

FORNECIMENTO, PELOS MUNICÍPIOS, DE TECNOLOGIAS ASSISTIVAS DE ALTO CUSTO PARA PESSOAS COM DEFICIÊNCIA: UMA DISCUSSÃO A PARTIR DA POLISSEMIA DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE

SUPPLY OF HIGH COST ASSISTANCE TECHNOLOGIES BY MUNICIPALITIES TO PEOPLE WITH DEFICIENCY: A DISCUSSION ON THE POLYSEMY OF THE EQUALITY PRINCIPLE

SUMINISTRO, POR PARTE DE LOS MUNICIPIOS, DE TECNOLOGÍAS ASISTENCIAL DE ALTO COSTO PARA PERSONAS CON DEFICIENCIA: UNA DISCUSIÓN A PARTIR DE LA POLISEMIA DEL PRINCIPIO DE LA IGUALDAD

* Doutorado em Direito pela Universitat València-Espanha (2005), diploma revalidado pela Universidade federal da Paraíba (UFPB). Professor titular da Universidade Estadual da Paraíba e do Centro Universitário de João Pessoa (UNIPE). Professora do Mestrado em Direito e Desenvolvimento do UNIPE, João Pessoa (PB), Brasil.

Flávia De Paiva Medeiros de Oliveira*

Bruno Vieira**

Paulo Henrique***

** Mestrando em Direito e Desenvolvimento pelo Centro Universitário de João Pessoa (UNIPE). Procurador do município - Procuradoria Geral do Município de João Pessoa (PB), Brasil.

***Doutorado em Direitos Humanos e Desenvolvimento pela UFPB. Professor Titular no Unipê (Centro Universitário de João Pessoa). Professor Adjunto da UFPB. Professor convidado da Esmat 13 (Escola Superior da Magistratura Trabalhista da Paraíba/Especialização Lato Sensu em Direito Material e Processual do Trabalho). Coordenador Acadêmico do PPGD/Unipê (mestrado em Direito).

SUMÁRIO: *Introdução; 2 A Polissemia do Princípio da Igualdade; 3 Tratando Desigualmente as Pessoas com Deficiência na Garantia do Acesso à Saúde; 4 O Sistema Único de Saúde para Pessoas com Deficiência; 4.1 Breve Contexto Histórico da Saúde no Brasil; 4.2 Responsabilidade Solidária e Municipalização dos Serviços de Saúde; 5. Fornecimento de Tecnologia Assistiva de Alto Custo: Análise de Decisões Judiciais do TJPB; 6 Considerações Finais; Referências.*

RESUMO: Trata-se de artigo que, mediante emprego do método dedutivo e da metodologia de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, tematiza a tutela e promoção jurídica da pessoa com deficiência a partir do princípio da igualdade em suas múltiplas acepções, tendo como pano de fundo a tese da solidariedade entre os entes federativos no Sistema Único de Saúde. Com isso, objetiva-se avaliar se os municípios são obrigados a fornecer tecnologias assistivas de alto custo, com fundamento em eventual dever de tratamento diferenciado às pessoas com deficiência. Desse modo, por meio de pesquisa jurisprudencial no sítio do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, observou-se que as decisões judiciais não se debruçam sobre o critério da deficiência, conferindo tratamento uniforme nas demandas de saúde, seja ou não o paciente pessoa com deficiência. Não obstante a omissão jurisprudencial, foi possível concluir que, em matéria de saúde, existe igualdade substancial que impede o tratamento diferenciado no fornecimento da tecnologia assistiva ou do medicamento, sob pena de se criar privilégios infundados em favor da vida de uns e em prejuízo da vida de outros.

PALAVRAS-CHAVE: Pessoas com deficiência; Princípio da igualdade; Sistema Único de Saúde; Solidariedade; Tecnologias assistivas.

Autor correspondente:

Flávia De Paiva Medeiros de Oliveira

E-mail: flaviadepaivamedeirosde@gmail.com

ABSTRACT: Tutelage and juridical promotion of people with deficiency are analyzed by the deduction method and by bibliographic and jurisprudential research through the principle of equality in its multiple forms within the background of solidarity among the federal instances of the Brazilian Health System. We will evaluate whether municipalities are required to supply high cost assistance technologies on the basis of differentiated treatment to people with deficiency. A jurisprudential research at the site of the Justice Tribunal of the state of Paraíba, Brazil, was conducted: judicial decisions do not curve to the criterion of deficiency and give equal treatment to health demands, even though the person has deficiency. In spite of such jurisprudential omissions, one may conclude that in the case of health, there is an equality that prevents differentiated treatment in the supply of assistance technology or medicine based on avoidance of privileges in the benefit of some to the detriment of others.

KEY WORDS: Assistance technologies; Brazilian Health System; Equality principle; People with deficiency; Solidarity.

RESUMEN: Se trata de un artículo que, mediante el empleo del método deductivo y de la metodología de investigación bibliográfica y jurisprudencial, tematiza la tutela y promoción jurídica de la persona con deficiencia a partir del principio de la igualdad en sus múltiples acepciones, teniendo como paño de fondo la tesis de la solidaridad entre los entes federativos en el Sistema Único de Salud. Con eso, se tiene por objetivo evaluar si los municipios están obligados a suministrar tecnologías asistenciales de alto costo, con fundamento en eventual deber de tratamiento diferenciado a las personas con deficiencia. De ese modo, por intermedio de investigación jurisprudencial en el sitio del Tribunal de Justicia del Estado de Paraíba, se observó que las decisiones judiciales no se centran sobre el criterio de la deficiencia, confiriendo tratamiento uniforme en las demandas de salud, sea o no el paciente persona con deficiencia. Sin embargo, la omisión jurisprudencial, fue posible concluir que, en materia de salud, existe igualdad substancial que impide el tratamiento diferenciado en el suministro de la tecnología asistencial o del medicamento, so pena de crearse privilegios infundados en favor de la vida de unos y en perjuicio de la vida de otros.

PALABRAS CLAVE: Personas con deficiencia; Principio de la igualdad; Sistema Único de Salud; Solidaridad; Tecnologías asistenciales.

INTRODUÇÃO

Até 1988, o sistema de assistência à saúde vigente no Brasil era eminentemente excludente, deixando de fora os menos favorecidos, que, habitualmente, são os mais ameaçados por diferentes agravos. Ampliou-se, dessa maneira, a vulnerabilidade das pessoas com deficiência, as quais dependiam de uma assistência baseada na caridade e na filantropia para ter acesso a serviços de saúde.

Rompendo com a tradição segregadora, a Constituição Federal de 1988 concebeu a saúde como direito fundamental de todos e dever do Estado, garantido pelo Sistema Único de Saúde - SUS mediante políticas públicas que visem o acesso universal e igualitário. Sob esse aspecto, a universalidade deve ser interpretada como uma interface da igualdade, na medida em que o SUS também exige o tratamento diferenciado em favor de determinados segmentos sociais, ao ter como componente em sua gênese o direito à inclusão. Portanto, os novos princípios de construção do SUS apontam para uma postura afirmativa em relação aos segmentos historicamente excluídos, dentre os quais se destacam as pessoas com deficiência.

Diante desse contexto, especialmente após Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência – CDPD, de 2006, o direito à saúde evoluiu no Brasil para ser compreendido também como uma forma de garantir autonomia à pessoa com deficiência e sua real inclusão na sociedade. Nesse processo inclusivo, as tecnologias assistivas desempenham um papel fundamental enquanto instrumentos de eliminação de barreiras para garantir independência, igualdade de oportunidades e plenitude no gozo da vida.

Ocorre que as tecnologias assistivas, quando possuem um custo elevado, ficam à mercê da existência de recursos orçamentários para serem implementadas em políticas públicas. Em virtude desse eventual custo alto, acontece de, não raras vezes, a tecnologia ser negada administrativamente no âmbito do SUS pelos municípios, sob a justificativa de não ser de sua competência, além do forte impacto orçamentário que o fornecimento individual pode causar em detrimento das políticas destinadas a toda coletividade.

Assim, na busca por assegurar o tratamento universal e igualitário a indivíduos com inserções sociais tão desiguais, surge um estado de tensão decorrente de um cenário de demandas cada vez maiores, de um lado, e de recursos limitados, do outro.

Em face dessa tensão, as demandas de saúde deságuam, com certa frequência, no Poder Judiciário, que, instado a se manifestar sobre a competência dos entes federativos no âmbito do SUS, consagrou o entendimento da solidariedade. Uma leitura apressada da tese pode levar a conclusão de que qualquer medicamento, tratamento ou serviço de saúde pode ser pleiteado indistintamente em face da União, do Estado ou do município, a critério do usuário.

Não obstante, uma interpretação mais ponderada sinaliza para preocupações com os impactos que a solidariedade indivisa pode causar na sustentabilidade do sistema de saúde público, em razão do desperdício de recursos das três esferas federativas para atender a uma mesma demanda. Tanto é assim que a tese ganhou novos contornos com o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, dos embargos de declaração do RE 855.178/SE, impondo ao juízo da causa o dever de direcionar o cumprimento da obrigação ao ente que, de fato, detém a competência de acordo as com regras de repartição interna do SUS.

Desse contexto, desdobra-se a problemática central da presente pesquisa: os municípios têm obrigação legal de prover equipamentos de tecnologia assistiva de alto de custo para pessoas com deficiência? O estudo buscará avaliar se a condição do paciente, enquanto pessoa com deficiência, impõe ao município um dever de tratamento diferenciado, para prestar assistência que, em tese, estaria fora de sua alçada de competência no SUS.

Para tanto, o artigo se desenvolverá pelo método de pesquisa dedutivo, com caráter exploratório e abordagem de natureza qualitativa, a partir de procedimentos técnicos de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial. Precisamente, será realizada pesquisa de decisões do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba - TJPB tendo como marco temporal o

período de 23/05/2019 até 01/07/2022, isto é, a data em que foram julgados os embargos de declaração do RE 855.178/SE.

Quanto à trajetória a ser percorrida, o presente artigo se inicia com o delineamento do princípio da igualdade em suas múltiplas acepções (1), para, em seguida, avaliar o tratamento desigual conferido às pessoas com deficiência na busca pela compensação de diferenças, com enfoque no direito à saúde (2). Na sequência, será contextualizado o atendimento das pessoas com deficiência no âmbito do SUS, apresentando-se a tese da solidariedade entre os entes federativos e a tendência à municipalização dos serviços de saúde, para, finalmente, tecer considerações acerca da problemática objeto do presente estudo.

2 A POLISSEMIA DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, consagra a cláusula geral do princípio da igualdade ao dispor que *“todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”*. Além disso, há inúmeras cláusulas especiais de igualdade previstas ao longo do texto constitucional, com vistas a obstar quaisquer discriminações injustificáveis.

Com efeito, logo no Preâmbulo da Constituição, a igualdade – juntamente da justiça – é erigida como valor supremo de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos. Tais concepções são reafirmadas nos incisos III e IV do art. 3º, ao estabelecerem, como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, a redução das desigualdades e a promoção do bem de todos, sem preconceitos e quaisquer formas de discriminação. Percebe-se, dessa maneira, que a Carta Magna buscou aproximar as concepções de igualdade formal e material.

626 Especificamente no âmbito da saúde, o art. 196 da Carta Maior assegura a todos o acesso igualitário e universal aos bens e aos serviços em matéria de saúde. No mesmo sentido, a Lei Orgânica da Saúde (Lei nº 8.080/90), em seu art. 7º, inciso IV, elegeu, enquanto princípio do SUS, a igualdade na assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie.

Acontece que o conceito de igualdade sofreu mutações com o decorrer do tempo, absorvendo progressivamente os influxos sociais de cada época. Ressalva-se, desde já, que a evolução conceitual dos ideais isonômicos não significa a superação das concepções anteriores, mas sim uma cumulação, já que a complexidade do princípio da igualdade decorre justamente da constante agregação de sentidos. Pode-se falar, então, que há uma sobreposição de significados que se complementam.

Historicamente, a noção de igualdade costuma ser relacionada à ideia de justiça, remetendo-se à fórmula clássica de Aristóteles¹, segundo a qual o igual deve ser tratado igualmente, o desigual, desigualmente, dando a cada um o que é seu. A referida afirmação denuncia que não se pode exigir que todos sejam tratados precisamente da mesma forma ou que todos devam ser iguais em todos os aspectos².

Apesar da relevância da máxima aristotélica para concepção do significado de igualdade, ela, por si só, não impede que o legislador realize qualquer discriminação, desde que assim o faça sob a forma de uma norma universal. Nessa perspectiva, a legislação nazista sobre judeus não violaria o enunciado *“os iguais devem ser tratados igualmente”*³. Portanto, no fundo, esse critério também pode ser interpretado para fundamentar uma injusta real. Essa verificação impôs a evolução do conceito de igualdade e justiça, a fim de se ajustarem às concepções formais e materiais⁴.

¹ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim da versão inglesa de W. D. Ross. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

² ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

³ Idem.

⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 43. ed. São Paulo: Malheiros, 2020.

É possível identificar três fases que representam a evolução conceitual do princípio da igualdade: a) a igualdade “perante a lei”; b) a igualdade “na lei”, ou seja, igualdade da própria lei; e c) a igualdade como proibição de discriminação⁵.

Na primeira fase, a igualdade é tratada em sua acepção formal, no sentido de que todos são iguais perante a lei, inexistindo dessemelhanças capazes de justificar tratamentos diferenciados. O princípio da igualdade resumia-se, de certa maneira, ao princípio da legalidade, numa pura e simples aplicação generalizada da lei, típica do Estado Liberal, de cunho individualista.

Durante muito tempo, essa fórmula da igualdade perante a lei foi compreendida como um dever de igualdade na aplicação do direito, que vincularia somente os órgãos aplicadores do direito, e não o legislador enquanto criador do direito. Dessa maneira, o legislador pode discriminar da maneira que lhe agrada, pois, desde que suas normas discriminatórias sejam observadas em todos os casos, o dever de igualdade na aplicação da lei estará satisfeito⁶.

Portanto, a igualdade concebida no Estado Liberal não passava de uma formalidade, fundada em leis generalistas, que visava apenas conceder tratamento igualitário perante a lei para, em especial, privilegiar a burguesia. Ignorava-se, porém, as peculiaridades dos indivíduos e grupos sociais menos favorecidos dentro de uma complexa sociedade plural.

Com o advento do Estado Social de Direito, abandona-se o individualismo clássico liberal pela afirmação dos direitos sociais e pela realização de objetivos de justiça social, visando corrigir desigualdades⁷. Tem-se que o tratamento uniforme a todos os cidadãos, sem observar as singularidades de cada um, contribui, na verdade, para positivamente injustiças e ampliação das desigualdades existentes. Daí nasce a concepção material do princípio da igualdade, mediante o reconhecimento de que todos os homens são iguais em essência, muito embora possam ser socialmente diferenciados.

Nessa segunda fase, não se abandona a concepção de que todos são iguais perante a lei, mas reconhece-se que tal postulado, por si só, é insuficiente para afastar situações de injustiça. Torna-se necessário não apenas uma igualdade perante a lei na aplicação da lei, mas também uma igualdade “na lei”, a qual vincularia também o legislador na criação das normas, para que os seus conteúdos sejam, em si, igualitários. A igualdade formal, portanto, passa a ser complementada por um sentido material.

Se de um lado a igualdade perante a lei exprime nada mais senão o sentido imanente às normas jurídicas, apenas estabelecendo que as normas devem ser aplicadas de conformidade com as normas⁸, do outro lado, a vertente material acresce a essa concepção formal a exigência de que o próprio conteúdo da lei seja igualitário, culminando-se em uma igualdade também “na lei”, ou seja, uma “igualdade da lei já em si”⁹.

Além disso, a igualdade material se relaciona com a proibição geral do arbítrio, vedando-se a utilização de critérios injustos e violadores da dignidade da pessoa humana para o efeito de estabelecer as relações de igualdade e de desigualdade¹⁰. Dessa forma, a concepção material da igualdade exige critérios justos e razoáveis para fundamentar tratamentos desiguais.

⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; SARLET, Gabrielle Bezerra Sales. Igualdade Como Proibição de Discriminação e Direito à (e Dever de) Inclusão: o Acesso ao Ensino Superior e a Regulamentação do Estatuto Brasileiro das Pessoas com Deficiência. *Direito Público*, [S. l.], v. 14, n. 78, 2019. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/3365>. Acesso em: 5 jul. 2022.

⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 43. ed. São Paulo: Malheiros, 2020.

⁸ KELSEN, Hans, *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

⁹ NEVES, A. Castanheira, *O instituto dos “assentos” e a função jurídica dos Supremos Tribunais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1983.

¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

Para melhor compreensão do que seria uma igualdade justa, José Joaquim Gomes Canotilho¹¹ leciona que haverá violação arbitrária da igualdade quando a disciplina jurídica não se basear em um “(i) fundamento sério; (ii) não tiver um sentido legítimo; (iii) estabelecer diferenciação jurídica sem um fundamento razoável”. O pano de fundo para essa fórmula reside numa perspectiva guiada pelo ideal de justiça¹². Dessa forma, o que se veda são as discriminações absurdas, pois o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desigualam, é exigência tradicional do próprio conceito de justiça¹³.

A terceira fase é chamada de igualdade social ou de fato e compreende um dever de compensar as desigualdades culturais, econômicas e sociais¹⁴. Pressupõe-se, dessa maneira, a eliminação, pelo Estado, de desigualdades de oportunidades através de ações afirmativas e políticas públicas que visem equilibrar as diferenças entre os cidadãos. Sob esse enfoque, o princípio da igualdade deve ser considerado um princípio de justiça social¹⁵.

Nesse panorama, diante da polissemia do princípio da igualdade, é possível destacar ao menos três dimensões: (i) proibição do tratamento arbitrário, sendo vedadas diferenciações destituídas de justificação razoável, de modo que o igual não pode ser tratado arbitrariamente de forma desigual; (ii) proibição de discriminação; (iii) obrigação de tratamento diferenciado com escopo de compensar desigualdades¹⁶.

Acerca do dever de tratamento igual ou desigual, Robert Alexy¹⁷ condensa o raciocínio de forma esclarecedora em duas fórmulas: (i) se não houver uma razão suficiente para a permissibilidade de um tratamento desigual, o tratamento igual é obrigatório; e (ii) se houver uma razão suficiente para o dever de um tratamento desigual, o tratamento desigual é obrigatório.

628 Considerados em conjunto, os enunciados expressam uma tendência em favor da igualdade, enquanto que o tratamento desigual exige um ônus argumentativo maior. Portanto, em razão dessa assimetria argumentativa em favor do tratamento igual, o enunciado geral de igualdade pode ser compreendido com um “*princípio da igualdade, que prima facie exige um tratamento igual e que permite um tratamento desigual apenas se isso for justificado por princípios contrapostos*”¹⁸.

Não obstante, identificar o que é uma razão suficiente para permissibilidade ou obrigatoriedade de uma discriminação não é algo que o enunciado da igualdade pode responder de forma objetiva, sendo exigíveis, para tanto, considerações valorativas e juízo de ponderação entre situações contrapostas¹⁹. Nessa valoração, o elemento discriminador, além de se pautar numa justificativa racional, deve ter sempre uma finalidade constitucional legítima. Ademais, em virtude do ônus argumentativo, é imperioso que haja demonstração da razoabilidade e proporcionalidade da medida desigual, sob pena de se criar situações de privilégio infundado, ferindo-se a isonomia.

Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que “*a discriminação não pode ser gratuita ou fortuita*”, na medida em que deve haver “*adequação racional entre o tratamento diferenciado construído e a razão diferencial que lhe serviu de supedâneo*”²⁰. Assim, por meio de um juízo de proporcionalidade que considere a finalidade legítima a ser

¹¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7. ed. 14. reimp. Coimbra: Almedina, 2003. p. 428.

¹² ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

¹³ MORAES, Alexandre De. Direito constitucional. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

¹⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7. ed. 14. reimp. Coimbra: Almedina, 2003.

¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

¹⁷ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

¹⁸ Ibidem. p. 411.

¹⁹ Idem.

²⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 4ª ed. São Paulo: Juspodivm, 2021. p. 39.

alcançada e a necessidade e adequação dos meios utilizados, se o fator diferencial não guardar conexão lógica com o tratamento diferenciado, haverá discriminação descabida.

3 TRATANDO DESIGUALMENTE AS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NA GARANTIA DO ACESSO À SAÚDE

O problema de discriminação e da inclusão das pessoas com deficiência guarda estreita relação com o desenvolvimento do significado do princípio da igualdade, que veda tratamentos arbitrários e, ao mesmo tempo, exige tratamentos desiguais para compensar desigualdades. Assim, o traço identitário das pessoas com deficiência não pode servir de fundamento para a discriminação, salvo as de natureza positiva, que se aperfeiçoam mediante ações afirmativas e políticas de inclusão com vistas a superar desigualdades fáticas e garantir igualdade de oportunidades.

A noção de igualdade passou a constituir valor central para o direito constitucional contemporâneo, ganhando novos contornos no constitucionalismo pós Segunda Guerra Mundial, com a superação das práticas discriminatórias praticadas pelos regimes totalitários. Foram, então, elaborados documentos internacionais prevendo cláusula geral de igualdade e cláusulas especiais voltadas ao combate às diferentes formas discriminatórias²¹. No plano internacional, destacam-se a Declaração da ONU (1948), a Convenção Americana de Direitos Humanos (1969), as Convenções sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial (1965) e da mulher (1979).

Particularmente no que interessa ao objeto desse trabalho, ressalta-se a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência - CDPD, de 2006, a qual representa um marco normativo na luta internacional pela inclusão. No Brasil, a CDPD foi aprovada por meio do Decreto Legislativo nº 186, de 2008, gozando de força normativa equivalente à das emendas constitucionais, em virtude do disposto no § 3º do art. 5º da Constituição Federal. Em conjunto com a Constituição e com a Lei nº 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), a referida convenção forma o bloco de constitucionalidade da temática.

Nos termos do art. 1º da CDPD, 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. Além disso, a Convenção traz, em seu art. 2º, a definição de discriminação no sentido de qualquer diferenciação, exclusão ou restrição baseada em deficiência, com vistas a limitar o acesso a direitos e garantias em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

Essas concepções consagradas na CDPD ganham relevância diante da mudança paradigmática do conceito de deficiência, marcado historicamente por uma grande influência do modelo médico, que tinha uma abordagem excludente e estigmatizante na busca da cura da deficiência em prol de uma ditadura do ideal de normalidade. Sob essa perspectiva, a deficiência é enxergada como um estado trágico não desejado, tornando o convívio social prejudicado em razão do estigma e da falta de conhecimento da sociedade.

Em contraposição a essa visão biomédica, surge o modelo social, que busca entender a deficiência a partir de uma perspectiva sociológica e política, para combater as exclusões decorrentes de barreiras criadas por falhas da própria sociedade. Abandona-se a abordagem individualista, a fim de compreender que a deficiência está no meio social em que insere-se, e não no indivíduo. O que define a deficiência não é a falta de um membro ou uma visão e audição reduzidas, mas sim a dificuldade de se relacionar e de se integrar na sociedade²².

²¹ SARLET, Ingo Wolfgang; SARLET, Gabrielle Bezerra Sales. Igualdade Como Proibição de Discriminação e Direito à (e Dever de) Inclusão: o Acesso ao Ensino Superior e a Regulamentação do Estatuto Brasileiro das Pessoas com Deficiência. *Direito Público*, [S. l.], v. 14, n. 78, 2019. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/3365>. Acesso em: 5 jul. 2022.

²² ARAÚJO, Luis Alberto David. *A Proteção Constitucional das Pessoas Portadoras de Deficiência*. 3. ed. Brasília: CORDE, 2003

É preciso ter a consciência de que cabe a todos, solidariamente, a retirada das barreiras sociais, intelectuais, culturais e arquitetônicas que separam todas as pessoas, com deficiência ou não²³. Passa-se a privilegiar medidas voltadas a garantir a plena autonomia e a inclusão das pessoas com deficiência, a fim de que se tornem protagonistas de suas próprias vidas.

Portanto, o texto da CDPD, guiado pelo modelo social, prevê, nos mais variados campos do saber, uma série de cláusulas específicas que dizem respeito à proibição de discriminação e à promoção da igualdade das pessoas com deficiência. Ademais, o art. 5º, §4º, preceitua que as medidas específicas que forem necessárias para acelerar ou alcançar a efetiva igualdade das pessoas com deficiência não serão consideradas discriminatórias.

A Lei nº 13.146/2015, que instituiu o Estatuto da Pessoa com Deficiência, segue a mesma linha da Convenção multicitada, trazendo um rol de direitos fundamentais que devem ser garantidos às pessoas com deficiência em igualdade de oportunidades. Especificamente no que diz respeito ao objeto desse estudo, destacam-se os Capítulos II e III do Título II do Estatuto, os quais regulamentam, respectivamente, o direito à habilitação e à reabilitação e o direito à saúde.

De acordo com o art. 14, parágrafo único, do referido Estatuto, o processo de habilitação e de reabilitação tem por objetivo o desenvolvimento de potencialidades, habilidades e aptidões que contribuam para a conquista da autonomia da pessoa com deficiência e de sua participação social em igualdade de condições e oportunidades com as demais pessoas.

No tocante à saúde, o art. 18 da Lei nº 13.146/2015 assegura atenção integral da pessoa com deficiência em todos os níveis de complexidade, por intermédio do SUS, garantindo acesso universal e igualitário. Nessa seara, a CDPD estabelece que as pessoas com deficiência têm direito de gozar do estado de saúde mais elevado possível, sem discriminação baseada na deficiência. O que se veda são as discriminações negativas, excludentes, não havendo óbice para as discriminações legítimas, que sejam proporcionais e justificadas constitucionalmente.

630

Por esse ângulo, a Lei nº 13.146/2015 garante a facilitação do acesso das pessoas com deficiência aos serviços de saúde, mediante a remoção de barreiras arquitetônicas (art. 25), a eliminação de barreiras atitudinais através da capacitação dos profissionais para o atendimento (art. 18, §4º, X) e a superação de obstáculos nas comunicações e nas informações, por meio de tecnologias assistivas (art. 24).

Das cláusulas especiais de igualdade previstas na lei, extrai-se, portanto, a possibilidade de conferir tratamento diferenciado às pessoas com deficiência na garantia do acesso à saúde, com a finalidade de eliminar barreiras que impeçam o gozo das prestações em igualdade de condições com os demais cidadãos.

4 O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE PARA PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

4.1 BREVE CONTEXTO HISTÓRICO DA SAÚDE NO BRASIL

A saúde foi objeto de uma série de transformações ao longo da história brasileira, recebendo diversas significações do ponto de vista político, social e jurídico, até ser concebida enquanto um direito universal na Constituição Federal de 1988.

No Império e na República Velha, a saúde se apresentava como um favor do Estado à população ou um privilégio concedido pelo Governo, em uma época marcada notadamente por relações patrimonialistas e autoritárias de poder. Posteriormente, principalmente a partir da Era Vargas, com a ampliação dos direitos dos trabalhadores, a saúde pública passou a ser vista como um benefício trabalhista, de modo que apenas trabalhadores de carteira assinada que contribuíam com o Instituto Nacional do Seguro - INSS possuíam direito à assistência médica. Quem

²³ SARLET, Ingo Wolfgang; SARLET, Gabrielle Bezerra Sales. Igualdade Como Proibição de Discriminação e Direito à (e Dever de) Inclusão: o Acesso ao Ensino Superior e a Regulamentação do Estatuto Brasileiro das Pessoas com Deficiência. *Direito Público*, [S. l.], v. 14, n. 78, 2019. Disponível em: <https://www.portaldoperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/3365>. Acesso em: 5 jul. 2022.

não fosse trabalhador tinha que suportar os custos dos planos privados que surgiram com o crescente movimento de mercantilização da saúde.

Tratava-se, portanto, de uma concepção de saúde pública bastante restrita e excludente, cujo critério de seleção é o vínculo empregatício. Nesse período, parcela significativa da população estava excluída do acesso à saúde, com realce para as pessoas desempregadas em virtude de deficiências, as quais ficavam relegadas a uma assistência baseada na caridade e na filantropia.

A partir da década de 70, ganhou força a percepção social da saúde como direito de cidadania, especialmente com o Movimento da Reforma Sanitária. Nessa época, o Brasil se encontrava sob um regime ditatorial militar, o que influenciou o modelo de saúde até então adotado, fundado na ideia de medicalização da saúde e na ênfase das ações curativas em detrimento das preventivas.

Em contraposição ao regime autoritário, surgiram movimentos pluralistas em prol da democratização do direito à saúde, promovendo uma visão desmedicalizada do tema, com foco no paciente ser humano dotado de subjetividades singulares e inserido em um contexto social específico. Com a Constituição de 1988 somada às intensas reivindicações sociais, a saúde foi alçada à categoria de direito fundamental. O art. 196 da Carta Maior estabelece uma dupla-dimensão da saúde enquanto direito de todos e dever do Estado, o que denota a pretensão universalizante de um atendimento integral, para abarcar toda a população de forma inclusiva.

No Brasil, a atenção aos deficientes surgiu pautada em um modelo caritativo e biomédico desenvolvido em instituições filantrópicas, evoluindo, posteriormente, para o atendimento de reabilitação, sem assumir, todavia, uma abordagem integradora desse processo e preservando uma postura assistencialista²⁴.

A Política Nacional de Saúde da Pessoa com Deficiência somente veio a ser instituída por meio da Portaria nº 1.060, de 5 de junho de 2002, sendo voltada à inclusão das pessoas com deficiência em toda a rede de serviços do Sistema Único de Saúde (SUS). Posteriormente, em 2011, o Governo Federal lançou, por meio do Decreto nº 7.612/2011, o Plano Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência - Viver Sem Limites, com ações divididas por quatro eixos prioritários: atenção à saúde, inclusão social, acesso à educação e acessibilidade.

No ano seguinte, em 2012, foi criada, pela Portaria nº 793, de 24 de abril de 2012, a Rede de Cuidados à Saúde da Pessoa com Deficiência no âmbito do SUS, cujo financiamento foi garantido pela Portaria 835, de 25 de abril de 2012. A política atual define que a Rede se organiza em três componentes: Atenção Básica, Atenção Especializada e Atenção Hospitalar e de Urgência e Emergência.

Diante desse contexto, sob influência da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência de 2008, que posteriormente serviu de base para publicação do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015), a deficiência passou a ser compreendida pela experiência de obstrução do gozo pleno e efetivo na sociedade em igualdade de condições, o que também repercutiu em um novo entendimento das práticas relacionadas com a saúde, reabilitação e a inclusão social dessas pessoas.

4.2 RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA E MUNICIPALIZAÇÃO DOS SERVIÇOS DE SAÚDE

Idealizado pela Constituição de 1988, o Sistema Único de Saúde foi estruturado em uma rede regionalizada e hierarquizada, com o desafio de constituir um arranjo de recursos e investimentos para conseguir atender de forma universal, integral e igualitária a todos os cidadãos do país. Não obstante, o Estado brasileiro ainda está distante de alcançar a plenitude de acesso e tratamento integral à saúde, sobretudo por conta de dois principais fatores, a saber:

²⁴ BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. 1. ed. Política Nacional de Saúde da Pessoa Portadora de Deficiência. Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2008.

gestão deficiente, em razão da falta de coordenação entre os vários serviços, somada ao subfinanciamento do sistema, considerando a escassez de recursos para garantir uma infinidade de direitos²⁵.

A verdade é que os recursos públicos sempre foram insuficientes para garantir a promessa de uma saúde pública universal e integral, de modo que o Estado, constantemente, deve escolher o que será ofertado ou não à população. Esse distanciamento entre as diretrizes constitucionais do SUS e a realidade do que o sistema tem conseguido atender, representa a gênese da judicialização das políticas públicas em saúde, quando a população, insatisfeita, recorre ao Poder Judiciário para concretização de seus direitos²⁶.

A configuração do sistema público de saúde se torna ainda mais complexa no Brasil, porque a implementação da saúde é de competência comum, sendo dever partilhado dos municípios, dos Estados e da União. O papel dos municípios, por seu turno, foi realçado pela Constituição no inciso VII do art. 30, que estabelece a competência municipal para prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população. Em razão da proximidade da esfera local com o cidadão, privilegiou-se, dessa maneira, o processo de municipalização desses serviços, o que, por outro lado, apenas se torna viável mediante cooperação técnica e financeira da União e dos Estados, haja vista que o financiamento do SUS é de responsabilidade das três esferas federativas.

Ressalva-se, contudo, que a municipalização da saúde não significa que todos os serviços devem ser prestados diretamente pelos municípios, uma vez que a própria Constituição prevê, ao lado da diretriz de descentralização, que o SUS é organizado em uma rede de atendimento regionalizada e hierarquizada. Assim, o sistema foi estruturado de forma hierarquizada, segundo o grau de complexidade do tratamento: quanto mais complexo for o atendimento, maior será a possibilidade de que ele seja afastado do ente local, Município, e direcionado ao ente mais afeto à especialização técnica – aos Estados e, sequencialmente, à União.

632

Portanto, malgrado ser o ente mais próximo do cidadão - verdadeira porta de entrada do Sistema Único -, o atendimento que compete ao Município é precipuamente o atendimento básico, enquanto que o atendimento da média e alta complexidade é incumbido aos Estados ou à União, tudo conforme as regras internas de repartição de competências e as pactuações nas Comissões Intergestores Bipartite - CIB ou Comissões Intergestores Tripartite - CIT.

Acontece que, ao se deparar com as demandas judiciais, além de decidir pela pertinência ou não do tratamento pleiteado, o Poder Judiciário é instado a se manifestar frequentemente acerca das competências dos entes federativos no âmbito do SUS, o que deu ensejo à construção da tese da responsabilidade solidária. Precisamente, o Supremo Tribunal Federal reconheceu, em 2015, a repercussão geral da temática no RE 855.178/SE (Tema 793)²⁷ consagrando o entendimento da solidariedade como forma de garantir o amplo acesso à justiça, com fundamento na competência comum dos entes de cuidar da saúde, consoante estabelecido no art. 23, II, da CF.

A tese da solidariedade, conforme inicialmente fixada, aparentou não se preocupar com possíveis impactos que as decisões judiciais poderiam causar na gestão do SUS, sobretudo do ponto de vista da escassez dos recursos públicos. Um entendimento inflexível quanto à solidariedade atenta contra o princípio da eficiência e da economicidade, pois, sem a repartição de competências, os três entes federados precisariam manter estruturas para serviços similares a fim de atender a uma mesma finalidade²⁸.

²⁵ DRESCH, Renato Luís. A garantia de acesso à saúde e as regras de repartição da competência entre os gestores. RAHIS. Revista de Administração Hospitalar e Inovação em Saúde, v. 12, p. 19-43, 2015.

²⁶ SILVA, Paulo Henrique Tavares; SILVA, Suely Coelho Tavares. Judicialização da saúde no Brasil: um diálogo a partir da metódica estruturante de Friedrich Müller. Revista Culturas Jurídicas, v. 5, n. 10, p. 310-336, 2018. Disponível em: <https://periodicos.uff.br/culturasjuridicas/article/view/44833>. Acesso em: 7 de jun. 2022.

²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral do Recurso Extraordinário nº 855.178 SE. Recorrente: União. Recorrido: Estado de Sergipe. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 05 de março de 2015. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília, 16 mar. 2015.

²⁸ GEBRAN NETO, João Pedro; DRESCH, Renato Luís. A responsabilidade solidária e subsidiária dos entes políticos nas ações e serviços de saúde. Revista do Tribunal Regional Federal - Quarta Região. Porto Alegre, v. 25, n. 84, p. 77-103, 2014. Disponível em: <http://www.tjmt.jus.br/INTRANET.ARQ/CMS/GrupoPaginas/126/1127/A-REPOÑABILIDADE-SOLID%C3%81RIA-E-SUBSIDI%C3%81RIA-DOS-ENTES-POL%C3%8DTCOS-NAS-A%C3%87%C3%95ES-E-SERVI%C3%87OS-DE-SA%C3%9ADE.pdf>. Acesso em: 7 de jun. 2022

O tema ganhou novos contornos por ocasião do julgamento, em 23/05/2019, dos embargos de declaração opostos contra o acórdão proferido no RE 855.178/SE. Do referido julgamento, o Ministro Edson Fachin condensou o seu voto, seguido pela maioria do Plenário, na seguinte tese:

Os entes da federação, em decorrência da competência comum, são solidariamente responsáveis nas demandas prestacionais na área da saúde, e diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, compete à autoridade judicial direcionar o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro²⁹.

A nova redação, ao tempo em que reafirmou a responsabilidade solidária, contemplou, de outro lado, o dever do juízo da causa de direcionar o cumprimento da decisão judicial ao ente responsável pelo seu adimplemento e, se for o caso, determinar o ressarcimento a quem, indevidamente, suportou o ônus financeiro. Esse segundo comando revela nitidamente uma preocupação com a faceta econômica do direito à saúde, em virtude da necessidade de racionalização administrativa e financeira do sistema, com vistas ao atingimento da máxima eficiência na aplicação dos recursos, sem sobreposição de competências.

Do ponto de vista econômico, é possível afirmar que os direitos – inclusive o da saúde – não são pretensões absolutas, mas sim relativas, haja vista que nada que custa dinheiro pode ser absoluto³⁰. Assim, a efetivação de direitos depende de decisões governamentais voltadas às políticas públicas, enquanto que o grau de proteção de determinado direito varia de acordo com a quantidade de recursos disponíveis ao Estado, realidade essa da qual o Judiciário não pode se afastar quando instado a se manifestar nas demandas judiciais.

O direito à saúde, por estar intrinsecamente ligado à garantia de uma vida digna, carrega forte apelo moral e, dada a sensibilidade do tema, a discussão sobre o custo desse direito não costuma ser bem-vinda quando levantada para fundamentar eventual impossibilidade de efetivação das normas constitucionais. Conforme esclarece Barroso³¹, poder-se-ia supor, à primeira vista, que se está diante de uma colisão de valores contrapostos, de um lado, o direito à saúde e à vida e, do outro, os princípios orçamentários e a reserva do possível. A realidade, todavia, é mais dramática, pois o que se está em jogo, na complexa ponderação que se propõe a analisar, é o direito à saúde e à vida de uns (microjustiça) *versus* o direito à saúde e à vida de outros (macrojustiça), diante da escassez dos recursos.

O que se tem verificado, contudo, é que os juízos não têm observado, com o devido rigor, o segundo comando insculpido na tese da solidariedade referente ao direcionamento da obrigação, seja por ignorá-lo, seja pela falta de clareza das normas legais e infralegais que tratam da repartição de competências no SUS.

Diante desse cenário, observa-se que os municípios, por serem a porta de entrada do SUS, acabam sendo os mais demandados em matéria de saúde, comprometendo parcela relevante de seus recursos em virtude do impacto descativo no orçamento causado pelas decisões judiciais. Assim, são corriqueiras decisões judiciais impondo aos municípios o dever de arcarem, por exemplo, com financiamento de medicamentos de altíssimo custo, o que impõe uma atuação técnica e financeira para a qual normalmente não estão estruturados³².

²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Emb.Decl. no Recurso Extraordinário nº 855.178. Embargante: União. Embargado: Maria Augusta da Cruz Santos. Relator: Ministro Luiz Fux. Redator: Ministro Edson Fachin. Brasília, DF, 23 de maio de 2019. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília, 16 abr. 2020.

³⁰ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. O custo dos direitos: por que a liberdade depende dos impostos. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019. E-book (não paginado).

³¹ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Revista de Direito Social, Porto Alegre, v. 34, p. 11-43, 2009.

³² DRESCH, Renato Luís. Direito à saúde na Constituição: critérios da responsabilidade solidária e da integralidade de assistência. In: PEREZ, Áurea Maria Brasil Santos; et al. (Org.). Constituição do Brasil 30 anos 1988 - 2018. 1. ed. Belo Horizonte: EJEJ TJMG, 2019, p. 445-469.

Com isso, observa-se, no âmbito da responsabilidade solidária consagrada pelo Judiciário, uma tendência à municipalização dos serviços de saúde sem que haja o correspondente reequilíbrio de receitas, sobreonerando os municípios em relação aos Estados e à União³³.

5 FORNECIMENTO DE TECNOLOGIA ASSISTIVA DE ALTO CUSTO: ANÁLISE DE DECISÕES JUDICIAIS DO TJPB

Diferentemente do que se acredita pelo senso comum, a saúde não é a mera ausência de doença, mas sim um complexo de fatores, pois envolve condicionantes sociais de múltiplas naturezas. Atenta para essa complexidade semântica, a Lei nº 8.080/1990 reforçou a abordagem social, ao estabelecer, no parágrafo único do art. 3º, que também dizem respeito às ações em saúde aquelas que sejam destinadas a garantir às pessoas condições de bem-estar físico, mental e social.

Sendo assim, na busca pela efetivação do direito à saúde da pessoa com deficiência, a tecnologia assistiva se mostra como forte aliada, uma vez que engloba uma grande variedade de produtos, recursos e serviços que objetivam promover, em igualdade de condições, a participação na sociedade, visando a autonomia, independência, segurança e qualidade de vida do indivíduo. Dentre os recursos de tecnologia assistiva disponíveis para superação das barreiras destacam-se, por exemplo, as Órteses, Próteses e Materiais Especiais - OPM.

O art. 74 da Lei nº 13.146/2015 garante o acesso da pessoa com deficiência à tecnologia assistiva, sendo previsto no art. 75, V, que cabe ao poder público elaborar plano específico de medidas com a finalidade de, dentre outras, facilitar e agilizar o processo de inclusão de novos recursos de tecnologia assistiva no rol de produtos distribuídos no âmbito do SUS.

634

Não obstante, pode acontecer de ser negada administrativamente a dispensação de uma tecnologia assistiva por um dado ente administrativo por entender que lhe cabe o custeio de acordo com as regras de repartição de competências do SUS. É o caso dos municípios que negam o fornecimento de tecnologia de custo elevado que fazem parte da rede de média e alta complexidade.

Para investigar eventual dever de dispensação de tecnologia assistiva de alto custo pelos municípios, foi realizada pesquisa jurisprudencial no sítio do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba - TJPB com base nos termos “Sistema Único de Saúde”, “deficiência”, “tecnologia assistiva”, “órtese”, “prótese”, “aparelho auditivo”, limitada à data de 23/05/2019 até 01/07/2022, correspondendo àquela ao dia em que foram julgados os embargos de declaração do RE 855.178/SE. A ideia consistiu em verificar se as decisões judiciais se debruçam sobre as particularidades da pessoa com deficiência, indicando razões suficientes que justifiquem eventual tratamento diferenciado.

No entanto, observou-se que, nas demandas de saúde, a deficiência é abordada pelo TJPB de forma geral, limitando-se a invocar a tese da solidariedade para impor aos municípios o dever de dispensação da tecnologia assistiva. Todas as decisões pesquisadas que condenaram o município assim o fizeram com base unicamente na solidariedade, sem apontar qualquer elemento que justificasse tratamento diferenciado. Inclusive, é frequente a utilização pelas decisões de termos como “enfermidade” e “doença” para se referir à deficiência, bem como “medicamento” para se referir ao equipamento assistivo.

A título ilustrativo, tem-se o processo nº 0863168-96.2019.8.15.2001³⁴, no qual o TJPB condenou, solidariamente, o Município de João Pessoa (PB) em conjunto com o Estado da Paraíba, a fornecerem aparelho auditivo de cerca de R\$ 50.000,00 para tratamento de perda auditiva bilateral. O mesmo cenário se repete no processo nº

³³ ASENSI, Felipe Dutra. Responsabilidade Solidária dos Entes da Federação e “Efeitos Colaterais” no Direito à Saúde. Revista de Direito Sanitário, [S. l.], v. 16, n. 3, p. 145-156, 2015. DOI: 10.11606/issn.2316-9044.v16i3p145-156. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/111658>. Acesso em: 12 jul. 2022.

³⁴ PARAÍBA. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 0863168-96.2019.8.15.2001. Apelantes: Município de João Pessoa e Estado da Paraíba. Apelado: José Bernardo Sobrinho. Relator: Desembargadora Maria das Graças Morais Guedes. João Pessoa, PB, 02 de julho de 2021. Banco de Jurisprudência – Pje. Disponível em: <https://pje-jurisprudencia.tjpb.jus.br/>. Acesso em 01 jul. 2022

0800590-26.2019.8.15.0311³⁵ com a condenação solidária do Município de Princesa Isabel (PB) a arcar com aparelho auditivo de R\$ 47.000,00.

Cita-se, ainda, o processo nº 0001141-76.2016.8.15.0171³⁶, movido em face do Município de Esperança (PB), no qual se pleiteou o fornecimento de prótese transfemural com valor de mercado próximo a R\$ 40.000,00. A demanda foi julgada procedente na primeira instância, mas a sentença limitou o valor do equipamento ao constante no Sistema de Gerenciamento da Tabela de Procedimentos, Medicamentos e OPM do SUS (SIGTAP). Em sede de recurso de apelação, o TJPB reformou a sentença para condenar o município demandado a fornecer a prótese nos termos pleiteados pelo autor, afastando, portanto, a limitação do valor.

Também se verificou o reconhecimento da responsabilidade solidária dos municípios em sede de juízo sumário de tutela de urgência. No agravo de instrumento nº 0810459-05.2021.8.15.0000³⁷, foi mantida decisão liminar que havia condenado o Município de João Pessoa (PB) a fornecer prótese transfemural avaliada em aproximadamente R\$50.000,00, rechaçando o argumento municipal de que a responsabilidade seria do Estado da Paraíba.

Na grande maioria das demandas, tem sido aplicado o entendimento da solidariedade indivisa, sem se atentar para os novos contornos dados pelo STF, sobretudo no que diz respeito ao dever de direcionamento da obrigação de acordo com as regras de repartição de competência do SUS. Apesar de ser discreta a influência na jurisprudência do TJPB, foram encontradas algumas decisões que já observam o comando de direcionamento.

Nos processos nº 0800105-76.2018.8.15.0241³⁸ e nº 0801135-14.2021.8.15.0251³⁹, o TJPB reconheceu a ilegitimidade passiva do município demandado, sob o fundamento de que o aparelho auditivo de custo elevado pleiteado integra a média e alta complexidade, sendo de competência do Estado da Paraíba. No processo nº 0806899-78.2021.8.15.0251⁴⁰, por seu turno, o TJPB deu provimento ao apelo do Município de Patos (PB), para reconhecer a responsabilidade subsidiária do ente municipal, anulando-se a sentença para determinar a inclusão da União no polo passivo, vez que o pleito envolvia prótese de mais de R\$ 40.000,00 que não estava inserida na lista do SUS.

Em que pese as decisões judiciais não se aprofundarem sobre a temática da deficiência, é possível reconhecer que a questão posta em análise sempre envolve, no fim das contas, o próprio direito à saúde, o qual é concebido, na Constituição Federal, de forma igualitária a todos, seja ou não pessoa com deficiência. Dessa forma, por se tratar de uma garantia intrinsecamente ligada ao direito à vida, certamente que o direito à saúde se encontra dentre os principais direitos fundamentais relacionados à dignidade da pessoa humana, o que impossibilita o estabelecimento de privilégios à vida de uns em detrimento da vida de outros.

Os enunciados de Alexy podem servir de norte para controle do princípio da igualdade na seara aqui estudada. Primeiramente, deve-se delimitar o universo de comparação, qual seja: de um lado, a dispensação de tecnologia

³⁵ PARAÍBA. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 0800590-26.2019.8.15.0311. Apelante: Município de Princesa Isabel. Apelado: Ministério Público do Estado da Paraíba. Relator: Desembargador Abraham Lincoln da Cunha Ramos. João Pessoa, PB, 17 de novembro de 2020. Banco de Jurisprudência – Pje. Disponível em: <https://pje-jurisprudencia.tjpb.jus.br/>. Acesso em 01 jul. 2022

³⁶ PARAÍBA. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 0001141-76.2016.8.15.0171. Apelante: Josilene Barbosa da Silva. Apelado: Município de Esperança. Relator: Desembargador Leandro dos Santos. João Pessoa, PB, 21 de novembro de 2020. Banco de Jurisprudência – Pje. Disponível em: <https://pje-jurisprudencia.tjpb.jus.br/>. Acesso em 01 jul. 2022

³⁷ PARAÍBA. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 0810459-05.2021.8.15.0000. Agravante: Município de João Pessoa. Agravado: Lenilson Silva Freire. Relator: Desembargador Oswaldo Trigueiro do Valle Filho. João Pessoa, PB, 21 de julho de 2021. Banco de Jurisprudência – Pje. Disponível em: <https://pje-jurisprudencia.tjpb.jus.br/>. Acesso em 01 jul. 2022

³⁸ PARAÍBA. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 0800105-76.2018.8.15.0241. Apelantes: Município de Monteiro e Estado da Paraíba. Apelado: Ministério Público do Estado da Paraíba. Relator: Desembargador José Ricardo Porto. João Pessoa, PB, 22 de setembro de 2021. Banco de Jurisprudência – Pje. Disponível em: <https://pje-jurisprudencia.tjpb.jus.br/>. Acesso em 01 jul. 2022

³⁹ PARAÍBA. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 0801135-14.2021.8.15.0251. Apelante: Município de Patos. Apelado: Ministério Público do Estado da Paraíba. Relator: Desembargador José Aurélio da Cruz. João Pessoa, PB, 13 de dezembro de 2021. Banco de Jurisprudência – Pje. Disponível em: <https://pje-jurisprudencia.tjpb.jus.br/>. Acesso em 01 jul. 2022

⁴⁰ PARAÍBA. Tribunal de Justiça. Apelação Civil nº 0806899-78.2021.8.15.0251. Apelante: Município de Patos. Apelado: Ministério Público do Estado da Paraíba. Relator: Desembargador Juiz Carlos Antônio Sarmento. João Pessoa, PB, 18 de abril de 2022. Banco de Jurisprudência – Pje. Disponível em: <https://pje-jurisprudencia.tjpb.jus.br/>. Acesso em 01 jul. 2022

assistiva de alto custo pelos municípios para pessoas com deficiências; do outro, a dispensação de medicamentos de alto custo pelos municípios para pessoas sem deficiência.

Em seguida, verifica-se se há, nessas situações de fato, uma igualdade ou desigualdade valorativa relevante. Se houver igualdade e as situações forem tratadas desigualmente, deve-se perquirir se existe fundamento material suficiente para assim proceder. Não havendo, estará configurado o arbítrio e, portanto, afronta ao princípio da igualdade. Em contrapartida, se houver desigualdade valorativa relevante e as situações comparadas forem tratadas igualmente, deve-se investigar se há razão suficiente para tratar igual o que é desigual. Não havendo, subsistirá o arbítrio, vez que o tratamento desigual é que seria legítimo.

Na problemática posta em análise, pelo simples fato do paciente ser pessoa com deficiência, não se verifica a existência de razão suficiente que possa legitimar o Poder Judiciário a descumprir o dever de direcionamento da obrigação ao ente federativo responsável. Isso porque, em sendo o direito à saúde uma proteção à própria vida, bem máximo de qualquer indivíduo, não existe desigualdade valorativa relevante que imponha o tratamento desigual. Ainda que houvesse, o elemento discriminador precisaria se pautar em uma finalidade constitucional legítima, dentro da razoabilidade e proporcionalidade, o que também não se verifica.

A justiça do caso concreto deve ter sempre pretensão de universalidade, de modo a assegurar o mesmo provimento judicial a todos que estão ou possam vir a estar em situação similar, sob pena de romper-se com a isonomia. Assim, toda vez que determinado grupo de indivíduos for beneficiado pela decisão, torna-se necessário averiguar se outros indivíduos não poderiam ser incluídos nesses benefícios. Sob esse ângulo, caso seja admitido o fornecimento de tecnologia assistiva de alto custo pelos municípios, por que, então, não admitir o fornecimento de medicamento de custo elevado que possa salvar a vida de um paciente sem deficiência?

636

Quando se condena o ente municipal a custear tecnologia assistiva de custo elevado que não seja de sua competência no SUS, são retirados recursos orçamentários do planejamento das políticas públicas voltadas à toda coletividade, no que se inclui também as pessoas com deficiência. Dessa forma, não se está alcançando o princípio da universalidade do SUS, mas sim a seletividade, dando-se preferência àqueles que obtêm provimento judicial em detrimento da política pública planejada para todos, com ou sem deficiência.

A realidade é dramática pela sensibilidade do tema, mas o imperativo de direcionamento da obrigação ao ente competente foi reconhecido pelo próprio STF na tese da solidariedade, diante da necessidade de racionalizar a escassez dos recursos com a infinidade de demandas em saúde, sob pena de desestruturação do SUS. Da pesquisa jurisprudencial realizada, foi localizada decisão monocrática proferida no agravo de instrumento nº 0811956-54.2021.8.15.0000⁴¹, que, levando em conta os custos do direito à saúde, suspendeu liminar concedida na primeira instância que obrigava o Município de Patos (PB) a custear o pagamento de prótese de valor superior a R\$ 40.000,00, sob o fundamento de que tal medida pode causar “prejuízos ao erário relacionados à administração dos direitos em prol da coletividade”.

O próprio conceito de adaptação razoável positivado no art. 3º, VI, da Lei 13.146/2015 permite a conclusão de que somente são admitidas adaptações e ajustes necessários e adequados que não acarretem ônus desproporcional e indevido, a fim de assegurar que a pessoa com deficiência possa gozar, em igualdade de condições e oportunidades com as demais pessoas, todos os direitos e liberdades fundamentais. Assim, transportando o conceito legal para o âmbito da saúde, não se revela adequado impor ônus desproporcional e indevido ao ente municipal – e a toda coletividade – com o fornecimento de tecnologia assistiva de elevado custo.

Portanto, em se tratando do direito à saúde, há igualdade substancial que não admite tratamento desigual no que diz respeito ao fornecimento, em si, da tecnologia assistiva ou do medicamento pleiteado, o que não se confunde

⁴¹ PARAÍBA. Tribunal de Justiça. Decisão monocrática no Agravo de Instrumento nº 0811956-54.2021.8.15.0000. Agravante: Município de Patos. Agravado: Ministério Público do Estado da Paraíba. Relator: Desembargador Márcio Murilo da Cunha Ramos. João Pessoa, PB, 27 de agosto de 2021. Banco de Jurisprudência – Pje. Disponível em: <https://pje-jurisprudencia.tjpb.jus.br/>. Acesso em 01 jul. 2022

com tratamento desigual para suprimir barreiras no que diz respeito ao acesso ao sistema público de saúde, este sim legítimo para compensar as diferenças.

Não se propõe, sob qualquer aspecto, a redução da proteção do direito fundamental à saúde das pessoas com deficiência, mas chama-se a atenção para os casos em que não existe uma reflexão sobre o impacto financeiro de certas decisões, as quais poderão, a pretexto de garantir a efetivação do direito à saúde de uma determinada pessoa, prejudicar a igual prestação em face de tantos outros cidadãos. Por essa ótica é que o dever do juízo de direcionar a obrigação ao ente responsável se aplica igualmente em se tratando de paciente com ou sem deficiência no âmbito do SUS.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito à saúde das pessoas com deficiência foi garantido por meio da Constituição Federal de 1988, que estendeu esse direito a todos, sem nenhuma distinção. Não obstante, foi somente com a incorporação da Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência que o Estado brasileiro assumiu um compromisso maior com a qualidade de vida e a inclusão dessas pessoas na sociedade, inclusive no que diz respeito ao direito à saúde e à habilitação e reabilitação.

O critério da deficiência ainda representa um grande desafio na aplicação adequada do princípio da igualdade em todas as suas dimensões, não apenas para vedar o tratamento discriminatório, mas, sobretudo, para definir em quais situações o tratamento desigual se impõe para compensar as diferenças, o que sempre exige um esforço argumentativo maior.

No que concerne ao Sistema Único de Saúde, a Lei nº 13.146/2015 garante a facilitação do acesso das pessoas com deficiência aos serviços de saúde, mediante a remoção das mais variadas espécies de barreiras. Assim, buscou-se averiguar se também existe imposição de tratamento diferenciado no que diz respeito ao fornecimento, em si, do bem da saúde.

Precisamente, sob a ótica da tese da solidariedade entre os entes federativos, realizou-se pesquisa jurisprudencial no TJPB acerca do fornecimento de tecnologias assistivas de alto custo pelos municípios. Verificou-se que, apesar do Tribunal não se debruçar sobre o critério da deficiência, a temática tem como matéria de fundo, no final das contas, o próprio direito à saúde.

Sendo assim, considerando que a saúde tem íntima relação com o direito à vida, não existe desigualdade valorativa relevante que possa justificar o tratamento desigual. Pelo contrário, diante da igualdade substancial na tutela da saúde, não se admite tratamento diferenciado que possa impor ao município o dever de custear o fornecimento de tecnologias assistivas de alto custo, que, pelas regras de repartição de competência do SUS, não seriam de sua responsabilidade. Assim, sendo o paciente pessoa com ou sem deficiência, é dever do juízo realizar o direcionamento da obrigação, nos termos da tese vinculante fixada pelo STF no RE 855.178/SE.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ARAÚJO, Luis Alberto David. **A Proteção Constitucional das Pessoas Portadoras de Deficiência**. 3. ed. Brasília: CORDE, 2003.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim da versão inglesa de W. D. Ross. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

ASENSI, Felipe Dutra. **Sistema Único de Saúde**. Brasília: Alumnus-Leya, 2015. E-book (não paginado).

ASENSI, Felipe Dutra. Responsabilidade Solidária dos Entes da Federação e “Efeitos Colaterais” no Direito à Saúde. **Revista de Direito Sanitário**, v. 16, n. 3, p. 145-156, 2015. DOI: 10.11606/issn.2316-9044.v16i3p145-156. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/111658>. Acesso em: 12 jul. 2022.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Revista de Direito Social**, Porto Alegre, v. 34, p. 11-43, 2009.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 out. 1988.

BRASIL. Decreto Legislativo nº 186, de 2008. Aprova o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, 10 jul. 2008.

BRASIL. Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, 26 ago. 2009.

BRASIL. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 18055, 20 set. 1990.

638 BRASIL. Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, 7 jul. 2015.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. 1. ed. **Política Nacional de Saúde da Pessoa Portadora de Deficiência**. Brasília: Editora do Ministério da Saúde, 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral do Recurso Extraordinário nº 855.178 SE. Recorrente: União. Recorrido: Estado de Sergipe. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 05 de março de 2015. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 16 mar. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Emb.Decl. no Recurso Extraordinário nº 855.178. Embargante: União. Embargado: Maria Augusta da Cruz Santos. Relator: Ministro Luiz Fux. Redator: Ministro Edson Fachin. Brasília, DF, 23 de maio de 2019. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, 16 abr. 2020.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. 14. reimp. Coimbra: Almedina, 2003.

DRESCH, Renato Luís. A garantia de acesso à saúde e as regras de repartição da competência entre os gestores. **RAHIS. Revista de Administração Hospitalar e Inovação em Saúde**, v. 12, p. 19-43, 2015.

DRESCH, Renato Luís. Direito à saúde na Constituição: critérios da responsabilidade solidária e da integralidade de assistência. In: PEREZ, Áurea Maria Brasil Santos *et al.* (org.). **Constituição do Brasil 30 anos 1988 - 2018**. 1. ed. Belo Horizonte: EJEJ TJMG, 2019, p. 445-469.

GEBRAN NETO, João Pedro; DRESCH, Renato Luís. A reponsabilidade solidária e subsidiária dos entes políticos nas ações e serviços de saúde. **Revista do Tribunal Regional Federal - Quarta Região**. Porto Alegre, v. 25, n. 84, p. 77-103, 2014. Disponível em: <http://www.tjmt.jus.br/INTRANET.ARQ/CMS/GrupoPaginas/126/1127/A-REPONSABILI>

DADE-SOLID%C3%81RIA-E-SUBSIDI%C3%81RIA-DOS-ENTES-POL%C3%8DTICOS-NAS-A%C3%87%C3%95ES-E-SER-VI%C3%87OS-DE-SA%C3%9ADE.pdf. Acesso em: 7 de jun. 2022.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **O custo dos direitos**: por que a liberdade depende dos impostos. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019. E-book (não paginado).

KELSEN, Hans, **Teoria Pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 4. ed. São Paulo: Juspodivm, 2021.

MORAES, Alexandre De. **Direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NEVES, A. Castanheira, **O instituto dos “assentos” e a função jurídica dos Supremos Tribunais**. Coimbra: Coimbra Editora, 1983.

PARAÍBA. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 0863168-96.2019.8.15.2001. Apelantes: Município de João Pessoa e Estado da Paraíba. Apelado: José Bernardo Sobrinho. Relator: Desembargadora Maria das Graças Morais Guedes. João Pessoa, PB, 02 de julho de 2021. **Banco de Jurisprudência – Pje**. Disponível em: <https://pje-jurisprudencia.tjpb.jus.br/>. Acesso em 01 jul. 2022

PARAÍBA. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 0800590-26.2019.8.15.0311. Apelante: Município de Princesa Isabel. Apelado: Ministério Público do Estado da Paraíba. Relator: Desembargador Abraham Lincoln da Cunha Ramos. João Pessoa, PB, 17 de novembro de 2020. **Banco de Jurisprudência – Pje**. Disponível em: <https://pje-jurisprudencia.tjpb.jus.br/>. Acesso em 01 jul. 2022

PARAÍBA. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 0001141-76.2016.8.15.0171. Apelante: Josilene Barbosa da Silva. Apelado: Município de Esperança. Relator: Desembargador Leandro dos Santos. João Pessoa, PB, 21 de novembro de 2020. **Banco de Jurisprudência – Pje**. Disponível em: <https://pje-jurisprudencia.tjpb.jus.br/>. Acesso em 01 jul. 2022

PARAÍBA. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 0810459-05.2021.8.15.0000. Agravante: Município de João Pessoa. Agravado: Lenilson Silva Freire. Relator: Desembargador Oswaldo Trigueiro do Valle Filho. João Pessoa, PB, 21 de julho de 2021. **Banco de Jurisprudência – Pje**. Disponível em: <https://pje-jurisprudencia.tjpb.jus.br/>. Acesso em 01 jul. 2022

PARAÍBA. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 0801135-14.2021.8.15.0251. Apelante: Município de Patos. Apelado: Ministério Público do Estado da Paraíba. Relator: Desembargador José Aurélio da Cruz. João Pessoa, PB, 13 de dezembro de 2021. **Banco de Jurisprudência – Pje**. Disponível em: <https://pje-jurisprudencia.tjpb.jus.br/>. Acesso em 01 jul. 2022

PARAÍBA. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 0800105-76.2018.8.15.0241. Apelantes: Município de Monteiro e Estado da Paraíba. Apelado: Ministério Público do Estado da Paraíba. Relator: Desembargador José Ricardo Porto. João Pessoa, PB, 22 de setembro de 2021. **Banco de Jurisprudência – Pje**. Disponível em: <https://pje-jurisprudencia.tjpb.jus.br/>. Acesso em 01 jul. 2022

PARAÍBA. Tribunal de Justiça. Apelação Civil nº 0806899-78.2021.8.15.0251. Apelante: Município de Patos. Apelado: Ministério Público do Estado da Paraíba. Relator: Desembargador Juiz Carlos Antônio Sarmento. João Pessoa, PB, 18 de abril de 2022. **Banco de Jurisprudência – Pje**. Disponível em: <https://pje-jurisprudencia.tjpb.jus.br/>. Acesso em 01 jul. 2022

PARAÍBA. Tribunal de Justiça. Decisão monocrática no Agravo de Instrumento nº 0811956-54.2021.8.15.0000. Agravante: Município de Patos. Agravado: Ministério Público do Estado da Paraíba. Relator: Desembargador Márcio Muri-lo da Cunha Ramos. João Pessoa, PB, 27 de agosto de 2021. **Banco de Jurisprudência – Pje**. Disponível em: <https://pje-jurisprudencia.tjpb.jus.br/>. Acesso em 01 jul. 2022

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang; SARLET, Gabrielle Bezerra Sales. Igualdade Como Proibição de Discriminação e Direito à (e Dever de) Inclusão: o Acesso ao Ensino Superior e a Regulamentação do Estatuto Brasileiro das Pessoas com Deficiênci. **Direito Público**, [S. l.], v. 14, n. 78, 2019. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direi-topublico/article/view/3365>. Acesso em: 5 jul. 2022.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 43. ed. São Paulo: Malheiros, 2020.

SILVA, Paulo Henrique Tavares; SILVA, Suely Coelho Tavares. Judicialização da saúde no brasil: um diálogo a partir da metódica estruturante de Friedrich Müller. **Revista Culturas Jurídicas**, v. 5, n. 10, p. 310-336, 2018. Disponível em: <https://periodicos.uff.br/culturasjuridicas/article/view/44833>. Acesso em: 7 de jun. 2022.

Recebido em: 29 de setembro de 2022

Aceito em: 16 de novembro de 2022