico da questão, limitando-se, quase sempre a alegar ausência de responsabilidade na prestação do serviço público, ausência de previsão orçamentária, invasão de mérito administrativo e outras ponderações já exaustivamente rechaçadas pela jurisprudência pátria.

Por meio de análise de caso, enquanto método qualitativo, foi possível dissecar os fatos elencados na ação civil pública a fim de aferir a viabilidade da utilização de um instrumento de tutela coletiva para finalidade exclusivamente individual, não obstante o serviço de atenção domiciliar não estivesse sendo aplicado no município.

## **Gestão plena do sistema municipal e diretrizes do sistema de atenção domiciliar**

O Sistema Único de Saúde (SUS) foi criado pela Constituição Federal de 1988 e foi regulado, essencialmente, pelas Leis nº 8.080/90 e nº 8.142/90. Tem como diretriz elementar tanto a universalidade de atendimento, como a descentralização, destacando-se que esta última significa uma mudança bastante significativa no cenário constitucional, na medida em que o legislador propiciou a transferência das ações de saúde e prestação de serviços de saúde da União para os municípios. Em termos bem singulares, poder-se-ia dizer que aos municípios compete, no âmbito dessa descentralização, estabelecer a política local de saúde, o que se justificaria em razão de peculiaridades geográficas, econômicas e sociais.

Especificamente em relação ao Município de Marituba/PA, incide a gestão plena do sistema municipal, modalidade na qual o ente responderá, a princípio, por todas as ações e serviços que garantem o atendimento integral de saúde da sua população.

Com o advento do Sistema de Atenção Domiciliar (SAD), garantido, atualmente, pela Portaria de Consolidação nº 05/2017/GM/MS (4), inúmeros avanços podem ser destacados no âmbito da otimização dos direitos sociais no Brasil, sobejamente no tocante à racionalização das políticas públicas para a equidade na distribuição do serviço público e garantia do direito fundamental à saúde, destacando-se: a) a humanização como política transversal na rede de atenção à saúde do SUS; b) a atenção domiciliar como incorporação tecnológica de caráter substitutivo ou complementar à intervenção hospitalar.

Dentre vários outros pontos, esses dois destaques merecem especial relevo porque não apenas percebem a necessidade de se aplicar tanto na prevenção como na profilaxia um viés social, porém individualizado, proporcionando ao paciente o tratamento adequado ao caso específico de sua patologia, quando o “senso comum” recomendaria a internação hospitalar como regra geral.

Além de buscar um patamar de adequação do tratamento para o quadro clínico do paciente, buscando o conforto de permanecer próximo aos familiares, no âmbito familiar, o que poderá colaborar não apenas para o quadro de autoestima, como também para sua própria recuperação, a opção do serviço de atenção domiciliar é sensivelmente menos onerosa, não apenas no prisma quantitativo, em relação aos custos para o ente federativo, mas, sobretudo, do ponto de vista qualitativo, para o próprio paciente, conforme dispõe o artigo 533 da Portaria de Consolidação nº 05/2017/GM/MS (04).

Observa-se ainda uma mudança bastante radical de paradigma, a partir da indicação de que o serviço de atenção domiciliar constituirá uma base de avanço tecnológico não apenas substitutivo como também complementar à internação hospitalar.

O artigo 532, inciso II, da Portaria de Consolidação nº 05/2017/GM/MS define o SAD como:

[...] serviço complementar aos cuidados realizados na atenção básica e em serviços de urgência, substitutivo ou complementar à internação hospitalar, responsável pelo gerenciamento e operacionalização das Equipes Multiprofissionais de Atenção Domiciliar (EMAD) e Equipes Multiprofissionais de Apoio (EMAP). (4)

A atenção domiciliar, por sua vez, é assim definida no artigo 532, inciso I da mesma norma:

[...] modalidade de atenção à saúde integrada à Rede de Atenção à Saúde (RAS), caracterizada por um conjunto de ações de prevenção e tratamento de doenças, reabilitação, palição e promoção à saúde, prestadas em domicílio, garantindo continuidade de cuidados. (4)

Importante figura no sistema de atendimento domiciliar é o cuidador, na medida em que, não obstante a visitação das equipes seja continuada ao paciente, será ele, o cuidador, que exercerá permanente vigília sob o bem-estar daquele que requer atenção médica. Nos termos do artigo 532, inciso III da Portaria de Consolidação nº 05/2017/GM/MS, define-se cuidador a(s) pessoa(s), com ou sem vínculo familiar com o usuário, apta(s) para auxiliá-lo em suas necessidades e atividades da vida cotidiana e que, dependendo da condição funcional e clínica do usuário, deverá(ão) estar presente(s) no atendimento domiciliar (4).

O serviço de atenção domiciliar tem como objetivo precípua reorganizar o processo de trabalho das equipes que prestam cuidado domiciliar na atenção básica, ambulatorial e hospitalar, com o fito de reduzir a demanda por atendimento hospitalar, assim como reduzir o período de permanência de pacientes internados, além de buscar a humanização da atenção, a desinstitucionalização e a ampliação da autonomia dos usuários, conforme previsão de seu artigo 533 (4).

Pautado na diretriz elementar de estar o referido programa estruturado de acordo com os princípios de ampliação e equidade no acesso, acolhimento, humanização e integralidade da assistência, é de fundamental importância compreender que o serviço de atenção

domiciliar (SAD) tem como condição precípua de funcionamento o prévio cadastro no Sistema de Cadastro Nacional de Estabelecimentos de Saúde (SCNES).

Basicamente, a Portaria de Consolidação nº 05/2017/GM/MS exige um cadastro prévio das instituições participantes (equipes de atendimentos multiprofissionais) por órgãos gestores, que poderão ser as secretarias municipais, estaduais ou do Distrito Federal. Em suma, o funcionamento desta política pública depende inexoravelmente de um agir do Poder Executivo.

Os artigos 555 a 559 da referida norma tratam do fluxo para habilitação do serviço de atenção domiciliar (SAD) claramente e, como não poderia deixar de ser, estipula regras bem rígidas de controle para repasse de verbas e de fiscalização, como, por exemplo, especificar o número de serviços e/ou equipes de atendimento multiprofissionais (4).

Importante destacar que tais equipes são divididas em três grupos distintos de atuação (AD1, AD2 e AD3), variando de acordo com o grau de complexidade da intervenção domiciliar. No caso concreto do estudo de caso, haveria necessidade de atuação de uma equipe AD2, destinada aos usuários que possuam problemas de saúde e dificuldade ou impossibilidade física de locomoção até uma unidade de saúde e que necessitem de maior frequência de cuidado, recursos de saúde e acompanhamento contínuos, podendo ser oriundos de diferentes serviços da rede de atenção (4).

A menor Y. A. S. poderia ser incluída no sistema AD2 por, pelo menos, três circunstâncias, categoricamente previstas no artigo 539 da Portaria de Consolidação nº 05/2017/GM/MS: a) adaptação do paciente ao uso do dispositivo de traqueostomia; b) adaptação do paciente ao uso de sondas; c) necessidade de fisioterapia semanal (4).

Por derradeiro, destaca-se que o custeio desse programa é repartido entre o Ministério da Saúde e os demais entes participantes.

A política pública, em apertada síntese, funcionaria da seguinte forma: os municípios, estados ou o Distrito Federal, por intermédio de suas secretarias, atuariam criando um plano de gestão em saúde, estabelecendo suas áreas de atuação, com objetivos definidos por equipes, respeitadas sempre as diretrizes e normas da Portaria de Consolidação nº 05/2017/GM/MS. Em seguida, cadastrariam as equipes por meio dos gestores e, assim, receberiam verbas para a manutenção e funcionamento do programa, com a respectiva prestação de contas, no âmbito de transparência que rege as políticas públicas.

O município de Marituba/PA não aderiu à política pública, negligenciando diretrizes elementares de racionalização e otimização para o desenvolvimento da saúde em seu território. Não foram encontradas informações ou dados concretos que demonstrem que o Ministério Público celebrou alguma medida para apurar a responsabilidade do gestor.

### **Direitos fundamentais, dimensões de direitos e políticas públicas**

A concepção de direitos humanos na primeira década do século XX centrava-se numa premissa sobejamente liberal, prestigiando-se acentuadamente os direitos de primeira dimensão, denominados civis e políticos, pautados na liberdade formal do indivíduo. Caracterizava-se, assim, numa formulação negativa contra o Estado ou numa premissa de não interferência do Estado nas liberdades do cidadão (6).

Contudo, já no final do século XIX e início do século XX são positivados os direitos denominados de segunda dimensão, catalogados como direitos econômicos, sociais e culturais, fruto de tensões sociais advindas do sistema capitalista de produção, sobretudo externados na Constituição Mexicana de 1917 e na Constituição Alemã de Weimar, de 1919, influenciando a inserção desses direitos nas constituições de outros Estados (6).

Nesse contexto, os direitos econômicos, sociais e culturais já eram desenvolvidos sob a perspectiva de que, mesmo os direitos ditos de primeira dimensão teriam, como condição imprescindível de sua fruição, a garantia de determinadas condições materiais mínimas que permitissem sua adequada fruição (6).

Não se trata aqui de sugerir a adoção de uma migração de um paradigma negativo para positivo (de primeira a segunda dimensão). Com efeito, a manutenção de um ordenamento jurídico garantidor apenas de liberdades formais ao indivíduo não fornece a tutela necessária e exigível do Estado, a fim de conferir efetividade às suas normas. Não se trata de direitos exigíveis contra o Estado, mas pelo Estado, dentro do contexto do processo democrático, exigindo-se do Poder Público certas prestações materiais.

Atualmente, o Poder Judiciário encontra-se em frente à discussão da jusfundamentabilidade dos direitos sociais e de sua plena eficácia, se há possibilidade de manifestação jurisdicional sobre o mérito de aplicação de políticas públicas sem ofensa ao princípio da tripartição dos poderes e do processo democrático, tendo em vista que juízes não são eleitos diretamente pelo povo para individualmente decidirem sobre a aplicação de

verbas em determinados setores sociais, e, sobretudo, como o peso dessas decisões influencia na racionalização da programação de políticas públicas (6).

Efetivamente, todos os direitos (civis e políticos/econômicos, sociais e culturais), requerem obrigações positivas e negativas. Em consequência, todos têm um custo. Por tal razão, torna-se absolutamente plausível sustentar que a ausência de implementação de políticas públicas que visem conferir efetividade aos direitos sociais implica em violação ao Estado Democrático de Direito instituído no Brasil, frisando-se que a instituição do Estado Democrático destina-se a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça (leia-se, portanto, justiça social) como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

Em suma, não se trata efetivamente de discutir a retórica das normas, atribuindo-se às normas que regulam direitos sociais o caráter de normas *not selfexecuting* (7), mas de introduzir no campo das discussões a dimensão ética dos direitos humanos, sua indivisibilidade e a imprescindibilidade das políticas públicas como vetor de resgate e inclusão social, vetor de direção de um Estado Democrático de Direito. (6)

### **Manifestação judicial em políticas públicas**

Como salientado anteriormente, a garantia de um amplo leque de direitos fundamentais somente é viável na estruturação de um Estado Social e Democrático de Direito, o qual, pela sua própria natureza, alberga o sentido de democracia e desenvolvimento humano.

Por tal razão, é função precípua do Estado, enquanto criação humana, fomentar o seu desenvolvimento a partir do desenvolvimento de cada integrante da comunidade, velando-se, sempre, pela garantia dos direitos fundamentais.

É justamente no seio desse desenvolvimento que incidem as políticas públicas, como elementos de integração social, com o fito de alcançar objetivos sociais considerados pela sua relevância. A despeito de toda e qualquer dificuldade em buscar-se um conceito de políticas públicas (8), Maria Paula Dallari Bucci as define como “a coordenação dos meios à disposição do Estado, harmonizando as atividades estatais e privadas para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados” (9).

José Claudio Monteiro de Brito Filho destaca, por sua vez, um ponto primordial nas políticas públicas, naquilo que diz respeito ao padrão individual das necessidades humanas que, no caso, no caso do serviço de atenção domiciliar, é bem recepcionado pelo prisma da humanização do tratamento, senão veja-se:

As políticas gerais, então, não desobrigam o Estado de se relacionar, nas medidas das necessidades das pessoas, com cada um dos indivíduos, a partir de demandas concretas para a preservação de sua saúde. Assim é que, ao lado do interesse de toda a coletividade de ter o Estado realizando todas as ações necessárias para a preservação da saúde de todos, há o interesse de cada indivíduo de ter a sua própria saúde garantida, por meio das ações convenientes para o seu caso concreto. (10)

Importante destacar que no artigo citado o autor pretende defender a viabilidade de demandas individuais para deduzir pretensões relativas à saúde, por intermédio de uma concepção filosófica como o liberalismo igualitário. Não obstante, e a essência dessa ponderação é inquestionavelmente admitida aqui como correta, o que se justifica é o enaltecimento de que as políticas públicas não podem ser pautadas apenas pelo senso comum do tratamento padrão, mas balizadas oportunamente pelas particularidades que a humanização do tratamento por meio do serviço de atendimento domiciliar poderá propiciar. No mesmo contexto, veja-se a posição outrora já defendida (6).

Assim, a partir dos conceitos indicados de políticas públicas, podem-se extrair os seus elementos marcantes, quais sejam: a) a atividade estatal, revelada por uma medida ou conjunto de atos; b) a busca pelo adimplemento de objetivos sociais; c) sua vinculação aos preceitos fundantes da Carta Federal de 1988.

Relativamente ao primeiro elemento, deve ser destacado que a política pública não deve ser compreendida num sentido restritivo de mero programa, em razão de também abranger todo o processo de identificação e opção dos mecanismos para a concretização dos objetivos. Nesse sentido, Marília Lourido Santos sustenta que a política pública

[...] compreende também uma certa margem de opção entre tais objetivos, ou seja, compreende a hierarquização dos mesmos, cuja efetivação deverá dar-se com a participação dos agentes públicos e privados. A adoção de certa política pública representa o processo político de escolha de prioridades para o governo, por meio de programas de ação para a realização de objetivos determinados num espaço de tempo determinado ou não. (11)

Jean Carlos Dias analisa a política pública a partir do conceito formulado por Ronald Dworkin, segundo o qual as políticas estariam comprometidas com a busca por alcançar

alguns interesses da comunidade, por meio de padrões que estabeleceriam um objetivo a ser alcançado, em geral, melhorias nos aspectos econômicos, políticos ou sociais da comunidade. Assim, o autor destaca dois elementos centrais na conceituação, quais sejam: a existência de uma entidade capaz de produzir esses padrões e a identificação dos objetivos e a fixação de meios com a finalidade de alcançá-los (12).

Esse raciocínio possibilita a compreensão de que as políticas públicas, enquanto resultado de uma abstração na escolha de objetivos sociais e dos instrumentos necessários para sua consecução, estariam atreladas a uma determinação (ou escolha) do Estado, havendo necessidade de averiguar se, efetivamente, todos os órgãos do Estado estariam legitimados para a realização dessa operação, condição imprescindível para que se conclua pela legitimidade ou não do Poder Judiciário efetivar o controle dessas políticas.

Para elucidação dessa indagação, relaciona-se o ambiente discursivo das políticas públicas à autoridade que deve produzi-las, e por intermédio desse prisma, sustenta-se que aos membros eleitos do Poder Legislativo e do Poder Executivo seriam legitimamente destinadas as tarefas de escolha dos objetivos e dos meios de sua concretização, concluindo, portanto, não ser atribuição precípua do Judiciário a função de elaborador dessas políticas.

Essa discussão se apresenta fartamente assentada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, inclusive com fixação de precedente vinculante, podendo destacando-se o julgamento relativamente recente do Recurso Extraordinário nº 855.178/SE (13).

Com efeito, a não participação do Poder Judiciário como elaborador de políticas públicas, não desautoriza a efetivação do controle judicial, tendo em vista que seu objetivo primordial (das políticas), qualquer que seja o objetivo e o instrumento destinado para concretizá-lo, destina-se à garantia de implementação e efetividade de direitos fundamentais, aos quais o Poder Judiciário, quando devidamente provocado, está legitimado, inclusive pelo princípio da indeclinabilidade da jurisdição previsto no art. 5º, XXXV, da Carta Federal de 1988, à apreciação de sua motivação e finalidade.

A partir dessa compreensão de que as políticas públicas albergam também os processos de escolha e, portanto, as diretrizes ideológicas que norteiam essas decisões, em suma, sua motivação e finalidade, observa-se uma estreita ligação de sua aplicação com os direitos fundamentais, sobretudo porque, e isso parece bastante esclarecido ao longo deste artigo, todas as determinações normativas do Estado brasileiro cingem-se, em última análise

à consecução dos objetivos fundamentais então propostos pelo constituinte no art. 3º da Carta Federal, os quais permanecem atrelados aos fundamentos do art. 1º.

Consequentemente, conclui-se que as políticas públicas atuam, em última análise, em qualquer que seja a finalidade colimada, norteadas por critérios de garantia e implementação dos direitos fundamentais, destacando-se o direito à saúde como proeminente.

### **Políticas públicas na contextualização do enfoque baseado em direitos (EBD)**

O enfoque baseado em direitos (EBD) é um mecanismo de controle, raciocínio e aplicação de políticas públicas e pode ser analisado, segundo Alza Barco, não apenas como um instrumento metodológico, mas, sobretudo, como critério ético para o desenvolvimento. A sua aplicação é atrelada às políticas públicas por intermédio de cinco passos:

delimitar la política pública, comprendiendo el problema público que la política pública resolverá y la alternativa de solución seleccionada; delimitar el derecho (establecer los estándares nacionales e internacionales, definir qué derechos y sus contenidos); identificar las obligaciones estatales; verificar los principios transversales; y establecer los contenidos específicos para verificar el EBD en la política pública (la arquitectura institucional, las políticas y estrategias, y los programas y proyectos). (14)

A importância dessa metodologia aplicada às políticas públicas é de exponencial envergadura e pode ser constatada a partir do momento em que a Organização das Nações Unidas passa a recomendar aos organismos financeiros internacionais que a incorporem em seus projetos. Em suma, segundo o autor, as agências de cooperação financiam projetos aos países insistindo que as suas políticas públicas tenham EBD.

Em apertada síntese, o EBD pode ser destacado como enfaticamente preponderante a partir da Declaração das Nações Unidas para o Desenvolvimento em 1986 e se orienta a partir de uma conscientização por reivindicação de direitos de forma organizada e por meio da dimensão política de análise do ordenamento jurídico. Seu atrelamento às políticas públicas gera inevitável vínculo aos direitos fundamentais e centraliza o indivíduo no plano da discussão jurídica.

Em relação à fixação de diretrizes, Alza Barco assim dispõe sobre o tema:

Los instrumentos internacionales y las normas constitucionales son estándares cuya aplicación al momento de tomar decisiones por parte de la autoridad pública requiere de procesos de operacionalización que – en

muchísimos casos – aún no se han logrado. La norma le dice al tomador de decisión que existe un derecho del cual es sujeto obligado de protección, pero no le dice en qué consiste, cuál es su contenido, ni cuáles son las acciones que debe tomar para resolver su tutela. Tampoco ha resuelto los *trade-offs* o dilemas de la decisión pública, fundamentalmente expresados en la priorización de los problemas a resolver o de las alternativas de solución: poco presupuesto para una multiplicidad de problemas, ante una multiplicidad de posibilidades de solución, en un marco de múltiples actores con diversos intereses, visiones y expectativas, muchas veces contradictorias. (14)

A contextualização do EBD envolverá sempre a análise das obrigações do Estado em garantir e promover direitos, sobejamente os que estiverem programados na planificação de suas políticas públicas, devendo ser frisado que essas políticas são construídas a partir de regulamentações não apenas nacionais, como também os padrões jurídicos internacionais que vinculam o administrador e criam as diretrizes de sua atuação para a execução das condições necessárias ao exercício dos direitos fundamentais.

Poder-se-ia assegurar que o serviço de atenção domiciliar (SAD), enquanto política pública de humanização e otimização de tecnologia complementar à rede hospitalar, atende não apenas a preceitos constitucionais, como visa se respaldar em cânone internacional, a dizer, v. g., no Protocolo de San Salvador, quando é assegurado em relação à saúde:

Artigo 10 (Direito à saúde) Item 1. Toda pessoa tem direito à saúde, entendida como o gozo do mais alto nível de bem estar físico, mental e social.  
Item 2. A fim de tornar efetivo o direito à saúde, os Estados Partes comprometem-se a reconhecer a saúde como bem público e, especialmente, a adotar as seguintes medidas para garantir este direito: a. Atendimento primário de saúde, entendendo-se como tal a assistência médica essencial colocada ao alcance de todas as pessoas e famílias da comunidade. b. Extensão dos benefícios dos serviços de saúde a todas as pessoas sujeitas à jurisdição do Estado [...]. (15)

A inobservância de adesão – negligente – ao programa, na medida em que o Governo Federal, por meio do Ministério da Saúde, assegura a transferência de verba que possibilita a manutenção de funcionamento do programa, exigiria atuação diligente do Ministério Público, perquirindo os motivos que levaram a Administração Pública a abdicar da receita e, em consequência, da viabilização técnica e financeira de implantação de uma salutar política pública imprescindível à garantia do direito à saúde.

Primeiramente porque a política pública em questão vem ao encontro, como já exaustivamente frisado, da oportunidade de liberar leitos em hospitais e consequentemente aumentar o número de atendimentos na rede regular, propiciar a redução de quadros de

contaminação por infecção hospitalar, reduzir custos com a manutenção de pacientes na rede regular de nosocômios, além de provocar uma sensível qualidade ao tratamento do paciente no âmbito do seio domiciliar.

Em segundo lugar, porém não menos importante, porque com o não agir, Estado e Município provocaram uma inquestionável abdicação de verba pública que seria aplicada no bem-estar da população, sensivelmente prejudicada pela péssima prestação do atendimento na rede pública de saúde. E esse comportamento absenteísta não apenas configura um ato violador da estrutura de programação do desenvolvimento humano, como atenta contra o princípio da moralidade administrativa, na medida em que não encontra qualquer justificativa plausível para sua resistência, o que importa, inclusive, a responsabilização do gestor por ato de improbidade administrativa.

Mais uma vez, registre-se, não houve qualquer tentativa do Ministério Público perquirir os motivos que levaram os entes federativos a não demonstrarem nas vias da ação judicial os motivos que os levaram a não aderir à política pública e permitir que os municípios ficassem desassistidos de um inovador e mais vantajoso programa, optando, apenas, por centralizar a discussão em uma minúscula ação individual, que decerto é cabível no contexto da discussão da garantia de direitos de Y. A. S., mas não proporciona o nível de proteção mais amplo que se deseja quando uma ação civil pública é ajuizada, pela própria essência da via processual em questão.

## **Conclusão**

Como frisado, é inquestionável o direito de Y. A. S. demandar os entes federativos em busca da salvaguarda de suas pretensões. Menos discutível ainda é a possibilidade de o Ministério Público ingressar com a ação civil pública na defesa dos interesses de uma criança, sobejamente quando há iminente risco à vida humana.

A ponderação que se apresentou neste estudo não está adstrita a essas questões de fundo, mas de que forma devemos encarar determinados fenômenos em nossa sociedade e a tutela coletiva de demandas é, seguramente, um dos pontos mais fragilizados que o Poder Judiciário enfrentará no século XXI no enfrentamento da judicialização da saúde.

A matéria de litígio em torno dos direitos sociais, especificamente a saúde, receberá, possivelmente, nossa maior carga de atenção nos próximos anos ou décadas e é fruto não apenas de uma desestruturação financeira ou de péssima gestão do Poder Executivo.

Como demonstrado neste artigo, as instâncias de canalização de demandas ao Poder Judiciário ainda necessitam refletir sobre a relevância da contextualização orçamentária e do papel proeminente que o Ministério Público deve assumir no controle e fiscalização dos atos do Poder Executivo, sobejamente os vinculados à saúde e à educação, na medida em que, conforme pauta do enfoque baseado em direitos, nossas políticas públicas devem estar prioritariamente organizadas na disseminação de garantia e implementação dos direitos humanos.

Os direitos sociais de relevo citados são albergados como expoentes nos objetivos do milênio traçados pela Organização das Nações Unidas e o Brasil tem obrigações de cumprimento em calendário com a comunidade internacional, destacando-se que essas obrigações são multiplicadas em efeito cascata em cada esfera da federação.

Aos órgãos do Ministério Público compete, na defesa dos direitos fundamentais, uma fiscalização intensa de respeito dos entes às políticas públicas traçadas para o cumprimento desses direitos, sob pena de esvaziamento dessas diretrizes em meras promessas e retóricas. Contudo, a constatação de falhas nas políticas de amplo espectro deve ensejar, de fato, uma atuação também de amplo espectro.

No caso em análise, percebe-se que o ajuizamento de uma demanda com conotação de discussão individual subtraiu a possibilidade de averiguação minuciosa de razões que justificassem a abdicação de receita e participação em programas de racionalização e otimização da saúde da população, sendo inevitável concluir que, apesar da via processual eleita ser adequada – a ação civil pública – para discutir a matéria, esta não foi apresentada com a profundidade que necessitava, permitindo que milhares de pessoas permanecessem à margem da garantia de direitos.

Os resultados obtidos demonstram claramente que, apesar de haver permissão no ordenamento jurídico brasileiro para a utilização da ação civil pública na defesa de direitos individuais homogêneos, o uso desse mecanismo, destinado essencialmente à tutela coletiva, deveria ser enaltecido quando se verificar a deficiência ou inexistência de uma política pública de saúde, que afete diretamente um conjunto de indivíduos.

## Referências

1. Langford M. Judicialização dos direitos econômicos, sociais e culturais no âmbito nacional: uma análise sócio-jurídica. SUR. Revista Internacional de Direitos Humanos, 2009 dez; 11: 99-133.

2. Brasil. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de tutela antecipada 175 – CE. Requerente: União Federal. Requerido: Tribunal Regional Federal da 5ª Região (Apelação Cível n. 408729-CE – 2006.81.00.003148-1). Relator: Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Brasília, 17 mar 2010. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2570693>. [Acesso em 16.abr.2020].
3. Nunes AJA, Scaff FF. Os Tribunais e o direito à saúde. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
4. Brasil. Ministério da Saúde. Portaria de Consolidação nº 05 de 28 de setembro de 2017. Consolidação das normas sobre as ações e os serviços de saúde no Sistema Único de Saúde. Diário Oficial da União. Brasília. Disponível em: Brasil. Ministério da Saúde. Portaria nº 825 de 25 de abril de 2016. Redefine a Atenção Domiciliar no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS) e atualiza as equipes habilitadas. Diário Oficial da União. Brasília. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/113894163/dou-secao-1-26-04-2016-pg-33> [Acesso em 27.abr.2020]
5. Pará. Tribunal de Justiça do Estado do Pará. Ação civil pública nº 0004.630-73.2013.814.0133. Autor: Ministério Público Estadual. Juízo: 1ª vara cível e empresarial da comarca de Marituba.
6. Lamarão Neto H. Judicialização da saúde: o indivíduo e a sociedade de cooperação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.
7. Silva JA. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2020.
8. Almeida LL, Romero LCP, Lima JAO, Aranha, MI. Categorias institucionais das políticas de saúde no Brasil. Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário. 2017, 6(2): 78-94. Disponível em: <https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/issue/view/21/33> [Acesso em: 16.abr.2020]
9. Bucci, MPD. Políticas Públicas e Direito Administrativo. Revista de Informação Legislativa. 1997; jan./mar; 34 (133): 89-98.
10. Brito Filho JCM. Direito fundamental à saúde: propondo uma concepção que reconheça o indivíduo como seu destinatário. A Leitura/Caderno da Escola Superior da Magistratura do Estado do Pará. 2012 nov.; 5 (9): 136-145.
11. Santos ML. Interpretação constitucional no controle judicial das políticas públicas. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.
12. Dias JC. O controle judicial das políticas públicas. São Paulo: Método, 2007.
13. Brasil. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 855.178-SE. Recorrente: União Federal. Recorrido: Maria Augusta da Cruz Santos. Relator: Ministro Luiz Fux.

Brasília, 22 mai 2019. Disponível em

<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4678356>. [Acesso em 10.jan.2020].

14. Alza Barco C. El enfoque basado en derechos. Que és y como se aplica a las políticas públicas? In Burgorgue-Larsen L, Maués A, Sánchez Mojica, BE (Coords.). Derechos humanos y políticas públicas. Manual. Barcelona: Universitat Pompeu Fabra, 2014; p. 51-78.

15. El Salvador. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Protocolo adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 17 de novembro de 1988. Disponível em: [http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/e.Protocolo\\_de\\_San\\_Salvador.htm](http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/e.Protocolo_de_San_Salvador.htm); [Acesso em 20.jan.2020].

---

Submetido em: 01/02/20

Aprovado em: 09/06/20

**Como citar este artigo:**

Lamarão Neto H. A judicialização do serviço de atenção domiciliar por meio de demandas coletivas. Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário. 2020 abr./jun.; 9(2): 164-181.

<http://dx.doi.org/10.17566/ciads.v9i2.638>