

Saúde: Direito da Pessoa com Deficiência

Health: a Right of People With Deficiency

Ana Carolina P. Abujamra^a; Miguel Belinati Piccirillo^{b*}; Oscar Ivan Prux^c

Resumo

Este artigo trata da proteção concedida à pessoa com deficiência através do acesso ao direito à saúde. Partiu-se da busca de um conceito minorias, bem como da análise do conceito de pessoa com deficiência. Posteriormente analisou-se a proteção constitucional da pessoa com deficiência, considerando os princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana e do direito à igualdade.

Verificou-se ainda o conceito de saúde, bem como o acesso das pessoas com deficiência a tal direito. Entendeu-se por essencial uma postura crítica em relação à regulamentação dada pelo legislador ao tema proposto.

Palavras-chave: Dignidade. Igualdade. Pessoa com deficiência. Saúde.

Abstract

This article is about the protection given to people with deficiency through the access to the right to health care. The concept of minority was searched, and the concept of person with deficiency was also analyzed. Lately, the constitutional protection towards the person with deficiency was analyzed as well, considering the fundamental principles of human dignity and the right to equality.

The concept of health was verified too, and also the access of deficient people to such right. It was understood that it is essential to have a critical attitude in relation to the rules given by the legislature to the theme here proposed.

Key-words: Dignity. Equality. Person with deficiency. Health.

^a Mestranda em Direito Constitucional - Instituição Toledo de Ensino de Bauru (ITE). E-mail: anacarolabujamra@yahoo.com.br.

^b Mestre em Direito. Instituição Toledo de Ensino de Bauru, (ITE). Docente da Universidade Norte do Paraná (UNOPAR) E-mail: miguel.belinati@unopar.br

^c Doutor em Direito das Relações Sociais. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Docente da Universidade Norte do Paraná (UNOPAR). E-mail: prux@uol.com.br

* Endereço para correspondência: São Francisco de Assis, 195, Centro, Apto 21, Londrina - PR, CEP: 86020-510.

1 Introdução

A Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) reservou lugar de destaque para a saúde. Aqui entendida, conforme a Organização Mundial de Saúde – OMS, como o completo bem estar físico, mental e espiritual do homem, e não apenas como a ausência de afecções e doenças, tratando-a, de modo inédito, no constitucionalismo pátrio, como verdadeiro direito fundamental¹.

Qualificar um dado direito como fundamental, não significa apenas atribuir-lhe importância meramente retórica, destituída de qualquer consequência jurídica. Pelo contrário, a constitucionalização do direito à saúde acarretou aumento formal e material de sua força normativa, com inúmeras consequências práticas daí advindas, sobretudo no que se refere à sua efetividade, aqui considerada como materialização da norma no mundo dos fatos, realização do direito, desempenho

concreto de sua função social, aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social (BARROSO, 1996).

2 Minorias

Vivemos em uma sociedade marcada por profundas e intensas desigualdades, na qual pessoas que por vários motivos são impedidas de se autodeterminarem. Estas são as chamadas minorias, indivíduos vulneráveis que se encontram desprivilegiadas na sociedade. Cabe destacar que, ao contrário do que possa parecer, em alguns casos, as minorias são numericamente majorias.

Estamos a falar das minorias no sentido político, ou seja, grupos de pessoas que se encontram em situação de desvantagem, que sofrem com a falta de oportunidades, opressão política, exploração econômica ou qualquer tipo de discriminação.

As minorias, portanto, devem ter ações voltadas à sua inclusão na sociedade, ou seja, deve ser garantido a essas, igualdade a fim de possibilitar o efetivo exercício de seus direitos, primando-se assim, pela dignidade da pessoa humana. É o caso das pessoas com deficiência que, em virtude de preconceito ou de tratamento não adequado, são tidos, no mais das vezes, como incapazes ou dignos de pena.

1 Art. 196, da CF/88: A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (BRASIL, 1988).

2.1 Do conceito de pessoa com deficiência

Primeiramente, como conceituar pessoas com deficiência? Não obstante tantas conceituações ou designações para a questão deficiência, aquela que mais adequada é justamente a adotada nos dias de hoje, após a ratificação da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, qual seja, *pessoa com deficiência*, justamente porque sobrepõe, antes mesmo de deficiência, o termo pessoa.

Sob o aspecto prático, a definição foi dada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas - ONU, na data de 09/12/1975, por meio da resolução n. 3.447 que estabelece como deficiente:

[...] qualquer pessoa incapaz de assegurar por si mesma, total ou parcialmente, as necessidades de uma vida individual ou social normal, em decorrência de uma deficiência, congênita ou não, em suas capacidades físicas ou mentais.

A Convenção de Guatemala estabeleceu no art. 1º que traz:

O termo deficiência significa uma restrição física, mental ou sensorial, de natureza permanente ou transitória, que limita a capacidade de exercer uma ou mais atividades essenciais da vida diária, causada ou agravada pelo ambiente econômico e social.

Sociologicamente falando, considerando a integração da pessoa com deficiência na vida em sociedade, tem-se que a deficiência não se basta pelos aspectos físicos, mentais, sensoriais ou motores que indicam a falta ou falha, mas sim, pela dificuldade do relacionamento social (ARAÚJO, 1997).

A OMS² no contexto da experiência em matéria de saúde distingue deficiência, incapacidade e invalidez. Assim, “Deficiência” seria toda perda ou anomalia de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica; “Incapacidade” toda restrição ou ausência (devido a uma deficiência), para realizar atividade de forma ou dentro dos parâmetros considerados normais para o ser humano; e, “Invalidez”, corresponde à situação desvantajosa para determinado indivíduo, em consequência de uma deficiência ou incapacidade que limita ou impede o desempenho de uma função normal no seu caso (levando-se em conta a idade, o sexo e fatores sociais e culturais).

Portanto, a incapacidade existe em função da relação entre as pessoas com deficiência e o seu ambiente e ocorre quando essas pessoas se deparam com barreiras culturais, físicas ou sociais que impedem o seu acesso aos diversos sistemas da sociedade que se encontram à disposição dos demais cidadãos. Desta forma, a “incapacidade” é a perda ou a limitação das oportunidades de participar da vida em igualdade de condições com os demais.

As pessoas com deficiência não constituem grupo homogêneo, vez que, por exemplo, as pessoas com enfermidades ou deficiências mentais, visuais, auditivas

ou da fala, as que têm mobilidade restrita ou as chamadas “deficiências orgânicas”, todas elas enfrentam barreiras diferentes, de natureza diferente e que devem ser superadas de modos diferentes.

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, ratificada a pouco pelo Brasil, define em seu art. 1º (propósito) que:

Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas (BRASIL, 2007).

Fora a ratificação da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, ocorrida em 10 de julho de 2008, temos a Lei 10.098, de 19 de dezembro de 2000, que trata das normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida, afirma que essas últimas são as pessoas que temporária ou permanentemente têm limitada sua capacidade de relacionar-se com o meio e de utilizá-lo (art. 2º, III) (BRASIL, 2000)

O maior problema não é conceituar a pessoa com deficiência, mas sim a discriminação que passam diariamente. Enquanto a humanidade não os enxergar como pessoas humanas, independentemente de sua condição física ou mental, para muitos, os “deficientes” vão continuar sendo a representação da pessoa (ou coisa) que estorva. É uma pena!

2.2 A proteção constitucional das pessoas com deficiência

Uma das grandes preocupações em relação à necessidade de efetivação da dignidade da pessoa humana e, conseqüentemente, da concretização do princípio da igualdade no seio social, diz respeito às minorias. As quais, seja em razão de apresentarem comportamento diferenciado daquele normalmente experimentado por determinada comunidade, seja em razão de não ostentarem as mesmas características físicas e psíquicas verificadas na maioria dos indivíduos, sofrem os mais diversos tipos de discriminação e de exclusão. Sendo, inclusive, expungidas injustamente do benefício resultante do exercício de direitos que, ao menos em tese, se mostram pertencentes a qualquer cidadão.

Conforme preconiza o mestre luso Eira (*apud* ARAÚJO, 1997, p.122).

[...] os deficientes fazem parte de uma minoria – cerca de 10% da população de qualquer Estado, dizem as estatísticas nos Países onde as há – e como uma minoria que é, sofre toda uma discriminação por parte da maioria, brutal, por vezes, e que jamais pensa que muitos deles serão também eles, Deficientes, pois o grosso destes antes de o serem eram escorregados, e que constrói uma imagem negativa e pré-concebida, a mais vulgar das quais é a ideia de improdutividade que se generalizou e

2 International Classification of Impairments, Disabilities, and Handicaps (ICIDH), Organização Mundial da Saúde, Genebra, 1980.

que contraria todos os estudos feitos sobre o assunto (é que Deficiente não sofre da síndrome das segundas e sextas-feiras: às segundas-feiras não descansa no seu local de trabalho de um fim-de-semana estourante, nem às sextas-feiras está ansioso pelo fim do dia para o início de um fim-de-semana em 'beleza', saindo mais cedo do emprego).

Nesse quadro, inegavelmente estão inseridas as pessoas com deficiência, que diante de características peculiares estão a merecer precípua atenção protetiva e observadora das entidades estatais, a fim de que, realmente, seja concretizado o já mencionado princípio da igualdade.

A atividade protetiva outrora almejada encontrou sábia positividade e manso recanto na Constituição Federal de 1988, pois, em tendo a problemática, adquirido *status* basililar, toda a normatização infraconstitucional deve-lhe irrestrita e inafastável obediência. Todavia, alerta Araújo (1997, p. 42)

[...] a análise da proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência deve ser permeada do estudo da eficácia, sob pena de tratarmos o tema sem a devida profundidade, apenas enumerando dispositivos. A força dos dispositivos, seus efeitos mediatos ou imediatos devem ser averiguados, para permitir a utilização correta do instrumental constitucional colocado em favor do grupo de indivíduos em foco.

Nesse caminho, vale deixar consignado que já se entre mostra bastante sedimentada a assertiva de que toda e qualquer norma constitucional é dotada de eficácia. Pois, não seria lógico, do ponto de vista jurídico, que a Lei Suprema de uma sociedade politicamente organizada contivesse regramentos e princípios não dotados de juridicidade, circunstância essa que nos leva a conclusão de que até mesmo as chamadas normas constitucionais programáticas, não obstante na maioria das vezes, apenas indicarem esquema de atuação para os órgãos públicos existentes, possuem caráter preceptivo como quaisquer outras.

Nesse diapasão, e ao comentar a questão atinente à problemática da eficácia das normas constitucionais programáticas, Barroso (1996, p. 72) pondera que:

De regra, como qualquer outra norma, elas contêm um mandamento, uma prescrição, uma ordem, com força jurídica e não apenas moral. Logo, a sua não observância há de deflagrar um mecanismo próprio de coação, de cumprimento forçado, apto a garantir-lhe a imperatividade, inclusive pelo estabelecimento das consequências da insubmissão ao seu comando. As disposições constitucionais não são apenas normas jurídicas, como têm um caráter hierarquicamente superior, não obstante a paradoxal equivocidade que longamente campeou nesta matéria, considerando-se prescrições desprovidas de sanção, mero ideário jurídico.

Em face de tais fatos e fundamentos, ou seja, partindo-se da premissa de que não existe norma constitucional destituída de eficácia, temos que estas sempre apresentam e constituem

efeitos no campo jurídico.

Todavia, há que se ponderar como adverte Silva (2008, p. 81-82),

[...] a eficácia de certas normas constitucionais não se manifesta na plenitude dos efeitos jurídicos pretendidos pelo constituinte enquanto não se admitir uma normação jurídica ordinária ou complementar executória, prevista ou requerida.

Assim, existe a necessidade de norma infraconstitucional para que haja efetividade do pretendido pelo constituinte, e, o Brasil tem procurado fazê-lo, contudo, esbarrando quase sempre em problemas como: políticas públicas, educação e conscientização dos cidadãos de que uma pessoa com deficiência tem tanto ou mais direitos.

Por fim, se fizer um giro pela Carta de 1988, pode-se notar que esta trouxe significativo avanço no tocante ao princípio da igualdade, e, principalmente na busca da efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana. Visando à redução das desigualdades de fato, através do tratamento diferenciado àqueles que se encontram em circunstâncias de desigualdade e procurando integrar à sociedade a pessoa com deficiência, e, devendo, inclusive, proporcionar-lhes tratamentos médicos, consultas, internações, de forma mais adequada, mais digna!

3 Do Princípio Dignidade da Pessoa Humana

Na atualidade, a dignidade da pessoa humana constitui requisito essencial e inafastável da ordem jurídico-constitucional de qualquer Estado que se pretende Democrático de Direito, e, por óbvio que as pessoas com deficiência, quiçá, principalmente elas, devem tê-lo reconhecido e exercido.

Etimologicamente, 'dignidade' "vem do latim *dignitatem*, do italiano *degnità*, do francês *dignité*, do espanhol *dignidad*, significando decoro, nobreza, compostura, respeitabilidade" (BUENO, 1963, p.1018). Todavia, a dignidade não é só um valor intrínseco do ser humano e muito menos exclusivo do ordenamento constitucional brasileiro.

Seguindo a tendência do constitucionalismo contemporâneo, a Constituição Federal de 1988 incorporou, expressamente, ao seu texto, o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III) – como seu valor supremo³ –, definindo-o como fundamento da República e do Estado Democrático de Direito e dos Direitos fundamentais.

Vinte anos após a promulgação da Constituição, presenciavam-se, diariamente, situações em que a dignidade da pessoa humana é malferida. Não apenas pela violência direta em que há o repúdio da sociedade, mas, principalmente, pela formas veladas como: preconceito, racismo e, acima de tudo, pela miséria em que vivem milhões de pessoas desprovidas das condições mínimas de sobrevivência.

Ensina Sarlet (2002, p. 47) que

3 Os princípios constitucionais fundamentais expressos ou positivados no art. 1º da Constituição Federal ensinam José Afonso da Silva (1997, p. 96), devem ser considerados princípios estruturantes ou fundamentadores por expressarem decisões políticas fundamentais do Constituinte com relação à estrutura básica do Estado e as ideias e valores utilizados como parâmetros.

É justamente neste sentido que assume particular relevância a constatação de que a dignidade da pessoa humana é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais e, no nosso sentir, da comunidade em geral, de todos e de cada um, condição *dúplice*⁴ esta que também aponta para uma paralela e conexa dimensão defensiva e prestacional da dignidade.

Deve-se, contudo, ter cuidado, pois a pessoa não pode e não deve ser tratada como reflexo da ordem jurídica. Deve constituir o seu objetivo supremo, sendo que na relação entre o indivíduo e o Estado, há presunção a favor do ser humano e da sua personalidade, vez que o Estado existe para o homem e não o homem para o Estado.

Ao se tratar tal valor positivado, como princípio, este deverá ser ponderado, ou seja, deverá ser aplicado na medida do possível; agora, se for entendido como regra, esta deverá ser tratada diante da conhecida expressão afeta ao jogo do tudo ou nada⁵.

Portanto, se da observação do princípio da dignidade da pessoa humana resultam consequências dentro do próprio sistema constitucional, dispensável é reafirmar a importância desse valor como fonte integradora e hermenêutica de todo o ordenamento jurídico brasileiro e latino-americano e não apenas dos direitos e garantias fundamentais⁶.

Mesmo sendo impossível atribuir-lhe conceito fixo e imutável, não há dúvidas que a sua aplicação, em casos concretos, é inafastável, principalmente, quando noticiados desrespeitos à vida, integridade física e psíquica, falta de oferecimento de condições mínimas que garantam existência digna, limitação da liberdade ou a promoção da desigualdade ou, pior, nos casos em que direitos fundamentais estejam flagrantemente sendo afrontados ou desconsiderados.

A correta interpretação desse princípio leva à concretização de valores superiores, direitos e garantias fundamentais, inalienáveis e irrenunciáveis por qualquer ser humano. Pode-se, então, concluir que, por se tratar de princípio ético, de inquestionável inafastabilidade, é vinculante dos poderes estatais e qualquer norma constitucional ou infraconstitucional que lhe contrarie padece de inegável ilegitimidade e deve ser afastada de plano do ordenamento jurídico.

Por fim, deve-se ressaltar que, por força de sua dimensão intersubjetiva, o princípio da dignidade da pessoa humana

cria dever geral de respeito de todos os seres humanos, com relação a seus semelhantes, isolada ou coletivamente. Afetando a todos indistintamente, intérpretes jurídicos ou não do sistema constitucional⁷, indiferente de estar expresso ou não no ordenamento jurídico, exercendo sua força soberana.

4 Do Princípio da Igualdade

A proteção ao grupo de pessoas com deficiência decorre do respeito ao princípio da igualdade, dado que é preciso considerar as limitações e diferenças para que as pessoas possam ser incluídas na sociedade, e isto requer atenção especial por parte do legislador.

O princípio da igualdade hoje é norteador do Estado Democrático de Direito, por isso deve-se grande atenção a ele. No passado foi discutido por vários filósofos, destacando-se as ideias de Rousseau, que defendia que, embora todos tivessem diferenças de ordem natural (físicas) deveriam ser tratados como iguais na sociedade.

A partir do século XVIII começou-se a reconhecer direitos que são inerentes à qualidade do ser humano, como: liberdade, igualdade e fraternidade. A Revolução Francesa teve especial participação no reconhecimento destes direitos, uma vez que, dela se originou a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, que contribuiu para a predominância de nova consciência humana.

Sendo visto somente pelo aspecto formal, ou seja, a igualdade sendo reconhecida somente na lei, não era e não é suficiente para eliminar as desigualdades no plano real, tão pouco para efetivar os direitos de todos os homens.

Consequentemente não se podia ter uma sociedade justa, livre e igualitária, o que ainda hoje ocorre, porém, há que se ter estes princípios em mente e lutar pela sua real concretização a fim de que todos possam realmente ser iguais, tanto formal, como materialmente.

A Constituição Federal de 1988, chamada de cidadã, expressa claramente seu compromisso de assegurar os direitos sociais e individuais, representando assim perspectiva de nova história, como bem afirma Streck (2004, p.15):

[...] sendo a Constituição brasileira, pois, uma Constituição social, dirigente e compromissária – conforme o conceito

4 São condições *dúplices* da dignidade da pessoa humana, segundo o autor, a função defensiva e prestacional.

5 acincho (2006 p. 133-134): “[...] Ao assumirmos a condição da dignidade como princípio, estamos enquadrando-a numa das concepções já anteriormente exaradas. Desse modo, a dignidade humana consubstancia-se como um comando de otimização que dependerá das possibilidades fáticas e jurídicas – sendo estas os espaços vazios deixado pelos princípios que se lhe contrapõem – para prevalecer, pelo menos em tese. Note-se que o entrechoque de princípios outros com a dignidade humana vai ensejar – pelo menos teoricamente – a ponderação de bens e interesses constitucionalmente protegidos, determinando a prevalência de um sobre o outro, pelo menos na situação concreta determinada. Ao se considerar que a dignidade humana é expressa não apenas através de um princípio, assim como também, de regras, a solução para o conflito se avizinha mais clara. Afinal, a dignidade como regra, que conflita com outra regra, que não componha o conteúdo da dignidade, gera a aplicação da máxima do **tudo ou nada**. Vale dizer que o conflito de regras se soluciona no âmbito da validade, enquanto que a colisão de princípios, no âmbito do peso [...]”.

6 Nunes (2002, p.50-51) “[...] está mais do que na hora de o operador do Direito passar a gerir sua atuação social pautado no princípio fundamental estampado no Texto Constitucional. Aliás, é um verdadeiro supraprincípio constitucional que ilumina todos os demais princípios e normas constitucionais e infraconstitucionais. E por isso não pode o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana ser desconsiderado em nenhum ato de interpretação, aplicação ou criação de normas jurídicas [...]”.

7 Häberle (1997, p.13) “[...] No processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição [...]”.

que a doutrina constitucional contemporânea cunhou e que já faz parte da tradição -, é absolutamente lógico afirmar que o seu conteúdo está voltado/dirigido para o resgate das promessas da modernidade. Daí por que o Direito, enquanto legado da modernidade – até porque temos (formalmente) uma Constituição democrática – deve ser visto, hoje, como um campo necessário de luta para implantação das processas modernas (igualdade, justiça social, respeito aos direitos fundamentais, etc.). Desse modo, levando em conta a relevante circunstância de que o Direito adquire foros de maioria nessa quadra da história, de pronto deve ficar claro que não se pode confundir Direito positivo com positivismo, dogmática jurídica com dogmatismo, e, tampouco, se pode cair no erro de opor a crítica (ou “o” discurso crítico) à dogmática jurídica.

Neste contexto, o princípio da igualdade tem grande importância, uma vez que confere aos cidadãos o direito de ter direitos iguais e de serem efetivamente iguais, podendo assim participar das decisões sociais, que é imperativo da democracia, bem como dos Direitos Humanos.

Tal princípio tem como destinatário o legislador, dado que é obrigação dele legislar de acordo com a isonomia, o que permite a discriminação positiva.

Bandeira de Mello (2003, p. 10) explica:

A Lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos. Este é o conteúdo político-ideológico absorvido pelo princípio da isonomia e juridicizado pelos textos constitucionais em geral, ou de todo modo assimilado pelos sistemas normativos vigentes.

Em suma: dúvida não padece que, ao se cumprir uma lei, todos os abrangidos por ela hão de receber tratamento parificado, sendo certo, ainda, que ao próprio ditame legal é interdito deferir disciplinas diversas para situações equivalentes.

A discriminação positiva consiste em conferir tratamento diferenciado às minorias com vistas ao equilíbrio das relações e à inclusão social. Isto implica em conhecer estas minorias. Gomes (2001, p. 21-22) trata das hipóteses de discriminação legítima, a saber:

Em algumas situações especiais, porém, o tratamento discriminatório é chancelado pelo Direito. São situações em que a discriminação se reveste do caráter de inevitabilidade, seja em razão das exigências especiais do tipo de atividade, que exclui por princípio e com boa dose de razoabilidade certas categorias de pessoas, seja em função de características pessoais das pessoas envolvidas [...].

[...] A segunda forma de discriminação tida como juridicamente admissível é a chamada ‘Discriminação Positiva’ (*‘reverse discrimination’*) ou ação afirmativa. Consiste em dar tratamento preferencial a um grupo historicamente discriminado, de modo a inseri-lo no *‘mainstream’*, impedindo assim que o princípio da igualdade formal, expresso em leis neutras que não levam em consideração os fatores de natureza cultural e histórica, funcione na prática como mecanismo perpetuador da desigualdade.

O legislador deve verificar os elementos que causam discriminações na sociedade e criar norma voltada para igualar

as pessoas afetadas pela situação tida como discriminatória. Para tanto deve pautar-se em critérios, os quais Bandeira de Mello (2003, p.21), explica:

o elemento tomado como fator de desigualação, a correlação lógica abstrata existente entre o elemento e a disparidade conferida no tratamento jurídico diferenciado, e a consonância da correlação com os interesses absorvidos no sistema constitucional.

Em relação ao fator de discriminação, ele deve residir na pessoa, na coisa ou na situação a ser discriminada, bem como não deve singularizar o indivíduo destinatário da norma, uma vez que, impede que outras pessoas possam ser beneficiadas também, o que impede a reprodução da norma.

A consonância da discriminação com os interesses constitucionais significa que, embora estejam presentes os dois elementos é preciso haver ainda, vínculo entre o tratamento diferenciado e os interesses insculpidos na Constituição, de forma que, as vantagens conferidas prestigiem situações positivadas na Carta Magna, ou que sejam compatíveis com os interesses do ordenamento constitucional.

Neste ponto, interessante a conclusão feita por Bandeira de Mello (2003, p. 23):

[...] fica sublinhado que não basta a exigência de pressupostos fáticos diversos para que a lei distinga situações sem ofensa à isonomia. Também não é suficiente o poder-se arguir fundamento racional, pois não é qualquer fundamento lógico que autoriza desequiparar, mas tão-só aquele que se orienta na linha de interesses prestigiados na ordenação jurídica máxima. Fora daí ocorrerá incompatibilidade com o preceito igualitário.

Assim, deve ocorrer a implementação de medidas estatais com vistas a minorar os desníveis sociais, o que importa em uma avaliação das desigualdades que existem de forma concreta na sociedade, para que, uma vez identificados os sujeitos e as situações desiguais, possa-se conferir o devido tratamento que lhes proporcione igualdade de oportunidades.

5 O Direito a Saúde

O direito à saúde compreende tanto o direito de estar sadio quanto o de ser tratado e se preparar para a vida profissional (habilitação e reabilitação) e o direito à prevenção de doenças (direito de permanecer sadio), pelo que as políticas públicas sanitárias merecem especial destaque.

5.1 Considerações acerca do direito social a saúde

O primeiro conceito teórico-formal de saúde surgiu em 1946 com a OMS ao reconhecer a saúde como um dos direitos fundamentais do ser humano, independentemente de sua condição social ou econômica, crença religiosa ou política.

O preâmbulo da Constituição da OMS refere-se à saúde como completo bem-estar físico, mental e social e não apenas como a ausência de doenças ou outros agravos, ou seja, passou a ser incessante busca pelo equilíbrio entre influências ambientais, modos de vida e vários outros aspectos sociais.

No entanto, há de se registrar que a conceituação de saúde formulada pela OMS não satisfaz, tendo em vista que o conceito não é operacional devido à expressão “bem-estar” ser de cunho altamente subjetivo de difícil quantificação.

A saúde não pode e não deve ser conceituada como algo estático, pois faz parte de um sistema social, devendo ser implementada mediante prestações positivas do Estado; sob o enfoque sistêmico, não pode dissociar-se do conceito de qualidade de vida e de interligar-se com vários outros direitos que influirão no seu conceito⁸.

A Constituição Federal de 1988, de caráter eminentemente social, reconhece em seu art. 6º a saúde como um direito social fundamental, que exige do Estado prestações positivas no sentido de efetivá-la, sob pena de ineficácia de seu exercício, pois a saúde precisa de implementação por meios de políticas públicas sociais e econômicas (BRASIL, 1998).

Assim, com base na moderna doutrina jurídica e para fins de aplicação do art. 196 da Constituição Federal de 1988, pode-se conceituar a saúde como processo sistêmico destinado a promover o bem-estar físico, psíquico e social, assim como melhorar a qualidade de vida de cada pessoa dentro da realidade social em que se encontra inserida.

No sistema sanitário brasileiro, a saúde é direito fundamental do homem, configurando-se em bem jurídico tutelado através de um conjunto de regras e princípios, destinados a dar eficácia imediata e auto-aplicabilidade ao art. 196 da Constituição dirigente, conforme o estatuído no art. 5º, § 1º, da CF/88 (BRASIL, 1998).

Comungando com o pensamento de Bonavides (1996), entende-se que a saúde como direito social elencada no Capítulo II, Título II, da CF/88, que trata dos direitos e garantias fundamentais, encontra-se sob a égide dos direitos fundamentais do homem, tendo em vista que os mesmos receberam em nosso direito constitucional positivo garantia tão elevada e reforçada que lhes faz legítima a sua inserção no âmbito constitucional da expressão *direitos e garantias individuais*.

Correlacionando o direito à saúde com o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à vida, Sarlet (2003, p. 313) sustenta que:

Em que pese a inequívoca relevância das posições jurídico-fundamentais, é no âmbito do direito à saúde, igualmente integrante do sistema de proteção da seguridade social (juntamente com a previdência e a assistência social), que se manifesta de forma mais contundente a vinculação do seu objeto (prestações materiais na esfera da assistência médica e hospitalar), como direito à vida e ao princípio da dignidade da pessoa humana.

A saúde, na condição de direito fundamental, é também dever do Estado, pois, o Poder Público está obrigado na

efetivação desse direito por meio de prestações positivas essencialmente necessárias para a proteção da vida humana.

No âmbito da fundamentalidade formal do direito à saúde, a Constituição Federal/88 outorgou às normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais aplicação imediata (art. 5º, § 1º). Conferindo-lhes especialmente normatividade reforçada que não mais se encontram na dependência da concretização pelo legislador infraconstitucional, para que possam vir a gerar a plenitude de seus efeitos, pois atualmente não mais se trata em direitos fundamentais na medida da lei, mas sim, em leis na medida dos direitos fundamentais (MIRANDA, 2000).

As normas definidoras de direitos fundamentais, além de aplicáveis a todos os direitos fundamentais, apresentam caráter de normas-princípios, pois delas podem ser extraídos os efeitos jurídicos necessários para a efetivação do direito à saúde, pois do contrário, os direitos fundamentais se limitariam a ficar na esfera da disponibilidade dos órgãos estatais.

O direito à saúde, expresso no art. 196 da CF/88, por ser fundamental à dignidade e à vida da pessoa humana, não pode ser interpretado como mera norma programática, que se limita a traçar princípios, objetivos e programas visando à realização dos fins sociais do Estado, posto que frustra e limita o caráter pluralista, dirigente e principiológico da Carta Política, cujo objetivo direciona-se para a concretização de justiça social que legitime o Estado Democrático de Direito (art. 3º, da CF/88) (BRASIL, 1998).

É também auto-aplicável, face à presença em nosso ordenamento jurídico positivo de regras que lhes conferem efetividade. Não somente o texto constitucional que a consagra como direito fundamental, pois a legislação infraconstitucional, especialmente através da Lei Orgânica da Saúde (Lei nº 8080/90), em seu art. 2º, assinala expressamente que a saúde é direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

O art. 2º, § 1º da Lei nº 8080/90 preconiza claramente que é dever do Estado garantir o direito à saúde mediante a formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução dos riscos de doenças e outros agravos; e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

5.2 Direito a saúde como direito subjetivo

O artigo 196 da Constituição Federal de 1988, como direito subjetivo, ou melhor, como direito subjetivo positivo, estaria a permitir que um indivíduo acometido por alguma doença grave, pessoa com deficiência acionar o Estado (entenda-se todas as esferas: União, Estados, Municípios, e, Distrito Federal) para obter medicamentos ou tratamento adequado?

⁸ Cabe destacar que nos países subdesenvolvidos, o problema com a saúde, apresenta-se bastante nítido, onde a desigualdade social, que lança seus raios de ação em todas as esferas da sociedade, faz com que a classe mais pobre sofra com doenças da miséria, tais como: febre amarela, cólera, malária, dengue, e não tenha acesso aos tratamentos disponíveis em tempo hábil.

O conceito originário de direitos subjetivos, de cunho exclusivamente privado, se mostra insuficiente para veicular toda e qualquer pretensão que envolva direitos metaindividuais na sociedade contemporânea, sendo, também, inadequado sob o ponto de vista constitucional.

A resposta à indagação acima formulada – se a norma do artigo 196 da Constituição de 1988 traduz-se em direito subjetivo – é positiva, considerando a nova conceituação de direitos subjetivos trazido com a evolução das relações sociais e a adoção do conceito pragmático de direito subjetivo, em quais os custos devem ser trazidos para dentro do conceito de direito subjetivo.

No que tange ao direito à saúde, cabe reconhecê-lo como sendo verdadeiro direito subjetivo público positivo e individual a prestações materiais, deduzidos diretamente da Constituição, ainda que limitado ao mínimo necessário para a proteção da vida humana. A positivação de direitos fundamentais é fruto do Estado Liberal, que sabiamente desprezava o tema da eficácia dos direitos sociais e valorizava apenas os direitos de liberdade de fruição imediata.

O que o faz revelar-se como direito subjetivo é a imperatividade da norma constitucional, no que tange a determinação específica de dever jurídico para alcançar o objetivo da norma, isto é, dever relacionado ao conteúdo da prestação que é dever do Estado. Tal dever, se não prestado, pode ser exigido, juridicamente, através de mecanismos processuais, podendo-se citar, como exemplo, os mandados de segurança impetrados para assegurar o fornecimento de medicamentos, aos que não têm acesso à rede particular.

Reforce-se que há casos nos quais a intervenção do Judiciário em face da omissão inconstitucional das demais esferas do Poder, em muitas das vezes, se converte na última saída para amenizar a sofrida situação das classes menos abastecidas de nosso País, que buscavam na atuação política de seus representantes a possibilidade de bem-estar e foram frustrados pela inércia social que tomou conta de nossas autoridades.

Insta acentuar, por oportuno, que o presente estudo não pretende legitimar ou referendar a banalização de acesso ao Judiciário, de modo meramente egoístico ou individualista, em detrimento da coletividade; todavia, não há como se descurar do fato de que, a partir do momento em que se enfeixa a dignidade humana, como viga-mestra do sistema jurídico, não se pode deixar correr ao largo à concretização de tudo aquilo que se mostra inerente e coerente com sua dicção.

Assim, não há como se descurar que o Judiciário pró-

ativo, por óbvio, também encontra limitação de atuação nos ditames do texto constitucional republicano⁹, de modo que não se pode confundir complementação de lacunas ou obscuridades com verdadeira criação inovadora de dispositivos, efeitos e contingências que até então não se mostravam presentes no seio do ordenamento jurídico pátrio, sob pena de manifesta infringência ao conclamado princípio da separação das funções do Poder, plasmado no artigo 2.º do texto constitucional brasileiro¹⁰.

Desta feita, e no intuito de que a atuação judicial ativa não ultrapasse os limites e espaços que lhe são inerentes, ou seja, quando se mostra necessária sua autocontenção, mister se faz dar espaço ao princípio da reserva de consistência, cujo vetor está a impedir o juiz, de que instância for, de criar, desenvolver e aplicar preceitos ditos constitucionais que não se encontrem expressamente presentes no bojo da Lei Maior, bem como daquelas que, embora existentes, demandem a elaboração de projetos legislativos de certa complexidade.

Outro mecanismo de suavização da atuação judicial ativa se encontra no direito comparado germânico, mais precisamente na chamada *Appellentscheidung* (apelo ao legislador), onde o Poder Judiciário notifica e fixa lapso temporal, a fim de que o Poder Legislativo tome as medidas necessárias a uma rápida e eficaz revisitação e alteração de uma determinada norma, sob pena de, em assim não agindo, declarar a sua inconstitucionalidade e sua substituição por uma decisão judicial.

5.3 O Direito a saúde e as pessoas com deficiência

Como dito alhures, o direito à saúde é um direito fundamental social, assegurado pela Constituição Federal, de aplicabilidade imediata, e, que abrange a todos, independentemente de credo, cor, condição econômica.

Neste item, procurar-se-á trazer os direitos assegurados às pessoas com deficiência referente ao direito à saúde, diante das leis infraconstitucionais existentes no Brasil e a Convenção sobre Direitos da Pessoa com Deficiência ratificada:

a) toda pessoa com deficiência tem o direito de receber informações do médico sobre sua deficiência, inclusive das consequências que esta acarreta, também no que tange aos cuidados que deve ter consigo, notadamente no que se refere à questão do planejamento familiar, às doenças do metabolismo e seu diagnóstico e ao encaminhamento precoce de outras doenças causadoras de deficiência¹¹.

9 FREIRE JÚNIOR (2005, p. 119): “[...] a necessidade de uma atuação efetiva do Judiciário em prol da materialização das esperanças constitucionais. Cabe ponderar que, por óbvio, o ativismo judicial não será, de per si, panacéia para toda e qualquer violação de direitos existentes na face da terra. Por outro lado, não podem os juizes também, a pretexto de interpretar e efetivar a Constituição, utilizar seus subjetivismos disfarçados de interpretação constitucional [...]”.

10 SLAIBI FILHO (2004, p. 622) “[...] as funções estatais são interdependentes, dispondo de autonomia na realização da atividade que a Constituição lhe defere, pois vale o brocardo de que somente o poder segura o poder: le Pouvoir arrête le Pouvoir (o poder segura o poder). Diz o enunciado 339 da Súmula da Jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal: Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob o fundamento da isonomia [...]”.

11 Art.2º, parágrafo único, inciso II, da Lei Federal n.º 7.853/89, art.25, alínea ‘a’ da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

b) no que reporta à habilitação ou reabilitação da pessoa com deficiência, temos que o Poder Público está obrigado a fornecer uma rede de serviços especializada, bem como garantir o acesso nos estabelecimentos de saúde público e privado¹², ainda quando necessária a internação do deficiente por período igual ou superior a um ano. Deverá este receber atendimento pedagógico, com intuito de assegurar sua inclusão ou manutenção no processo educacional.¹³

c) a pessoa com deficiência física grave tem o direito de ser atendido em domicílio, não necessitando se dirigir pessoalmente ao hospital ou posto de saúde, ainda se não houver serviço de saúde em seu município deverá ser encaminhado ao mais próximo que tenha a estrutura hospitalar adequada para seu tratamento.¹⁴

d) os órgãos responsáveis devem dispensar a eles tratamento prioritário e adequados, inclusive criando rede de serviços regionalizados, descentralizados e hierarquizados.¹⁵

e) se a deficiência for física, a pessoa com deficiência terá direito a obter, gratuitamente, órteses e próteses (auditivas, visuais e físicas) junto às autoridades de saúde (Federais, Estaduais ou Municipais) a fim de compensar suas limitações nas funções motoras, sensoriais ou mentais, garantindo-lhe a acessibilidade, e, como consequência sua inclusão social.¹⁶

f) o fornecimento de medicamentos necessários ao tratamento deverá ser gratuito, se não o for, há a possibilidade, como já comentado, de se acionar o Judiciário, para que o direito à saúde e a uma vida digna seja exercido em sua plenitude.¹⁷

g) independentemente da deficiência apresentada, esta não poderá ser impedimento de participação nos planos ou seguros privados de assistência à saúde.¹⁸

Desta forma, resta evidente que as pessoas com deficiência têm o direito à saúde assegurado e, como tal, cabe ao Estado, instituir melhorias para que este direito seja efetivado na prática, sob pena de ferir a Constituição Federal e a Convenção ratificada, que por se tratar de Direitos do Homem, integrou nosso sistema com força de Emenda Constitucional.

Primar pela saúde das pessoas com deficiência é cumprir com os ditames constitucionais e garantir-lhes uma vida digna, qualificando-os para a vida em sociedade.

6 Considerações Finais

Não se pode negar que, atualmente e principalmente em países que enfrentam grandes e graves problemas sociais, como no caso brasileiro, o papel do Estado não poderá ser

relegado ao de mero espectador dos acontecimentos, fiando-se, para isso, meramente na concessão, aos seus cidadãos, da chamada igualdade formal, ou seja, na premissa de que, do ponto de vista abstrato, genérico e frio dos textos normativos existentes, todos são iguais, sem qualquer espécie de distinção ou discriminação.

Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas.

O tratamento muitas vezes despendido a elas afronta totalmente o princípio basilar constitucional da dignidade da pessoa humana, e, o da igualdade, principalmente no campo da saúde, onde o atendimento, embora assegurado por leis, está e o é precário, defasado ou mal feito, ferindo o exercício de direitos, que, ao menos em tese, se mostram pertencentes a qualquer cidadão.

No que tange ao direito à saúde, deve-se lembrar que compreende tanto o direito de estar sadio quanto o de ser tratado e se preparar para a vida profissional (habilitação e reabilitação) e o direito à prevenção de doenças (direito de permanecer sadio).

A saúde é um direito fundamental do homem, de eficácia imediata e auto-aplicável, é também um dever do Estado, pois, o Poder Público está obrigado na efetivação desse direito por meio de prestações positivas essencialmente necessárias para a proteção da vida humana.

Não resta dúvida, de que há uma política social de proteção à pessoa portadora de deficiência pelo Estado Brasileiro, que se mostra alerta às consequências nocivas da política econômica neoliberal que adota, para um país como o nosso: agravamento das desigualdades sociais, regionais e sub-regionais, pelo desemprego e descapitalização do trabalhador que determinariam o travamento e quiçá o declínio desse sistema neoliberal, determinando sua falência, se não houvesse o socorro aos hipossuficientes. De outro lado, tais políticas tornam mais aceitáveis todas as concessões que se tem que fazer em prol dos interesses desse sistema capitalista acelerado (privatizações, desregulação, Estado mínimo), como forma de compensação.

É bom pensar, porém, que a adoção de políticas sociais, como essa política nacional de integração da pessoa portadora de deficiência, tem um cunho altamente humanístico, de reconhecimento, defesa e proteção dos direitos sociais

12 O art. 2º parágrafo único, alíneas “c” e “d” da Lei Federal n.º 7.853/89; arts. 17, 18, 21 e 22 do Decreto Federal 3.298/99 e art. 89 da Lei Federal n.º 8.213 de 8 de dezembro de 1991 e art. 25, alínea ‘a’ da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

13 Art. 26, do Decreto n.º 3.298/99

14 Art. 2º, inciso II, alínea “e”, da Lei Federal n.º 7.853/89, e pelo art. 16, inciso V, do Decreto Federal n.º 3.298/99, art. 25, alíneas ‘c’ e ‘d’ da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

15 O art. 16, inciso III, do Decreto Federal n.º 3.298/99, art. 25, alíneas ‘d’ e ‘f’ da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

16 Arts. 18, 19 e 20 do Dec. 3.298/99, art. 25, caput, da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

17 Art. 25, alínea ‘a’ da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

18 Art. 14, da Lei Federal n.º 9.656/98 de 03 de junho de 1998, art. 25, alínea ‘e’ da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

fundamentais, que tomando o homem como integrante de uma comunidade reconhece-lhe direitos e oferece condições para que os exerça.

Com a ratificação da Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência, pelo Brasil, entende-se que houve, por parte do legislador, uma maior conscientização/ humanização e respeito à igualdade, supondo-se também a tolerância com as diferenças e peculiaridades de cada indivíduo. Espera-se, porém, que o Estado junto com a sociedade, consiga promover a saúde e sociabilizar a pessoa com deficiência.

Referências

- ARAUJO, L.A.D. Proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência. 2. ed. Brasília: Corde, 1997.
- BANDEIRA DE MELLO, C.A. O conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BARROSO, L.R. O Direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira. 3.ed. São Paulo: Renovar, 1996.
- BONAVIDES, P. Do Estado Liberal ao Estado Social. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- BRASIL. (1998). Constituição Federal. Brasília, 1998.
- _____. Lei 10.098/00. Acessibilidade das pessoas com necessidades especiais. Brasília, 2000.
- _____. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. O que é pessoa cm deficiência. Brasília: Corde, 2007.
- BUENO, F.P. *Grande dicionário etimológico prosódico da Língua Portuguesa*. São Paulo: Saraiva, 1963.
- FREIRE JÚNIOR, A.B. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- GOMES, J.B.B. Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade: o Direito como instrumento de transformação social: a experiência dos Estados Unidos. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- HÄBERLE, P. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.
- JACINTHO, J.M.M. Dignidade humana: princípio constitucional. Curitiba: Juruá Editora, 2006.
- KELSEN, H. Teoria Pura do Direito. 3. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1974.
- MANCUSO, R.C. Ação popular. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- MIRANDA, J. Manual de direito constitucional. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. tomo IV.
- MORAES, G.B.P. Dos direitos fundamentais: contribuição para uma teoria: parte geral. São Paulo: LTr, 1997.
- NALINI, J.R. Constituição e Estado Democrático. São Paulo: FTD, 1997.
- NUNES, L.A.R. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. São Paulo: Saraiva, 2002.
- TOLEDO, E.D.L.G. Neoliberalismo e Estado. In: *ASA, C.L. (Org.). Estado e políticas sociais no neoliberalismo*. 2 ed. São Paulo: Cortez, 1997.
- SARLET, I.W. A eficácia dos Direitos fundamentais. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- SERPA, J.H.R. A política, o Estado, a Constituição e os direitos fundamentais: um reexame fenomenológico. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.
- SILVA, J.A. Aplicabilidade das normas constitucionais. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- _____. *Direito urbanístico brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- SLAIBI FILHO, N. Direito constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- STRECK, L.L. Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.