



O papel do ministério público no dever do estado de fornecimento de biotecnologias para pessoas com deficiência

Charles de Sousa Trigueiro¹
Annestella de Lima Pinto²
Adriana de Abreu Mascarenhas³

RESUMO: Analisamos a jurisprudência dos tribunais brasileiros sobre o acesso ao direito a saúde para pessoas com deficiência. Para tanto, efetuamos a análise sobre as possibilidades do Ministério Público defender o fornecimento pelo estado das biotecnologias. Contudo, concluímos o Sistema Único de Saúde brasileiro fornece apenas o implante coclear unilateral para pessoas com surdez.

Palavras chaves: Saúde. Biotecnologias. Pessoas com deficiência.

Introdução

Efetivamente aberto a todos os cidadãos o acesso à saúde é igual e especial para algumas situações vulneráveis, como as pessoas com deficiência, que para atingirem a igualdade plena, necessitam de proteção especial.

A universalização da saúde é um direito assegurado pela Constituição Federal brasileira de proteção social aos trabalhadores e seus dependentes em caso de superveniente incapacidade. Desta forma, as pessoas com deficiência não devem ficar de fora da proteção estatal, mesmo aquelas que não entraram no mercado de trabalho, nesse caso considera-se as circunstâncias que essas pessoas não deram causas.

Atualmente o Sistema Único de Saúde vem distribuindo poucas biotecnologias e realizando pouquíssimas cirurgias de implante coclear, as poucas cirurgias que são feitas é em apenas um dos ouvidos.

Desta forma, o dever do estado de fornecer biotecnologias e a cirurgia do implante coclear, possibilita-se que milhares de pessoas com deficiência física e auditiva que estavam marginalizadas sejam inseridas no mercado produtivo.

Trata-se de tema complexo e urgente que reclama atenção e políticas afirmativas específicas, porquanto o tempo atual requer a imediata correção de injustiças sociais, especialmente no caso em exame, porquanto traz, direta ou indiretamente, implicações

¹ Universidade de Coimbra. E-mail: Charles.ufpb@hotmail.com

² Centro Universitário de João Pessoa. E-mail: annestellapinto@hotmail.com

³ Universidade Federal da Paraíba. E-mail: adrianaufpb@yahoo.com.br



continuativas e impeditivas do desenvolvimento pleno das pessoas, e da sociedade como um todo, consubstanciado em hipótese de inconstitucionalidade a ser debelada à luz de uma hermenêutica constitucional atenta aos direitos humanos de pessoas que possuam algum tipo de deficiência física ou surdez.

Para realização da presente investigação foi necessário aplicar o método dogmático, como a hermenêutica dos textos normativos recomenda, mas também o aporte à doutrina e à transversalidade foram necessários, desde que se trata de tema interdisciplinar de elevado teor político e sociológico, tudo alinhado por uma tradição de pensamento racionalista igualitária.

Por fim, a investigação em mãos representa um convite ao leitor interessado em saber mais sobre as reais possibilidades que o Estado brasileiro oferece as pessoas com deficiência física e surdez em matéria de acesso a emprego, dignidade humana e justiça social.

Metodologia

O objetivo geral do presente artigo é analisar a possibilidade de fornecimentos de biotecnologias para pessoas com deficiência, pelos ser. Como objetivos específicos, busca-se: problematizar a questão no debate sobre possibilidade de evitar esses tipos de discriminações possíveis.

Nesse contexto, este artigo tem como objeto de estudo a análise da normativa nacional, internacional e da jurisprudência produzida nos tribunais, como direito comparado, sobre a possibilidades de realização de exames genéticos como requisito prévio a qualquer atividade laboral, com impossibilidade de discriminação. Para a realização da presente investigação foi necessário aplicar o método dogmático, como a hermenêutica que os textos normativos recomendam, mas, também, o aporte à doutrina e à transversalidade foi necessário, desde que se trata de tema interdisciplinar de elevado teor político e sociológico, tudo alinhado por uma tradição de pensamento racionalista do direito a saúde e fundamentada na hermenêutica internacional dos direitos humanos da Organização Mundial de Saúde, e princípios do direitos bioético.

Resultados



A teoria da reserva do possível não pode ser aplicada quando a vida e a saúde estiverem em risco, porque a dignidade da pessoa humana deve prevalecer. Assim, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça usando entendimento do Supremo Tribunal Federal. (STJ. Recurso Especial n. 784.241/T2. RS. Relatora: Min. Eliana Calmon. Julgamento: 8-4-2008).

Em outro caso o estado usa a teoria da reserva do possível para não fornecer cadeiras de rodas motorizadas para criança tetraplégica. (TJES. Processo: AI 24100915131 ES 24100915131. Relator: Ronaldo Gonçalves de Sousa. Julgamento: 22-3-2011. Órgão Julgador: Terceira Câmara Cível. Publicação: 31-3-2011).

Em Ação Civil Pública promovida pelo Ministério Público contras as fazendas públicas do estado e município de São Paulo, o judiciário assegurou o direito a saúde para pessoa hipossuficiente e deficiente física e mental. (TJSP. Processo: APL 51264320088260360 SP 0005126-43.2008.8.26.0360 Relator: Peiretti de Godoy. Julgamento: 19-10-2011. Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Público. Publicação: 20-10-2011).

O Supremo Tribunal Federal tem decidido que os planos e a legislação do direito a saúde das pessoas com deficiências estão em vigor, mas carece de efetividade. Assim, não pode o poder público deixar de cumprir dizendo que as normas são meramente programáticas, que não tem planos ou programas de atuação do governo. (Precedentes: RMS 17449/MG DJ 13.2.2006; RMS 17425/MG, DJ 22.11.2004; RMS 13452/ MG. DJ 7-10-2002).

A Defensoria Pública da União (DPU) ajuizou Ação Civil Pública de nº 0007197-51.2011.4.02.5101 (2011.51.01.007197-7), em face da União Federal, do Estado do e do Município do Rio de Janeiro, alegando que Sistema Único de Saúde fornece apenas implante coclear unilateral e não fornece a manutenção dos mesmos. O pedido é para que sejam fornecidos implante bilateral e manutenção. Com requerimento de tutela antecipada, para que os entes federados forneçam para adultos e crianças: a) implantes bilaterais; b) sistema FM; c) manutenção (compra de acessórios, concertos, trocas, atualizações); d) reposição em caso de perda; e) terapia fonoaudiológica.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro deferiu em parte a tutela antecipada, para que os entes federados forneçam no prazo de 10 meses, e que o Sistema Único de Saúde passe a se responsabilizar pela realização de implantes bilaterais, com uma porcentagem de 30 para cada 100 implantes realizados.



O Tribunal de Justiça de Pernambuco, em Agravo de Instrumento o relator Antonio Fernando de Araújo Martins obrigou plano de saúde a fornecer implante coclear a uma criança segurada. (APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA. SEGURO SAÚDE. IMPLANTE COCLEAR EM MENOR IMPÚBERE. COBERTURA DEVIDA. Agravo de Instrumento nº 245818220108170001 PE 0009818-79.2010.8.17.0000, Órgão Julgador: 6ª Câmara Civil, julgamento: 09/11/2010).

Discussão

Inicialmente o direito a saúde foi consagrado no artigo XXV, da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Esse direito foi evoluindo, para em 1966 o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais inovar ao trazer mecanismos que os estados devem implementar para garantir os direitos a saúde, como ações preventivas e curativas.

Essa forma de constitucionalismo global do direito à saúde é signatário pela Constituição da Organização Mundial de Saúde (OMS/WHO/1946), a qual consagra o modelo social, eliminando o binômio saúde-doença, assegurando um princípio básico da felicidade e harmonia humana. (WHO - Elaborado na cidade de Nova Iorque, em 22 de julho de 1946.)

A Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (aprovada no Brasil com status de emenda constitucional) dentre vários direitos que assegura, destaca-se a saúde, assegurando que a falta de mecanismos de apoio é que promove a situação de desvantagem. O artigo 25 desta Convenção destaca a reabilitação como forma de consolidar o direito a saúde das pessoas com deficiência. Estabelecendo os serviços de saúde fundamentais para que as pessoas com deficiência tratem os problemas ocasionados por causa das deficiências. Vedando, a discriminação no tocante a contratação de seguros que devem ter cláusulas e valores justos.

No Brasil, o direito a saúde passou a ser constitucionalmente assegurado, em 1988, genericamente no sexto artigo e com mais detalhes nos artigos 196 a 200. Cabe ressaltar, que se a Constituição diz que a saúde é direito de todos, ela consagra o direito a saúde das pessoas com deficiência, e possíveis usos de biotecnologias. A Constituição também destacou o papel do Sistema Único de Saúde Lei n.º 8.142/90, e Lei Orgânica da Saúde de n.º 8.080/90.



O direito à saúde é umas das dimensões do mínimo existencial à dignidade da pessoa humana (1).

Os direitos fundamentais são bidimensionais, por conta de duas grandezas, uma jurídico-positiva e outra jurídico-subjetiva, as dimensões positivas tem por partida a continuação saudável e cumprimento dos direitos fundamentais, já as dimensões negativas tem como objetivo proteger e rodear a ordem jurídica do indivíduo. É justamente baseado nesse estudo, que os autores neste artigo procurarão demonstrar a legitimidade do Ministério Público para a defesa do direito fundamental das pessoas com deficiências, em adquirir através do estado as biotecnologias (2).

O modelo da ICIDH concluiu que as pessoas com deficiência portam uma certa desvantagem na vida social, e esse desvantagem advém das barreiras impostas pela vida em sociedade. Partindo desse raciocínio, as pessoas com deficiência tem que superar essas desvantagens, através ora da cura ou ora da reabilitação dependendo do caso (3).

O Brasil inseriu no ano de 2011, um Plano Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência para assegurar o direito à saúde das pessoas com deficiência garantido pela convenção, o “Plano Viver sem Limite”, esse plano tem como objetivo, a promoção, utilizando políticas, programas e ações. Coordenado pela Secretaria de Direito Humanos (Decreto n.º 7.612/2011)

Pela dimensão jurídico-positiva, o direito a saúde a integridade física é um princípio constitucional especial, estimulador de vários outros princípios, como a dignidade da pessoa humana, cidadania e eficiência (4).

O judiciário tem que garantir que essas metas e ações do plano não sejam descumpridas pelo estado, alegando o principio da reserva do possível, teoria essa surgida quando o Tribunal Constitucional Alemão que já decidiu que algumas contraprestações estatais ficam condicionadas ao principio da razoabilidade (5).

Obstruir o direito a saúde significar contrariar a própria Constituição, autorizando o Ministério Público a promover uma ação, na qualidade de guardião do patrimônio público em sentido amplo O Ministério público pode e deve defender o patrimônio moral do Estado, tendo, uma imagem a guardar para o povo (6).

O art. 129, II, da Constituição Federal de 1988, diz que uma das principais funções do Ministério Público, juntamente com outros atos infraconstitucionais, a exemplo da LC 75/93, art. 6º, VII, b; Lei n. 8.625/93, art. 25, IV, b, Lei n. 8.247/92, art, 17, é a proteção ao



patrimônio público e social. Neste contexto, garantir o acesso a saúde tem legitimidade, juntamente com defesa da ordem jurídica e o regime democrático.

Dentro da dimensão jurídico subjetiva dos direitos fundamentais a saúde e integridade física, pode-se entrever os interesses defendidos coletivamente pelo Ministério Público (7).

O direito difuso é quando existe uma ligação em que se unem pessoas indetermináveis. No caso do acesso a saúde das pessoas com deficiência, a ligação fática é determinada pela circunstância de interligar um grupo de pessoas juridicamente aptas a fazerem uso das biotecnologias. Todos têm interesse na correta aplicação do Direito (8).

Como afirma Leonel:

Deste modo, os coletivos se distinguem dos difusos, ambos indivisíveis, pela sua origem, na medida em que nestes o vínculo relaciona-se a dados acidentais ou factuais, enquanto naqueles a ligação dos integrantes do grupo, categoria ou classe decorre de uma relação jurídica (9).

Outro instrumento que o Ministério Público pode usar, em favor das biotecnologias para pessoas com deficiência, é o enforcement, o qual pode ser conceituado como os mecanismos que estimulem e imponham o respeito às leis. São muitos os meios usados na aplicação da lei:

A ideia de enforcement está intimamente relacionada a ideia de planejamento, de estabelecimento de políticas de aplicação das leis em geral, ou, mais frequentemente, de determinadas leis, consideradas mais importantes num determinado momento (10).

O enforcement seria um ótimo instrumento para o Parquet atuar nas questões referentes ao princípio do direito a saúde. Na própria Constituição, deve o membro do Ministério Público zelar pela aplicação do princípio da obrigatoriedade do sistema único de saúde fornecer biotecnologias. Mas, infelizmente, existem inúmeras formas de se descumprir esse princípio (11).

Geilson Salomão Leite destaca que “a adoção de providencias visando à concretização desses direitos “a saúde” deve ser intensificada e consolidada pelo Poder Executivo e pelo Poder Judiciário, além de ampliada pelo Poder Legislativo”. (A) Projeto de Lei n. 312/2011, que permite a dedução das despesas com aparelho de audição na apuração da base de cálculo do IRPF; B) Projeto de Lei n. 6.097/2005, que estabelece



isenção de IPI para os equipamentos e aparelhos, inclusive eletrônicos, destinados a pessoas portadoras de deficiências física, auditiva, visual e mental) (12).

Portanto, o Ministério Público é legitimado para a defesa do direito das pessoas com deficiência em brigarem pelo fornecimento de biotecnologias, tanto na dimensão jurídico-objetiva, como protetor do ordenamento jurídico, bem como na dimensão jurídico-subjetiva, como defensor dos direitos coletivos em sentido amplo.

Conclusão

Para analisar uma deficiência ou incapacidade laboral não se deve levar em consideração apenas os conceitos médicos, mas também, as barreiras impostas pela sociedade e pelo mercado que limitam o acesso dessas pessoas.

As políticas públicas assistenciais para as pessoas com deficiência que tentam se candidatar a um cargo laboral desenvolveram três caminhos, todos lamentáveis e indignos de nossa sociedade: a) se conformar com um benefício de exclusão que dependa do meio social, tornando a pessoa com deficiência como dependente e inútil. b) o trabalho informal, demonstrando a inaplicabilidade da lei e a discriminação capitalista. c) renúncia ao benefício, perante contrato de trabalho injusto.

Interpretando o artigo 89 da Lei nº 8.213/91, conclui-se que a reabilitação profissional compreende: a) fornecimento de aparelho de prótese, órtese e equipamento de auxílio de locomoção, quando possível de atenuação para essas deficiências. b) reparação ou substituição desses instrumentos desgastados.

As diversas formas de trabalho no Brasil, propicia o trabalhador a ter uma perda auditiva induzida por ruído, por conta não só da pressão do ambiente laboral, mas também da pressão sonora existente no ambiente das grandes cidades.

O Estado como garantidor do direito a saúde deve assegurar o uso das tecnologias para suprimir as desvantagens das pessoas com deficiência.

Embora a atuação judicial tenha integrado as insuficiências legislativas, urge a necessidade de o Sistema Único de Saúde promover critérios objetivos e igualitários para oportunizar todas as pessoas com surdez de se inserirem no mercado, indivíduos já tão discriminados socialmente e, nestas circunstâncias, gravadas por um ambiente econômico que impede o acesso à dignidade que o emprego lhes propiciaria.



Fato é que o Estado invés de promover a participação das pessoas com surdez tem obstruído o acesso ao trabalho dessas pessoas portadoras de necessidades especiais.

Essas deficiências sensoriais (audição) são muito significativas para a percepção de mundo e desenvolvimento intelectual dos seres humanos, uma vez que acarreta segundo a medicina legal a perda da metade dos sentidos mais importante da espécie humana, essa alteração gerou uma desigualdade com discriminação distorcida da qual prejudicou ainda mais os portadores dessas patologias, pois essas pessoas continuam sendo discriminadas no mercado de trabalho da ampla concorrência, seja em concursos públicos que exijam aptidão plena do candidato, ou seja em empresas privadas.

Se a CF tem como fundamentos os valores sociais do trabalho e tem como um dos objetivos a serem alcançados, a diminuição de todas as formas de desigualdade, não tem sentido dentro do universo dos deficientes auditivos fazer discriminação ou dar preferências aos deficientes entre si. Como nos ensina o pensamento imortal de Aristóteles: 'tratar os iguais igualmente e os desiguais, desigualmente, na medida de sua desigualdade'.

A aplicação do princípio da igualdade ou isonomia, tendo em vista que por este princípio a atuação do Estado deve estar em harmonia com o direito compreendendo este as suas regras e princípios, terá grande função na democratização da legalidade estrita, pois quando se estudar o objetivo teleológico dos princípios da dignidade da pessoa humana, proporcionalidade, razoabilidade, eficiência, finalidade, se verificará que a legalidade estrita acaba prejudicando as garantias do cidadão, e que se aplicar a igualdade e isonomia para melhor utilização desses institutos, princípios e teorias, no sentido de salvaguardar direitos dos cidadãos quando aplicado a seara proteção do estado ao deficiente no mercado de trabalho público-privado, permitindo assim assegurar as garantias do cidadão perante o poder afirmativo estatal, embasado em um Poder público-privado Eficiente, um poder público-privado participativo e integrador.

No que concerne à aplicação dos princípios mencionados na formulação do problema desse projeto à luz do princípio da igualdade ou isonomia como elemento democrático da legalidade administrativa sintetizando a finalidade de cada um desses princípios verificar-se-á a importância da utilização do princípio da dignidade da pessoa humana para democratizar a legalidade administrativa quando aplicada ao caso concreto, pois somente



democratizando a legalidade administrativa se terá à efetiva utilização dos princípios gerais do direito administrativo pelos aplicadores do direito.

Enfim, a Administração Pública, estaria sendo mais proporcional, razoável, sem desrespeitar a dignidade da pessoa humana, procurando diminuir todas as formas de desigualdade, as desigualdades existentes entre os deficientes e os não deficientes e entre os deficientes entre si, seriam melhor trabalhadas proporcionalmente na medida das suas desigualdades.

Referências

- 1 LEAL, Rogério Gesta. A quem compete o dever de saúde no direito brasileiro? Esgotamento de um modelo institucional. p. 3. Disponível em: <www.tjrs.jus.br/export/poder_judiciario/.../DireitoSaude.doc>.
- 2 CANOTILHO, J.J.G. Estudos sobre direitos fundamentais. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2008.
- 3 FERRAZ, Carolina Valença...[et al.]. Manual dos direitos da pessoa com deficiência. São Paulo: Saraiva, 2012.
- 4 GUGEL, M. A. A. Discriminação positiva. Revista do Ministério Público do Trabalho. ano X, n. 19 Brasília: LTR Editora, mar. 2000.
- 5 BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Disponível em: <<http://lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>>
- 6 GUGEL, op. cit., p. 124.
- 7 GUGEL, idem, p. 124
- 8 VIGLIAR, J. M. M. Ação civil pública, 5 e.d. São Paulo: Atlas. 2001
- 9 LEONEL, R. D. B. Manual do processo coletivo, 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- 10 FERRAZ, A. A. M. D. C. Coord. Ministério Público: instituição e processo. São Paulo: Atlas, 1999.
- 11 GUGEL, op. cit., p. 123.
- 12 FERRAZ, op. cit., p. 446.