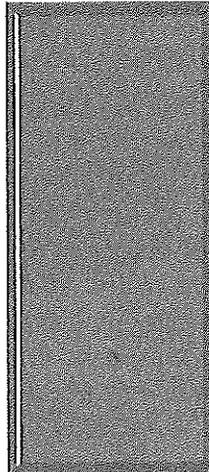


Eduardo Martines Júnior (Uniso)
Maura Roberti (Uniso)

*Direitos fundamentais
do portador do vírus HIV*



RESUMO

A SIDA, mais conhecida pela sigla AIDS, destrói as defesas do organismo humano, tornando-o vulnerável às doenças oportunistas. Muitas conquistas médicas foram alcançadas, mas uma síndrome para a qual a medicina não encontrará solução é aquela que decorre do *medo do contágio*, que gera a discriminação, o isolamento, a ocultação, a hipocrisia social, etc. Tais conflitos chegam aos Tribunais, pois os direitos afetados dizem respeito à vida e ao tratamento médico, direito à integridade física, direito à liberdade, direito à integridade moral, direito à procriação, ao pátrio poder e à guarda dos filhos, direito à associação, etc. Há uma gama considerável de crimes definidos no Código Penal e, desse modo, o artigo preocupa-se com delitos perpetrados por não portadores do vírus, como a omissão de socorro descrito no artigo 135, além da discriminação que afeta os direitos dos indivíduos.

ABSTRACT

AIDS destroys the human organism defenses making it vulnerable to opportunistic diseases. Many medical conquests have been achieved, but a syndrome for which medicine will not find any solution is the one that comes from the fear of contagion, which generates discrimination, isolation, covering, and social hypocrisy. Such conflicts get to the Court as the rights involved are related to life and medical treatment, to physical integrity, freedom, moral integrity, procreation, fatherhood power and child care, right to associate, and many others. There is a wide range of crimes defined in the penal code. The present article deals with offenses made by non-carriers of the HIV virus, as the omission of help described in article 135, besides the discrimination that affects individual rights.

Introdução

Na década de 80, surgiu a síndrome da imunodeficiência adquirida (SIDA/AIDS). Paralelamente à já denominada “doença do século”, surgiram condutas que ameaçam e violam direitos de cidadãos, doentes ou sadios. Assim, a alteração do comportamento social com o surgimento da AIDS teve consequência no Direito Privado, no Direito Social, no Direito Público, bem como deu ensejo a diversas abordagens no campo da responsabilidade civil e criminal. Com a evolução da doença, o Poder Judiciário passou a enfrentar problemas dos mais heterogêneos, em decorrência da própria modificação do cenário social. Na atual legislação brasileira, poucos artigos do Código Civil, do Código Penal e da Consolidação das Leis Trabalhistas, aplicam-se à AIDS, sendo imprescindível lançar-se mão dos direitos definidos na Constituição Federal, bem como utilizar-se da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do direito para equacionar os conflitos.

A influência da AIDS no comportamento humano

Desde sua descoberta nos Estados Unidos da América, por volta de 1981, a doença encontrou diversas fases em relação ao comportamento humano, passando do absoluto preconceito à relativa aceitação pela sociedade, com reflexos no comportamento humano. De fato, os primeiros casos foram diagnosticados em homossexuais masculinos, traduzindo uma relação entre o comportamento promíscuo e sua opção sexual com a doença, como se somente o fato de ser homossexual impusesse, por si só, a contração da AIDS. Mais tarde, verificou-se que a doença estava presente em relação a outros grupos de risco, sobretudo os usuários de drogas injetáveis e os hemofílicos, estes sujeitos a contínuas transfusões sanguíneas.

Como sabido, a doença é causada por um vírus – o HIV – que se encarrega de destruir as defesas do organismo humano, permitindo que outras doenças oportunistas se instalem no corpo humano, causando prejuízos à saúde que não ocorreriam em outras pessoas cujas defesas estivessem operando em condições normais. Desse modo, o portador da AIDS não morre por consequência direta da doença, mas sim pela ação do mal oportunista, como a tuberculose, a pneumonia e a hepatite, a título exemplificativo. Até os dias de hoje, não obstante os maciços investimentos em

pesquisas médicas, não chegamos à cura da doença, muito embora não se possa negar os inúmeros progressos obtidos. Sabe-se ainda que a AIDS não é uma doença contagiosa, mas transmissível.

O fato é que a AIDS continua avançando e atingindo pessoas que não estavam listadas em grupos de risco, ainda que as autoridades sanitárias, de um modo geral, venham insistindo em campanhas educativas sobre a prevenção da doença. O uso de preservativos, sobretudo entre os jovens, prostitutas e homossexuais masculinos vem sendo estimulado, a despeito de alguns setores da sociedade entenderem que essas campanhas acabam por induzir ao sexo antes do casamento. Também foram tentadas campanhas entre os usuários de drogas injetáveis, que compartilham da mesma seringa e agulha para uso do entorpecente.

A prevenção é legítima e necessária. Trata-se de obrigação das autoridades sanitárias (cf. art. 196 da Constituição Federal). Todavia, o medo do contágio tem levado a sociedade, de forma geral, a adotar comportamentos discriminatórios, marginalizando os portadores do HIV e privando-os de direitos, não só como *ser* inserido na sociedade e detentor deles, mas, sobretudo, como ser humano. O mundo enfrentou outras epidemias e, certamente, houve marginalização e preconceitos. A história fala da “peste negra”, na Idade Média, e da “gripe espanhola”, mais recentemente. Todavia, a AIDS é a primeira epidemia que assola o mundo na época moderna dos direitos fundamentais. Hoje, não há espaço para o isolamento, para discriminação, para uma visão maniqueísta a separar os portadores dos não-portadores do vírus.

A Medicina vem lutando para encontrar a cura definitiva do mal. Progressos vêm sendo encontrados, ainda que pequenos em face da enorme necessidade de erradicar a doença. Todavia, a sociedade, de forma geral, e o Direito, em particular, estão encarregados de encontrar a solução para os preconceitos e discriminações, acabando com a hipocrisia dominante, que leva o ser humano a ser condenado ao degredo dentro de sua própria cidade ou até do seu lar. De nada serve o estudo dos direitos humanos – no caso, mais apropriadamente, os direitos da personalidade – se não conseguirmos tirá-los das grandes obras escritas, para exigir respeito àqueles que, pela condição em que foram remetidos, têm a possibilidade de luta sensivelmente diminuída, quando não aniquilada.

O respeito ao portador do HIV requer compreensão do mesmo como ser humano na sua plenitude. Isso inclui tomar a dignidade como valor fundamental da sociedade. Também as necessidades desses enfermos

merecem a solidariedade da sociedade. Sabemos que tudo aquilo que vive precisa de cuidados para continuar a existir. Esse cuidado significa dedicação e atenção, devendo ser cultivado a cada passo do caminho. Para o Direito, esses deveres possuem o sentido de respeito à dignidade do ser humano e solidariedade àqueles que mais necessitam. A dignidade do ser humano e a solidariedade não são meros exercícios de retórica. Constituem-se em fundamento e objetivo da República Federativa do Brasil, expressamente definidos nos artigos 1º, inciso III e 3º, inciso I da Carta Política. Esses princípios estão no patamar mais elevado do direito pátrio, à medida que são linhas mestras, a dar o norte a ser seguido até pelo próprio constituinte.

A dignidade e a solidariedade como decisões políticas do constituinte de 88

Como já foi observado,¹ a palavra princípio assume inúmeros significados. Pode ser começo, origem de qualquer coisa, no sentido coloquial do termo. Em relação a qualquer das ciências, princípio é sempre o ponto de partida ou o alicerce. Tomando sistema por reunião ordenada das várias partes integrantes de um todo, sustentável mutuamente, as últimas explicando-se pelas primeiras, tem-se como a pedra angular da juntura, no dizer de Roque Carrazza,² facilitando a compreensão ou demonstração de algo. A idéia de princípio e sistema fica clara na lição de Carlos Ary,³ que dá sentido lógico, harmonioso, racional, permitindo a compreensão do modo de se organizar. Segue ele dando como exemplo, para facilitar a compreensão, a idéia de uma guarnição militar, em que soldados, suboficiais e oficiais obrigam-se a cumprir as ordens de seus superiores, sucessivamente. A compreensão do funcionamento da guarnição passa pela captação da idéia de hierarquia, ajudando assim, o conhecimento do sistema.

Sob o aspecto jurídico, princípio “é um enunciado lógico, implícito ou explícito, que, por sua grande generalidade, ocupa posição de preeminência nos vastos quadrantes do Direito e, por isso mesmo, vincula, de modo inexorável, o entendimento e a aplicação das normas jurídicas que com ele

¹ Eduardo Martines Júnior, *O princípio da separação dos poderes e o pacto federativo como fundamento de validade do Artigo 49 da Constituição Estadual Paulista*, p. 15.

² Roque Antonio Carrazza, *Curso de direito constitucional tributário*, p. 30.

³ Carlos Ary Sundfeld, *Fundamentos de direito público*, p. 137.

se conectam.”⁴ Para fins didáticos, o sistema jurídico pode ser comparado a uma casa, na qual tudo é importante (alicerce, vigas, colunas, portas, janelas e até maçanetas). Todavia, pode-se retirar uma porta ou janela e a casa permanecerá em pé, o que não ocorre se uma viga ou o alicerce for dela subtraído. No mundo jurídico, os princípios são representados pelo alicerce ou as vigas mestras, a partir dos quais se ergue o edifício do Direito. É esse o ensinamento de Celso Antônio: “Princípio – já averberamos alhures – é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.”⁵ Não obstante a importância dos princípios para o Direito, há distinção entre eles, existindo alguns que ocupam lugar mais destacado, tornando-se pedras angulares do sistema jurídico, como veremos a seguir.

Princípios político-constitucionais

Ressaltamos, anteriormente, que o edifício do Direito constitui um sistema, “um conjunto bem estruturado de disposições que, interligando-se por coordenação e subordinação, ocupam, cada qual, um lugar próprio no ordenamento jurídico (Ferrara). É precisamente sob este arcabouço, onde sobrelevam os princípios, que as normas jurídicas devem ser consideradas.”⁶ Esses princípios não estão somente no Texto Maior, mas espraiam-se por toda a pirâmide jurídica, podendo-se falar em princípios constitucionais e legais.

Mas a distinção não pára aí porque, mesmo entre os princípios constitucionais encontramos uns mais importantes que outros, ainda que insculpidos no mesmo Texto. Não se trata dos chamados princípios explícitos e implícitos, pois em relação a eles, o relevante é saber se estão ou não presentes na Constituição. Isso verificado, o jurista utilizar-se-á do

⁴ Roque Antonio Carrazza, *Curso de direito constitucional tributário*, p. 31.

⁵ Celso Antônio Bandeira de Mello, *Elementos de direito administrativo*, p. 230.

⁶ Roque Antonio Carrazza, *op. cit.*, p. 33.

“instrumental teórico que a Ciência do Direito coloca à sua disposição”⁷ para discerni-lo, dependendo da abrangência de cada um. Dessa maneira, pouco importa se estão explicitados ou apenas decorrem do todo representando pela Constituição. José Afonso da Silva,⁸ com base nas lições de Canotilho, divide os princípios constitucionais em duas categorias: os político-constitucionais e os jurídico-constitucionais. Diz ele que os princípios político-constitucionais são fundamentais decisões políticas da nação ou, no dizer de Canotilho: “Nestes princípios se condensam as opções políticas nucleares e se reflete a ideologia inspiradora da constituição. Expressando as concepções políticas triunfantes ou dominantes numa assembleia constituinte, os princípios político-constitucionais são o *cerne político de uma constituição política* (...).”⁹ É nessa categoria de princípios que se encontram os da federação, os da separação de poderes, o princípio da dignidade da pessoa humana, o do pluralismo político, o da solidariedade, todos estabelecidos nos art. 1º a 4º da Constituição Federal, sob o título de *Princípios Fundamentais*. Os princípios fundamentais ali dispostos sobrepõem por todo o ordenamento jurídico, direcionando o fazer do próprio constituinte e, num momento adiante, a interpretação das demais normas constitucionais e infraconstitucionais.

Princípios jurídico-constitucionais

Uma segunda categoria é referida por José Afonso, a dos princípios jurídico-constitucionais, possuidores de caráter geral, informando toda a ordem jurídica pátria. Ainda segundo ele, não raro decorrem dos princípios fundamentais acima referidos.¹⁰ Na precisa lição de Canotilho, esses “*princípios constitucionais impositivos subsumem-se todos os princípios que, sobretudo no âmbito da constituição dirigente, impõem aos órgãos do estado, sobretudo ao legislador, a realização de fins e a execução de tarefas*. São, portanto, princípios dinâmicos, prospectivamente orientados.”¹¹ (ênfase nossa).

Na nossa Carta Política, poderiam ser citados como exemplos de princípios jurídico-constitucionais, os princípios da legalidade, da isonomia,

⁷ Roque Antonio Carrazza, op. cit., p. 32.

⁸ José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo*, p. 94.

⁹ J.J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional*, p. 172.

¹⁰ José Afonso da Silva, op. cit., p. 95.

¹¹ J.J. Gomes Canotilho, op. cit., p. 173.

da proteção social aos trabalhadores, proteção à família, da autonomia municipal, do devido processo legal, do juiz natural, além de outros mais atinentes ao tema aqui tratado, como o que garante o direito à integridade física, à honra, e muitos outros, explícitos ou implícitos.

É possível afirmar que os princípios político-constitucionais encerram maior importância no mundo jurídico que os princípios jurídico-constitucionais. Os princípios da dignidade da pessoa humana e a solidariedade, dos artigos 1º, inciso III e 3º, inciso I, respectivamente, têm maior relevância que o *princípio da isonomia*, por exemplo. Os primeiros revelam decisões políticas fundamentais do Estado, impondo observância mais acurada na aplicação. Daí poder-se dizer que, ao tratarmos do portador do vírus HIV, não estaremos apenas cumprindo um dever inerente à nossa condição de igual ser humano, mas obedecendo a um norte da República Federativa do Brasil, uma determinação da Constituição Federal e que não pode ser afastada por preconceitos que, de igual modo, são vedadas pela mesma Carta no artigo 2º, inciso IV.

A dignidade da pessoa humana e a solidariedade como valores fundamentais do Estado brasileiro

Segundo o dicionário Aurélio, dignidade diz respeito a si mesmo; amor-próprio, brio, pundonor. É nesse sentido que a Constituição Federal emprega o termo, cabendo ressaltar que "a dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar..."¹²

A Constituição da República Federativa do Brasil, no art. 1º, expõe os valores que a embasam, pilares do nosso Estado, destacando-se a dignidade da pessoa humana. Trata-se de uma decisão política do constituinte, merecendo, pois, o destaque devido. Pretende dizer com isso que, ao brasileiro não basta ser pessoa humana, mas tem de gozar de dignidade; não basta ter vida, é preciso viver com dignidade. A par desse direito, estão aqueles definidos no art. 6º. da Constituição Federal, referindo-se à saúde, educação, trabalho e tantos outros que, em conjunto, revelam a dignidade

¹² Alexandre de Moraes, *Direito constitucional*, p. 48.

da pessoa humana. Sem esses direitos assegurados não há dignidade; sem respeito aos direitos inerentes à personalidade, todos os decorrentes da própria condição de ser humano não se pode afirmar que o preceito constitucional esteja sendo cumprido. Mas o constituinte de 1988 não cessou aí as inovações; fixou os objetivos da República Federativa do Brasil e, dentre eles, o que objetiva construir uma sociedade livre, justa e solidária. Tanto o princípio da dignidade da pessoa humana quanto o da construção de uma sociedade solidária estão no Título I da Carta Política, impondo sua observância na interpretação constitucional. Note-se que esses fundamentos vêm antes dos direitos fundamentais do ser humano, elencados no art. 5º, sem aí esgotá-los. Há, portanto, um significado lógico nessa disposição, razão pela qual reafirmamos que a pessoa humana está em absoluto lugar de proeminência e sua proteção deve ser sempre buscada.

Direitos fundamentais do ser humano

A moderna doutrina constitucional tem feito distinção entre os chamados direitos humanos e os direitos fundamentais. Todavia, os direitos fundamentais dizem respeito às manifestações positivadas do legislador, seja constituinte ou não, enquanto que os direitos humanos situam-se em plano acima da lei escrita, tratando-se muito mais de valores ético-políticos. Os direitos fundamentais, em concepção formalista, são aqueles cujo tratamento dado pelo legislador é diferenciado, como no caso brasileiro em que o constituinte os elencou no artigo 5º, incluindo-os no cerne fixo e imutável da Carta, conforme art. 60, parágrafo 4º, inciso IV.

Mas se examinarmos as disposições contidas no art. 5º, verificaremos que são direitos do homem livre e isolado, oponíveis em face dos demais seres humanos e do próprio Estado. É verdade que a nossa declaração de direitos inclui alguns que são próprios das pessoas jurídicas, desviando-se do estritamente ligado ao ser humano enquanto tal. Por outra, os direitos fundamentais do homem não estão apenas no art. 5º, espalhando-se pela Carta Política, como já reconheceu o Supremo Tribunal Federal em relação aos princípios da anterioridade, anualidade e legalidade tributárias, por exemplo, referidos no art. 150 (ADIMC nº 939/DF, relator Min. Sydney Sanches, publicado no *Diário da Justiça* de 17/12/93, pág. 28.066). Ressalte-se que os direitos fundamentais encontraram evolução bastante acentuada, permitindo dizer que os primeiros podem ser chamados de direitos

fundamentais de primeira geração, reconhecidos a partir do séc. XVIII, marcado pela Declaração dos Direitos do Homem, de 1789, conquanto se afirme que muitos outros anteriores documentos possam ser elencados. Esses direitos são os que congregam a liberdade de maneira geral, os direitos civis e políticos (marco inaugural do constitucionalismo moderno). Nessa fase, o importante era o indivíduo frente ao Estado. Eram direitos de resistência e oposição ao Estado, conforme Bonavides.¹³

Seguindo a linha evolucionista dos direitos fundamentais, chegamos ao início do século XX e encontramos o desenvolvimento dos direitos sociais, econômicos e culturais, bem como os direitos de natureza coletiva ou das coletividades. Nascem com o princípio da isonomia ou do reconhecimento de que os direitos de liberdade, de vida, de integridade física e moral não poderiam sobreviver em relação aos menos abastados se não lhes fosse garantido um mínimo de condição social e econômica. Por fim, chegamos ao final do século XX com a consciência de que o direito não pode tolerar o maniqueísmo que divide as nações desenvolvidas e subdesenvolvidas, as pessoas ricas e pobres, saudáveis e doentes. Essa terceira geração de direitos está fortificada na solidariedade, de tal modo que compreende a proteção dos direitos de toda a humanidade, e não só de indivíduos ou de coletividades. Percebe-se que a vida e a liberdade não se bastam por si sós; daí falar-se em direito de desenvolvimento, direito à paz, ao meio ambiente hígido, direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade (centros históricos, reservas florestais protegidas, biodiversidade, etc.), todos com fundamento na solidariedade. Diante disso, o portador do vírus HIV deve ser protegido como ser humano, como detentor de direitos inerentes à sua personalidade, sem se esquecer da coletividade representada pelas vítimas da AIDS. Só assim poderemos dizer que o intento do constituinte, ao afirmar a dignidade da pessoa humana como valor fundamental e a solidariedade como objetivo da República Federativa do Brasil, estarão sendo atendidos.

Direitos da personalidade

Se é possível afirmar a diferença conceitual entre os direitos humanos e os direitos fundamentais, permite-se a distinção entre os direitos fun-

¹³ Paulo Bonavides, *Curso de direito constitucional*, p. 517.

damentais e os da personalidade. Estes exigem o reconhecimento dado à personalidade humana. Definem-se os direitos da personalidade como direitos subjetivos comuns da existência, porque são simples autorizações dadas pela lei a cada pessoa para defender o que lhe é próprio, como o nome, a honra, a liberdade, a intimidade, etc. Como exemplos, podemos citar o direito à vida, à integridade física e moral.

Existem direitos da personalidade que são direitos fundamentais. Nosso constituinte foi pródigo em estabelecer direitos fundamentais – elencados no art. 5º – mas que não se tratam de direitos da personalidade: reconhecimento da instituição do júri (inciso XXXVIII), ação penal privada subsidiária da pública (inciso LIX), gratuidade do registro civil de nascimento e a certidão de óbito (inciso LXXVI) e das ações de *habeas corpus* e *habeas data* (inciso LXXVII), entre outros. Os direitos fundamentais vão além do ser humano, numa perspectiva na qual sobressai uma relação com o Estado, não se limitando apenas ao ser humano como tal. Os direitos da personalidade restringem-se ao ser humano e, por isso, possuem regime jurídico próprio, pois além de ter aplicabilidade imediata, têm proteção contra o poder constituinte reformador e defesa contra qualquer discriminação a si (art. 5º, inciso XLI da Constituição Federal). Além disso, estão sujeitos a atípicas providências de proteção jurisdicional, possuindo ainda caráter de irrenunciabilidade e imprescritibilidade. Não podem ser negociados e sua proteção abrange até os falecidos, naquilo que é aplicável. Por fim, possuem nítida prevalência sobre qualquer outra categoria de direito.

A seguir, são individualizados os direitos do portador do vírus HIV. Não mencionaremos todos os direitos da personalidade e, sim, aqueles mais ligados ao tema, sobretudo os direitos à integridade física, incluindo direito à vida, e a moral.

Direito à integridade física – direito à vida

A vida tem conceituação biológica e jurídica. Segundo o Dicionário Aurélio, é o conjunto de propriedades e qualidades graças às quais animais e plantas, ao contrário dos organismos mortos ou da matéria bruta, se mantêm em contínua atividade, manifestada em funções orgânicas tais como o metabolismo, o crescimento, a reação a estímulos, a adaptação ao meio, a reprodução, e outras. Pode ser ainda um estado ou condição dos organismos que se mantêm nessa atividade desde o nascimento até a morte.

Ainda sob um prisma biológico, a vida equívale a um complexo conjunto de fenômenos bioquímicos que seguem leis fixas e cujo funcionamento se traduz num equilíbrio biológico e físico-químico e numa constância de valores orgânicos. Quando a morte se produz, aquelas leis deixam de se cumprir e o corpo humano fica inerte, sofrendo as influências de ordem física, química e microbiana do meio ambiente, inclusive de seu próprio meio interno. Porém, nem todos os tecidos e sistemas orgânicos e células, perdem suas propriedades vitais no momento em que a vida se extingue. Há graus de vida e há graus de morte; há morte total e morte parcial. Porém, de qualquer jeito, umas partes morrem antes e outras depois; todo organismo consome suas reservas e a morte definitiva instaura-se nele. O corpo, neste estado, recebe o nome de cadáver¹⁴.

Essa lição de Calabuig permite entender o significado da vida, em contraposição ao fenômeno morte, facilitando a compreensão do objeto da proteção jurídica. O Direito Constitucional vê a vida a partir da perspectiva dos direitos fundamentais. O *caput* do art. 5º garante, aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País, sua inviolabilidade, além de outros direitos ali estampados. Afirma José Afonso da Silva, “a vida humana, que é o objeto do direito assegurado no art. 5º, *caput*, integra-se de elementos materiais (físicos e psíquicos) e imateriais (espirituais). A vida é intimidade conosco mesmo, saber-se e dar-se conta de si mesmo, um assistir a si mesmo e um tomar posição de si mesmo”.¹⁵

A vida é a base de todos os demais bens jurídicos; do contrário, para nada serviria o ordenamento jurídico. O direito à vida é o fundamento do direito à integridade física; *é pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos*.¹⁶ Isso, tutelado de especial modo pela Constituição Federal, desdobra-se em direito de continuar vivo, além de um segundo aspecto que é complemento do primeiro – o de se ter vida digna quanto à subsistência, aspecto cristalizado em acórdão na Apelação Cível nº 193.648-1/5, cujo relator foi o Des. Renan Lotufo.

Ainda que pareça óbvia a necessidade de se assegurar o direito à vida, nem sempre foi assim. A história das Constituições brasileiras revela que, desde a Carta Imperial de 1824, sempre dispuseram sobre o direito à liberdade, à propriedade e segurança individual, omitindo-se em relação àque-

¹⁴ J. A. G. Calabuig, *Medicina legal e toxicologia*, p. 276.

¹⁵ José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo*, p. 195.

¹⁶ Alexandre de Moraes, *Direito constitucional*, p. 61.

le sem o qual nenhum dos demais teria sentido. Só a partir da Constituição de 1946 é que o direito à vida passou a ser expressamente tutelado, permanecendo na Constituição Federal de 1967, com a Emenda Constitucional nº 1, de 1969 e na Carta vigente, indo além da inviolabilidade do direito à vida. Parece-nos que a Constituição Federal de 1946 seguia uma tendência do próprio direito da época, merecendo relevo notar que a Declaração Universal dos Direitos do Homem (10 de dezembro de 1948) assinada pela ONU, no art. III, dispôs: *Todo homem tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal*. Nota-se, assim, um movimento do Direito como um todo, por certo influenciado pelos terríveis acontecimentos da 2ª Grande Guerra e as atrocidades de Hitler.

Passando para uma perspectiva privativista, sabe-se que no Código Civil Brasileiro, dispõe que a personalidade civil se adquire com o nascimento; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro, conforme o art. 4º. Cumpre ressaltar que o Código Civil entrou em vigor em 1916, devendo ser interpretado à luz da nova ordem constitucional e legal. Assim, a inviolabilidade do direito à vida precisa ser considerada. O Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990 – determina no art. 7º que *a criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência*. Isso quer dizer que o legislador moderno estende a proteção da vida desde sua concepção.

A menção aos direitos do nascituro mostra relevância quanto ao tema deste trabalho. O Direito não permite o abortamento no caso de transmissão vertical do vírus HIV, mesmo pelo fato de a mãe correr risco de vida. O Código Penal permite o abortamento, por médico, se não existir outro meio de salvar a vida da gestante, conforme art. 128, inciso I. Embora possa parecer existir antinomia entre essa permissão legal e a inviolabilidade do direito à vida, há a contraposição de dois direitos à vida; um, da gestante que tem sua vida ameaçada pelo nascituro; outro, do ser que ainda não veio ao mundo. Entre os dois direitos, tolera-se que seja sacrificado o nascituro, cujo nascimento é ainda incerto, ainda que provável, mantendo-se inviolável o direito à vida da gestante.

Se não se permite o aborto do nascituro portador do vírus HIV por não apresentar risco à gestante, menos ainda se permite tal prática em face da própria doença. Não se pode falar em aborto eugênico, pois a eugenia refere-se a um conjunto de medidas médicas, visando a prevenir certos

males. A eugenia se dá quando o Código Civil proíbe o casamento entre ascendentes e descendentes, entre irmãos e parentes colaterais até o terceiro grau (art. 183 e incisos). Pode-se falar, ainda, na eutanásia, igualmente não admitida pelo ordenamento jurídico pátrio, sobretudo em caso como do portador do vírus da AIDS, porque sempre haverá possibilidade de cura, ainda que isso não tenha sido descoberto nos dias de hoje. Eventual prática certamente acarretaria subsunção ao art. 121 do Código Penal.

O direito à vida não se restringe ao já falado; inclui o direito de permanecer vivo e, em especial, para o portador do vírus HIV, com acesso ao tratamento adequado. Com efeito, prescreve o art. 6º da Constituição Federal que é direito social do indivíduo ter acesso aos meios de se preservar a saúde. Isso é repetido e detalhado no art. 196 da Carta: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.” Prestar atendimento médico ao portador do HIV é exigência da Constituição Federal, da dos Estados e da dos Municípios.

O Supremo Tribunal Federal tem precedentes quanto à necessidade de o próprio Poder Público oferecer remédios gratuitamente para portador do vírus HIV. Trata-se do AGRRE nº 271.286/RS, relatado pelo Ministro Celso de Mello, julgado em 12 de setembro de 2000, pela 2ª Turma, publicado no *Diário da Justiça*, de 24 de novembro de 2000, assim ementado: “*Paciente com HIV/AIDS – Pessoa destituída de recursos financeiros – Direito à vida e à saúde – fornecimento gratuito de medicamentos – Dever constitucional do Poder Público (CF, Arts. 5º, caput, e 196) – Precedentes (STF) – Recurso de agravo improvido.*” Esse julgado possui relevância notável, pois após afirmar que o direito à saúde representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida, ensina que “o direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar.”

Por outro lado, esse julgado fixa a interpretação de norma de caráter programático, necessário ante a freqüência com que o legislador e o administrador público negam efeitos a ela. Afirma o julgado: “o caráter pro-

gramático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional inconstitucional, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu imposterável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.”

Para finalizar, citamos o Ministro Celso de Mello: “O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àqueles portadores do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade.” Fecha-se a ementa do julgado, dando especial ênfase à solidariedade humana, considerando valores estampados na Constituição Federal, já referidos. Todavia, essa consciência não é fácil. Setores importantes da sociedade fecham os olhos aos direitos dos portadores do vírus HIV, tentando impor um comportamento empresarial próprio dos negócios corriqueiros, em franco desrespeito aos preceitos constitucionais.

O portador do vírus do HIV e as doações de órgãos e de sangue

Há ainda um aspecto relevante do direito à vida, mais diretamente relacionado com o direito à integridade física, pelo qual o portador do vírus da AIDS fica impedido de doar sangue ou órgãos, ainda quando vivo ou depois da morte. É que a transmissão da doença certamente atingiria o receptor, do sangue ou órgão doado, cabendo aí o exercício de rígido controle por parte das autoridades sanitárias. É verdade que há dificuldade no processo caso a doença não seja do conhecimento da pessoa porque, em regra, os doadores são vítimas de acidentes de trânsito em que partes do corpo são violentamente atingidas, gerando a morte encefálica.

É necessário diagnosticar a morte encefálica para definição do momento de interrupção dos cuidados médicos e desconexão de aparelhos de suporte à vida, além de ser meio de identificação de potenciais doadores de

órgãos. É esse diagnóstico que permite afastar, no campo jurídico, da caracterização da eutanásia, porque não há “homicídio” contra aquela pessoa já morta. É o diagnóstico da morte encefálica que permite a retirada de órgãos, partes e tecidos do cadáver, pois os batimentos cardíacos estão presentes, preservando para uso útil aqueles. O art. 3º da Lei nº 9.434/97 permite a retirada somente após “constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante” utilizando protocolo ditado pelo Conselho Federal de Medicina, atualmente a Resolução nº 1.480 de 08 de agosto de 1997. Mas como saber se aquela pessoa é portadora do vírus da AIDS se ela mesma não pode se manifestar? Aí reside problema que acarreta a tomada de certos cuidados pelos médicos, no exercício do mister, sendo de todo recomendável que, na dúvida, não se retire nenhum órgão do potencial doador. É que a inviolabilidade do direito à vida e ao próprio corpo do receptor, certamente estariam violentados no caso de transplante de órgãos, retirado de pessoa portadora do vírus da AIDS. Esse tipo de problema tornou-se freqüente até a Medida Provisória nº 2083, hoje na 32ª versão/reedição, de 22 de fevereiro de 2001, modificando a Lei 9.434, de 04 de fevereiro de 1997, para introduzir o parágrafo único do art. 2º.: “A realização de transplantes ou enxertos de tecidos, órgãos e partes do corpo humano só poderá ser autorizada após a realização, no doador, de todos os testes de triagem para diagnóstico de infecção e infestação exigidos em normas regulamentares expedidas pelo Ministério da Saúde.” Logo, tanto na doação *inter vivos* quanto *post mortem*, haverá a necessidade de realização de testes objetivando verificar a presença do HIV ou outras moléstias contagiosas ou transmissíveis.

Conquanto o aspecto mais importante da Lei nº 9.434/97 seja a retirada de órgãos, tecidos e partes *post mortem*, não se descure do tratamento dado às disposições sobre doação daqueles por pessoa viva, desde que juridicamente capaz e sempre gratuitamente. Também se pode falar em doação de sangue, cujo regime jurídico também nasce na própria Constituição Federal (art. 199, parágrafo 4º) e também na Constituição Estadual Paulista (art. 225, parágrafo 1º). Exige-se do portador do vírus da AIDS que informe sua especial condição, impedindo o aproveitamento das substâncias e órgãos, pelas mesmas razões já referidas. As autoridades devem proceder aos exames pertinentes, visando, igualmente, a detectar o vírus HIV ou outras moléstias, na forma do acima referido.

Todavia, pode ocorrer de portador do vírus da AIDS necessitar de transplante de órgão ou mesmo de sangue, existindo apenas doadores acome-

tidos do mesmo mal. Estaria aí impedida a doação ou transfusão? Não cremos, pois, com o consentimento do receptor, verificada a inexistência de doadores hígidos, certamente estaria caracterizado o estado de necessidade do Direito Penal, a justificar o ato. Restaria à Ciência Médica recomendar ou não o transplante do órgão ou a transfusão do sangue, mas não haveria consequência jurídica relevante.

Direito à integridade moral

No que diz respeito ao direito a integridade moral, José Afonso da Silva a considera como integrante do direito à vida¹⁷ e, mais ainda, da dignidade da pessoa humana, como acima se falou. De fato, a vida humana estaria bem próxima à dos animais irracionais se a honra, o bom nome, a boa reputação não a integrassem. Esse conjunto de bens jurídicos tutelados pela Constituição Federal, aglutina-se no direito à privacidade, que por sua vez desdobra-se nos direitos à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas.

A Constituição Federal, conforme se nota do art. 5º, inciso X, assumiu a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, como institutos distintos, assegurando o direito a indenização pelo dano moral ou material, decorrente da violação de qualquer deles. No inciso XII do mesmo artigo, restou estabelecida a inviolabilidade do sigilo da correspondência, das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, fazendo concessão apenas à quebra do sigilo da última, assim mesmo em específicos casos definidos em lei e mediante ordem judicial. Tudo isso mostra a preocupação do constituinte com a privacidade dos indivíduos, pois a intimidade é um gizamento em torno de fatos da vida, de modo a mantê-los secretos. Via de regra, as pessoas desejam manter longe do conhecimento dos demais indivíduos fatos que podem ou não depreciá-los. É claro que isso deve ser respeitado e a Carta Política fixa uma série de mecanismos que dão efetividade a esse direito. A casa é reconhecidamente o asilo inviolável do indivíduo, conforme o inciso XI do art. 5º. Nela ninguém pode penetrar, a não ser em especialíssimas situações (flagrante delito, em desastres, para prestar socorro ou por determinação judicial, desde que de dia). Igualmente, estabeleceu-se o sigilo das correspondências, assegu-

¹⁷ José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo*, p. 197.

rando aos indivíduos o direito de não terem suas vidas expostas ao conhecimento alheio. Também o segredo profissional deve ser considerado nesse rol, pois em determinadas circunstâncias, alguém pode ser obrigado a revelar segredos que não seriam revelados não fosse a própria necessidade circunstancial. Daí a imperatividade do segredo profissional, que se impõe sob pena de sanções civis e penais ao infrator.

No que diz respeito ao portador do vírus HIV o direito à intimidade o protege, sem nenhuma restrição. Assim, o aidético tem o dever de informar sua condição no caso de doação de órgãos ou de sangue, como já abordado. Isso decorre da proteção à integridade física das demais pessoas envolvidas, eventualmente receptoras. Todavia, a informação deve ficar restrita aos limites do estritamente necessário. No caso de relacionamento sexual, é dever do portador do HIV informar o parceiro de sua condição mórbida, permitindo a necessária proteção. Acompanhando José Afonso da Silva,¹⁸ entendemos ser realmente difícil separar os conceitos de intimidade e vida privada, a não ser quanto ao aspecto da abrangência da esfera de proteção. A intimidade diz respeito aos fatos da vida de alguém diretamente ligados ao indivíduo tão somente. A vida privada vai pouco além e abrange o modo de vida do indivíduo em suas relações interpessoais, embora ainda voltado para o lado interior, sua família, amigos, locais mais freqüentados. Com isso o indivíduo pode gozar da liberdade da vida privada, podendo ir e vir sem que outros saibam de suas preferências, quer em relação às pessoas que acompanham e participam de sua vida como os próprios locais e o modo de vida de cada um. Essas informações compõem um conjunto que só ao indivíduo é dado o direito de dar conhecimento ou permitir a divulgação. “A doutrina sempre lembra que o Juiz americano Cooly, em 1873, identificou a privacidade como o direito de ser deixado tranqüilo, em paz, de estar só: *Right to be alone*. ‘O *right of privacy* compreende, decidiu a Corte Suprema dos Estados Unidos, o direito de toda pessoa tomar sozinha as decisões na esfera da sua vida privada.’¹⁹

Ainda no que diz respeito ao direito à privacidade, de forma ampla, pode-se afirmar que o integram a honra e a imagem dos indivíduos, declarando o texto que são elas invioláveis. Todavia, têm-se reconhecido que esses valores são direitos humanos numa perspectiva mais abrangente, e

¹⁸ José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo*, p. 204.

¹⁹ José Afonso da Silva, *op. cit.*, p. 202.

direitos da personalidade em foco mais fechado. A honra é *o conjunto de qualidades que caracterizam a dignidade da pessoa, o respeito dos concidadãos, o bom nome, a reputação.*²⁰ Trata-se de direito de qualquer indivíduo lutar para preservar a honra, dignificando a própria pessoa. A honra nasce com todos os seres humanos, e não perdem em nenhuma hipótese. Daí qualquer ser humano poder defendê-la. A honra não é, por outro lado, suscetível de valoração patrimonial, ainda que um dado valor possa vir a ser atribuído em sede de indenização por dano decorrente da violação, direito assegurado pela Carta Política, como já afirmamos.

A imagem, de seu turno, é a representação física das pessoas relativa aos aspectos do corpo e de sua forma de ser e se expressar para o mundo exterior. Desse modo, não só o corpo como um todo está protegido pelo direito à imagem; também partes dele, particularmente consideradas, e até mesmo o modo de falar, gesticular, caminhar, etc. Tudo compõe a imagem do indivíduo e mereceu a proteção do constituinte. O portador do vírus HIV possui direito a manter em sigilo sua condição mórbida, mantendo, assim sua honra e sua imagem.

Importa notar que o direito à privacidade encontra restrição em relação a pessoas públicas (artistas e políticos por exemplo), pois vivem e se beneficiam da exposição diária de suas vidas. A divulgação da imagem deles é razão do sucesso, impondo comedimento no exame da proteção, admitindo um mínimo indevassável. A divulgação de fatos atinentes à vida do político ou do artista, tem conteúdo jornalístico mais evidente que o mesmo fato, se relacionado com um desconhecido. Ao público interessa, sob o aspecto jornalístico, o conhecimento de certos fatos da vida dessas pessoas e entendemos que a divulgação da condição de portador do vírus HIV da pessoa pública, desde que revestida de conteúdo jornalístico, não está vedada pelo ordenamento jurídico. Mas a imprensa nacional denegriu a imagem do cantor Milton Nascimento, divulgando nota de que ele estaria acometido dessa terrível doença, sem devida comprovação. Seria aí cabível indenização por dano à honra e à imagem? Ou ao contrário, por se tratar de artista, pessoa notoriamente conhecida, afastaria a proteção? Sem dúvida, fatos como esse podem e devem ser objeto de apenação cível e criminal, porquanto a notícia era improcedente. Alguns órgãos da imprensa divulgaram a notícia, seguida de desmentidos. Porém, ficou para sempre uma ponta de dúvida capaz de abalar a honra e a imagem do artista.

²⁰ José Afonso da Silva, op. cit., p. 205.

Idêntica indenização é devida caso a divulgação não comprovada envolva pessoa comum. O Superior Tribunal de Justiça já decidiu nesse sentido, tratando-se do Recurso Especial nº 77.246/SP, publicado no Diário da Justiça, de 16/02/1998, p. 85, além da LEXSTJ (vol. 107, julho/1998, p. 131); na Revista dos Tribunais, 752/145. O julgado ficou assim ementado: "Indenização por dano material e/ou moral. Empregado. Competência. "Exigência e divulgação, pela empregadora, de exame hematológico, com resultado soropositivo para AIDS e que acarretaram prejuízos, inclusive despedida. Pedido fundado nos Arts. 159 do Código Civil e 5º, incs. X e XLI, da Constituição. Caso de competência da Justiça Comum. Recurso Especial não conhecido."

A indenização para o indivíduo prejudicado pela divulgação do resultado positivo do exame para a AIDS também é devida, pois essa informação deveria ficar na esfera íntima, liberando-a apenas se e para quem desejar.

Direito à integridade intelectual e direito à liberdade

A liberdade é o supremo bem moral do homem, caminhando *pari passu* com a própria vida. É preferível não viver a viver sem liberdade. Como a própria vida, a liberdade é infinitamente complexa, de modo que, embora seja um bem moral, envolve aspectos religiosos, jurídicos, intelectuais e físicos. No que tange ao portador do vírus HIV, um dos principais problemas é a da sua liberdade física de ir e vir. Em estado terminal, a liberdade do portador do vírus HIV torna-se um problema muito mais de esfera médica do que da jurídica. Relevância jurídica há no que se refere à segregação social, especialmente em colônias específicas, conforme a experiência em outros países.

A finalidade de tais agrupamentos societários, *ab initio*, só faria sentido se beneficiasse não só a sociedade em geral como o próprio portador do vírus HIV. Aí conviveria com outras pessoas, com a mesma problemática, sem as barreiras ao convívio no mundo supostamente não portador do vírus HIV, de acordo com uma estrutura sócio-administrativa ordenada ao progresso integral dos doentes. Além da interação social, da possibilidade de autocomplementação, perspectivas poderiam se abrir para a vida normal dos infectados, inclusive no que concerne a possíveis viabilidades da cura e da pesquisa laboratorial e experimental dos remédios. Mas a sensi-

bilidade humanitária não permite a estruturação de comunidades dessa ordem de modo compulsório; antes, a integração do portador do vírus HIV parece ser possível só a partir da vontade do próprio portador, e autorizado por médico, se em estabelecimento hospitalar.

AIDS e os direitos de família – AIDS e o casamento

Supondo ser o casamento fruto do amor entre o homem e a mulher, não há limites para o direito ao matrimônio. Mas o sistema positivo, de há muito, tendo em vista as necessidades de caráter biológico e social, vem impondo requisitos à união do homem e da mulher, como, p. ex., o limite mínimo de idade e o óbice do parentesco vertical ou próximo. Deveria a AIDS ser uma causa impeditiva do casamento? Ora, com relação a outras moléstias graves, não obstante os problemas implícitos de caráter genético e sócio-político, a sensibilidade tradicional dominante, em nosso País e fora dele, não tem considerado fator impediante do enlace matrimonial. O assunto é de foro íntimo de cada um ou do casal.

Há a indispensabilidade de as pessoas se declararem portadoras da doença que as acometa, sob pena de anulação do casamento, com fundamento no chamado erro essencial, definido no art. 219, III, do Código Civil: “a ignorância, anterior ao casamento, de defeito físico irremediável ou de moléstia grave e transmissível, por contágio ou herança, capaz de pôr em risco a saúde do outro cônjuge ou de sua descendência.

A Lei do Divórcio, nº. 6.515, de 26.12.77, ao inserir como causa da separação a moléstia grave, limitou-se a referir a de caráter mental (art. 5º, § 2º), nada dizendo sobre outras doenças físicas que igualmente tornam impossível a continuação da vida em comum. No caso da AIDS, como das demais moléstias graves transmissíveis, fica a questão acometida à privacidade dos cônjuges a resolução da permanência ou não em vida de união integral. Na hipótese de outras doenças graves, fica justificada a faculdade da separação de corpos, inibindo-se a obrigação do débito conjugal, isto é, o dever recíproco da união sexual, pois é preciso resguardar o cônjuge não doente. Daí decorre que, se a separação física atingir determinado tempo, parece que a separação judicial passa a ser possível, fundada na própria separação de fato. Consideradas as circunstâncias especialíssimas de cada caso – e quando inequivocamente for a hipótese – a separação poderá fundar-se em “conduta desonrosa ou qualquer ato que importe em viola-

ção dos deveres do casamento e tornem insuportável a vida em comum (art. 5º, "caput", da Lei do Divórcio).

Direito à procriação e o direito à vida do embrião

Comprovado que a AIDS pode ser hereditária, em transmissão denominada vertical, evidentemente o sagrado direito à perpetuação da espécie, embora não se desfça, fica profundamente modificado em face de genitores portador do vírus HIV. Entretanto, a esterilização jamais deveria ser compulsória do poder público e, sim, do alvedrio dos próprios genitores. O direito à vida do embrião, uma vez gerado, conforme o Direito Natural, inviabiliza a interrupção da gravidez, a despeito de problemas concernentes à criança já nascida aidética. Ela tem o direito a cumprir o seu ciclo vital do mesmo modo que o portador do vírus HIV adulto, potencializadas pela sua condição de inocente e indefesa. O Código Penal não contempla casos de moléstia grave para justificar o aborto necessário; pune quando o mesmo feito pela gestante, com sua ajuda ou consentimento (arts. 124 e 126).

Pátrio poder e guarda dos filhos

Pátrio poder é o conjunto de direitos e obrigações que se atribuem ao pai, coadjuvado pela mãe, em relação à pessoa e aos bens dos filhos. São várias as causas de suspensão e extinção do pátrio poder (Código Civil arts. 392 e ss.), mas nenhuma delas se entende como fundadas em espécie de moléstia grave específica ou genérica. O genitor que abusar daquelas prerrogativas, seja ou não portador do vírus HIV, faltando com os deveres ou arruinando os bens dos filhos, está sujeito à respectiva suspensão, bem como à perda, se incorreu em algum dos incisos do art. 395, qual deixar o filho em abandono. A transmissão da AIDS, à maneira de qualquer outra doença grave, pode apresentar-se como elemento caracterizador do estado de abandono, desde que aliada a outros fatores de convicção. Por outro lado, a AIDS pode ser causa de perda da guarda dos filhos, devendo mais uma vez ressaltar-se que não é essa uma virtude específica dessa moléstia, senão de qualquer outra de considerável relevância, pois, conforme é óbvio, é preciso salvaguardar a incolumidade física da prole.

AIDS e o Direito Social

No que respeita ao Direito Social deve-se ressaltar, segundo a perspectiva dos interesses e da proteção ao portador do vírus HIV, o direito de associação, o direito ao trabalho, o direito à previdência e ao seguro. O direito de associação é um direito natural que cresce em importância na medida em que possa agregar pessoas com carências especiais e importantes de feição análoga. Assim, à sociedade compete estimular e ao Poder Público proteger jurídica e economicamente os sodalícios de pessoas portadoras do mal em questão, quer se trate de instituição recreativa e cultural, como científica e de auxílio mútuo. Nessa ordem de associações se situam as comunidades de portador do vírus HIV de estrutura integral, visando ao homem segundo todos os seus atributos – físicos, morais e intelectuais. Entretanto, conforme já dissemos, esse convívio não pode ser compulsório, em respeito ao fundamental direito à liberdade, tão importante como o próprio direito à vida.

Além de obrigação social do homem, o trabalho é objeto de um direito inalienável do ser humano, indispensável à auto-realização em todos os setores. Não pode, assim, o portador do vírus HIV ser discriminado na admissão (ex. ser submetido a testes sorológicos e exames pré-admissionais – reportamo-nos ao REsp 77.246/SP, acima referido) e no exercício da atividade produtiva, a não ser que o tipo de trabalho e o estágio da moléstia não impeçam o risco de contágio. Do mesmo modo, não pode a AIDS ser considerada causa jurídica de despedida do emprego. Cumpre à sociedade e aos governantes desenvolver programas que facilitem o trabalho do portador do vírus HIV, oferecendo largo potencial de produtividade, cujo aproveitamento é indispensável ao equilíbrio econômico-social, pois o doente necessita de ser e de sentir-se útil. Além disso, proporciona ao portador do vírus HIV o bem-estar interior e exterior. Não é, todavia, o que verificamos no cotidiano: as empresas ignoram prevenção à AIDS e, pior, despedem arbitrariamente os funcionários.

O Direito Previdenciário, fortemente inspirado nas doutrinas sociais cristãs, amadureceu uma orientação voltada à proteção especial de certas moléstias de graves repercussões na coletividade. Daí as particulares disposições previdenciárias a respeito de doenças como a do Mal de Hansen e da Silicose, facilitando as licenças e as aposentadorias dos respectivos portadores. Com não menor razão é de se propugnar pelo estabelecimento de regras, pelo menos análogas, para o caso da AIDS, como, p. ex., a su-

pressão do requisito da carência para a obtenção de benefício. Outros tratamentos particulares podem e devem ainda acrescentar-se, como a pensão e a aposentadoria integrais, com base no último salário. Do mesmo modo, o contrato de seguro de saúde. Por uma distorção do capitalismo, o contrato de seguro, de essência eminentemente social, tem apresentado diversas cláusulas leoninas; há manipulação desse ato jurídico com vistas exclusivamente para os próprios interesses. Desde os anos trinta, tenta-se passar o contrato de seguro e, especialmente do seguro-saúde, para a esfera público-social, como se deu com o seguro de acidente do trabalho. Mas o poderio econômico do grupo plutocrata não é quebrado nem por presidentes da República. Espera-se que a Saúde Pública imponha a vontade e o interesse do povo, fazendo com que o seguro-doença inclua obrigatoriamente a AIDS e outras moléstias, pelo menos numa quota percentual mínima em relação às empresas securitárias

AIDS e o direito público

Por irrisória legislação específica sobre o assunto, o princípio da legalidade não está sendo observado, pois, com o surgimento da AIDS, o direito à vida vem sendo colocado em risco com a contaminação irresponsável, quer por transfusões realizadas com sangue infectados, quer por pessoas sabedoras serem portadoras do vírus da AIDS e que continuam a vida promíscua. Há os que fazem uso de sangue contaminado, colocados em seringas, para ameaçar terceiros. Poder-se-ia equiparar a AIDS a um arma? (Por exemplo, a ameaça de lançar seu sangue contaminado, de agente portador do vírus, para a prática de roubo).

Pode ocorrer, ainda, em tese, crimes contra a saúde pública, como os previstos no art. 267 (“causar epidemia, mediante a propagação de germes patogênicos”) e no art. 268 (“infringir determinação do poder público, destinada a impedir introdução ou propagação de doença contagiosa”). Tendo em vista o princípio da intervenção mínima que norteia o direito penal, quais condutas deverão por ele ser disciplinadas? Em se tratando de condutas provenientes da doença, o direito penal, certamente, desempenhará função mais repressiva do que preventiva. “Seria necessário criminalizar a transmissão da AIDS?” – pergunta Dani Rudnicki, no Boletim do IBCCRIM, nº 66, maio/98. Podemos afirmar que o Projeto de Reforma do Código Penal propõe a criminalização da conduta de quem transmite a doença,

com o quê não podemos concordar, pois há uma gama considerável de crimes definidos no Código Penal que podem relacionar-se com a AIDS, como: 1) Perigo de contágio de moléstia grave: “Art. 131. Praticar, com o fim de transmitir a outrem moléstia grave, de que está contaminado, ato capaz de produzir o contágio. Pena – reclusão, de um a quatro anos, e multa.” 2) Perigo para a vida ou saúde de outrem: “Art. 132. Expor a vida ou a saúde de outrem a perigo direto ou iminente. Pena – detenção, de três meses a um ano, se o fato não constituir crime mais grave.”

Não incluímos o crime de contágio venéreo do art. 130 porque, segundo os especialistas, a AIDS não é propriamente uma “moléstia venérea” (que se contrai primacialmente pelo ato sexual). Embora sexualmente transmissível, é doença transmitida pelos mais diversos veículos. Aqueles delitos, além de outros, dolosos ou culposos, têm como agente, ora o próprio portador do vírus HIV, ora enfermeiros e outros funcionários hospitalares. Não se excluem também os casos de delitos dolosos (intencionais) perpetrados por profissionais de laboratórios que, p. ex. introduzam numa vacina algum vírus ativo da AIDS.

Provavelmente, à altura em que se encontram os fatos, parece que a consideração do portador do vírus HIV é mais importante do que da sua condição de delinqüente. É aí que exsurge o problema, de caráter também delitual, da omissão de socorro, definida no art. 135 do CP, com a tímida pena de um a seis meses de detenção e acréscimos de metade, se daí resultar lesão ou morte. De *jure constituendo*, deveriam ser previstas cominações mais pesadas, especialmente em se tratando de omissão de órgão público. Mas é um erro incriminar diretores de hospital, quando a omissão possa ser de outro funcionário ou quando o nosocômio não tenha condições de atendimento sem risco para a Saúde Pública.

O sistema carcerário e a AIDS

Há os que defendem a testagem compulsória dos condenados que cumprem pena nos presídios. Um exemplo disso ocorreu no Rio Grande do Sul, partindo da iniciativa do deputado João Odil Haas, cujo Projeto de Lei nº 138/90 pretendia obrigar a realização de teste para detecção do HIV nos condenados a cumprimento de pena nos presídios do Estado, bem como na Fundação Estadual de Bem-Estar do Menor, alcançando parecer favorável da Comissão de Constituição e Justiça. Os que são contrários à testa-

gem compulsória alertam para a dificuldade de sua realização devido aos custos elevados e ao falso (possibilidade de resultados errôneos) sentimento de segurança que pode ser criado. Isso é muito freqüente, visto que os exames buscam a percepção do anticorpo e não do próprio vírus, o que resulta em período (janela imunológica) em que a pessoa contaminada fornece resultado conhecido como "falso negativo."

Alegam, também, que nada adiantará a adoção de medidas de identificação de portadores do HIV, entre os que ingressam no sistema, se não houver um atendimento subsequente adequado, que respeite a dignidade da pessoa. Diante dos números alarmantes de casos de AIDS no sistema carcerário, uma solução para controlar esse problema seria a participação dos estabelecimentos penitenciários em programas nacionais de prevenção da doença. Não só os presos estão expostos, mas também suas mulheres, em ocasião da visita íntima. A conscientização evitaria maior propagação da AIDS. Outra questão é que o preso, portador do vírus HIV, em fase avançada da doença, seja beneficiado com a prisão domiciliar ou indulto. Enfim, a questão da AIDS no sistema penitenciário nacional é por demais grave e requer trabalho específico. Daí não termos aprofundado o estudo em relação a esse tópico.

Responsabilidade civil e a AIDS

Falamos do dano e de sua indenização. Nesse tópico, procuramos fazer uma abordagem mais prática, pontual ou sintética. Desse modo, sendo a responsabilidade civil a obrigação de indenizar o dano, no concernente à AIDS, várias perspectivas devem ser realçadas: 1) o dano indenizável é tanto o material como o moral; 2) a indenização pelo dano civil não depende da condenação criminal; 3) é distinto o dano causado pelo portador do vírus HIV do dano causado por terceiro, assim como o individual do institucional.

A indenização por dano moral é prevista pela Constituição Federal de 1988, no art., 5º, incisos V e X, impondo a recomposição do equilíbrio sócio-jurídico, mediante o pagamento do prejuízo. E se é necessário em relação aos danos imateriais em geral, com especial razão isso se impõe no caso da AIDS. O dano moral, porém, não exclui nem substitui a responsabilidade pelos danos materiais. Estes, igualmente, são imensos e incluem não só o prejuízo emergente como, ainda, os lucros cessantes, a saber, aquilo que razoavelmente a portador do vírus HIV passa a deixar de ganhar. Tanto

o dano moral como o material podem abarcar os prejuízos causados às pessoas da família, especialmente o cônjuge e os filhos menores.

Evidentemente, o dano indenizável é o que se comprova. Também deve ser dito que são duas as espécies de dano individual, uma vez que muitos juristas sustentam a graduação da indenização, especialmente a de dano moral, em função da graduação da culpa. Ordinariamente, o dano causado pelo portador do vírus HIV é culposo, diferentemente do dano individual causado por terceiro, como na hipótese de alteração de vacina, em que se pressupõe a intenção preordenada de causar o contágio.

Deve-se distinguir o chamado dano institucional relativo à distinção entre o dano causado por pessoa natural, portador do vírus HIV ou terceiro, e aquele perpetrado no desempenho de atendimento de parte de pessoa jurídica (hospitais, bancos de sangue, laboratórios fornecedores de remédios e vacinas). A responsabilidade individual, em princípio, exige o elemento culpa, a saber, a prova do dolo (*animus laedendi*) ou da culpa *stricto sensu* (negligência, imprudência ou imperícia), sem o que não caberia a indenização. A responsabilidade institucional é objetiva, isto é, configurável em face da suficiente relação de causa e efeito entre a pessoa jurídica responsável e a efetividade dos prejuízos. Daí a distinção, pois em um ou outro caso, a indenização se dará por um ou outro modo. O dano institucional é relativamente mais fácil de se configurar; daí a distinção.

Recomendações

Ao poder público caberá implementar políticas voltadas ao controle da doença; à sociedade, a incumbência de abrir seus horizontes para poder recepcionar mudanças comportamentais.

Assim como o comportamento social foi o primeiro fator a ser modificado com o surgimento da AIDS, a mudança de comportamentos na sociedade também é fator essencial para a maior disseminação da doença e para que os direitos do portador do vírus sejam salvaguardados constitucionalmente.

Quanto ao comportamento sexual, dada a promiscuidade sexual, tem sido uma das verdadeiras causas da propagação do HIV. A diminuição do número de parceiros representa o primeiro passo para a não-propagação do vírus HIV, bem como o uso de preservativo.

A informação e a educação são meios através dos quais o Estado deverá contribuir para que o comportamento social seja modificado em face da AIDS. A ignorância a respeito da doença gera a discriminação e condutas violadoras dos direitos daqueles que são portadores do vírus HIV. Para isso, poderá ser instituído no *currículum* escolar – obrigatório ou facultativo – a educação sexual, desde a mais tenra idade, além de o Estado assumir campanhas de esclarecimentos sobre o assunto.

O incentivo à pesquisa científica representa um caminho para a busca do remédio contra a doença, minimizando o sofrimento dos que já contraíram, sendo imprescindível a destinação de verbas para a implementação de pesquisas.

As medidas de saúde pública devem ser tomadas à luz dos critérios de direitos humanos. Para controle da expansão da moléstia poderia ser adotada uma caderneta de saúde, constando a classificação sangüínea, a condição de portador do vírus HIV, sem ferir a salvaguarda do direito à intimidade, salvo para uso médico ou jurídico.

A ação das autoridades governamentais deve ser educativa, não repressiva²¹. Os grupos marginalizados (prostitutas, travestis, garotos de programas e drogados por injeção intravenosa) devem ter acesso a Centros de Reeducação²², onde seria viabilizada a realização não obrigatória de testes sorológicos para verificação da existência ou não de contaminação pelo vírus HIV. Sugere-se elaboração de cartilha de esclarecimento sobre as formas de transmissão da doença e as providências a serem tomadas para evitar a propagação.

Quanto ao trabalhador, à sociedade e ao Governo, em parceria com o empregador, deve desenvolver programas que facilitem o trabalho do portador do vírus HIV, além de oferecer potencial de produtividade indispensável ao equilíbrio econômico-social.

Tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida em que se igualam ou se desigalam. O brocardo jurídico de Rui Barbosa sugere o dever de não-discriminação na família, nas instituições de ensino, nas instituições hospitalares, nos sistemas carcerários, etc. Impõe-se,

²¹ Na China e em Cuba há medidas drásticas, como, por exemplo, promulgação de leis aptas a suprimir a prostituição e realização de testes sorológicos em caráter de obrigatoriedade para os "grupos de risco".

²² O que aqui se denomina "Centro de Reeducação" é um departamento a ser criado pelo governo e que poderá ter suas instalações junto a Postos de Serviço de Saúde Pública ou congêneres.

assim, incluir a questão da discriminação do soropositivo nos cursos, palestras e seminários e na política de recursos humanos das instituições de ensino, hospitalares e carcerárias.

REFERÊNCIAS:

- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade civil do médico. *Revista dos Tribunais*, São Paulo n. 718, p.35-53, ago. 1995.
- ALCÂNTARA, Eurípedes. Um novo coquetel de drogas anima os cientistas a falar no fim da Aids como doença fatal. *Veja*, S. Paulo, ano 29, n. 28. 10 jul. 1996.
- ANDRADE, Fernanda. *Contaminação por HIV entre casal heterossexual pode ser menor*: Disponível em <Internet/estadohetero.htm> acesso em: 18 jul. 1997.
- ARANHA, Antônio Sérgio Caldas de Camargo. Enquadramento jurídico-penal da AIDS. *Justitia*, São Paulo, ano 56, v. 165, p. 11-16, jan./mar 1994.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: Malheiros, 1993.
- BARBOSA, Licínio. A Aids perante o Direito. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 30, n.118, p. 473-490, abr./jun. 1993.
- BECKER, Anelise. As garantias implícitas no direito brasileiro e em perspectiva comparativa. *RTDC*, n. 9, jan./mar, 1994.
- BERLINGUER, Giovanni; GARRAFA, Volnei. *O mercado humano. Estudo da compra e venda de partes do corpo*. Brasília: EdUNIB, 1996.
- BITTAR, Carlos Alberto. Danos patrimoniais e morais por violações a direitos da personalidade. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 38, p. 14-16, 1992.
- BOTTRALLO, Marcelo de Carvalho. Os direitos da personalidade e a Constituição de 1988. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 38, p. 45-48, 1992.
- BRUERA, Matilde. *SIDA, Sistema Penal y derechos humanos*. Santiago: Homo Sapiens, 1997.
- BULOS, Uadi Lamêgo. *Mandado de segurança coletivo e outros estudos*. Salvador: Distribuidora de Livros, 1994.
- BURGOA, Ignácio. *Las garantías individuales*. 7. ed. México: Porrúa, 1972.
- BUZAGLO, Samuel Auday. Aspectos Jurídicos da Aids. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 655, p. 394-396, 1990.
- CALMON DE PASSOS, J.J. *Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, habeas data*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

- CAMARGO, Chaves. Responsabilidade médica. Operações de “mudança” de sexo. Transmissão de vírus da AIDS. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 707/94, 7 jul. 1994.
- CARVALHO, Guido Puan de; SANTOS, Lenir. *Sistema Único de Saúde: comentários à Lei Orgânica da Saúde*. São Paulo: Hucitec, 1995.
- CASTRO NUNES, José de. *Do mandado de segurança*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- CHAVES, Antonio. *O direito à vida e ao próprio corpo*. São Paulo: RT, 1994.
- DANTAS, Ivo. *Mandado de injunção*. Rio de Janeiro: AIDE, 1989.
- FLAKS, Milton. *Mandado de segurança: pressupostos de impetração*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- FRANÇA, Rubens Limongi. Aspectos jurídicos da AIDS. *Revista dos Tribunais*, S. Paulo, v. 661, p. 14-21, 1990.
- GODOY, Norton. Vírus: a guerra de laboratório. In: Coleção *Revista Isto é*. Grandes Temas, S. Paulo, n.º 6, 1995.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *As garantias constitucionais do direito de ação*. São Paulo: RT, 1973.
- HOSPITAL DAS CLÍNICAS. *Código de Ética Médica*. Resolução do Conselho Federal de Medicina n.º 1.246: 08/01/1988.
- HOSSNE, William Saad; KIPPER, Délio José. Caso Clínico. *Bioética*, São Paulo, n. 2, p. 87-91, 1994.
- LÓRIGA, Paulo. AIDS: o problema não é só “deles”. *Revista Cidade Nova*, São Paulo, ano XXXIV, n. 9, p. 26-27, set. 1992.
- MARIN, Teimar de Fátima; PAIVA, Mirai dos Santos; BAROS, Sônia Maria de Oliveira. *AIDS e enfermagem obstetrícia*. São Paulo: EPU, 1991.
- MARQUE, Liame; LÍDIA, Maria; JOSÉ, Hélio. *Sinonímia e Agente Etiológico*. Disponível em <www.geocities.com> Acesso em: 25 mai. 1999.
- MESQUITA, Fábio Inácio Francisco. *Drogas e AIDS: estratégias de redução de danos*. São Paulo: Hucitec, 1994.
- MORTON, Oliver et al. *A AIDS no mundo*. Rio de Janeiro: Relume Dumará/IMS/ UERJ, 1993.
- OLIVEIRA, Juarez de. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- OLIVEIRA, Lúcia Helena; HEYMANN, Gisela. AIDS: muitas novidades. *Superinteressante*, S. Paulo, Ano 6, n. 7, jul. 1992.
- OLIVEIRA FILHO, João. *Origem cristã dos direitos fundamentais do homem*. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

PACHECO, José da Silva. *Mandado de segurança e outras ações constitucionais*. São Paulo: RT, 1990.

PEDROTTI, Irineu Antonio. Da AIDS e do Direito. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 690, p. 295-312, 1993.

PERLONGHEN, Nestor. *O que é AIDS*. São Paulo: Brasiliense, 1989.

PETT, Tatiana. AIDS, o perigo a seu lado. *Criativa*, Rio de Janeiro, ano IX, n. 100, p. 30-34, ago. 1997.

PINHEIRO FILHO, Jaime Castilho. *Educação social, psicológica e física infantil. Crianças e saúde*. Disponível em: <www.geocities.com> Acesso em: 31 mai. 1999.

PIOVESAN, Flávia; AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. AIDS: o urgente combate à discriminação. *Advocacia Pública*, São Paulo, n. 6, p. 3-6, dez. 1998.

PLATTS, Mark. *Sida: aproximaciones éticas*. México: UNAM, 1996.

POP, Carlyle. A Aids e a tutela constitucional da intimidade. *Seleções Jurídicas*, São Paulo, mar. 1991.

PUCINELLI, Oscar Raúl. *Derechos humanos y SIDA*. Buenos Aires: Depalma, 1995.

RUDNICKI, Dani. *Aids e Direito: papel do Estado e da sociedade na prevenção da doença*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

_____. *SIDA: A função do direito penal*. *Livro de Estudos Jurídicos*, Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, vol. 6, 1993.

RUIZ, José Augusto de Veja. *Tratamento jurídico del SIDA*. Madrid: Colex, 1992.

SANTOS, Marco Fridolin Sommer. *A Aids sob a perspectiva da responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 1999.

SILVA, José Afonso da. *Mandado de injunção e habeas data*. São Paulo: RT, 1989.

SIMIS, Deborah R. C. Mulher e Aids. *Medicina e Saúde*, S. Paulo, ano 1, n. 2, 1996.

TURRA, Marcelo. *Remédios, Liminares e Aids*. Disponível em: <www/travelnet.com.br/jurídica> Acesso em: 16 nov. 1996.

Documentos eletrônicos:

www.aids.gov.br

www.doctorbbs.com/futuro

www.geocities.com

www.rt.com.br

www.saude.rj.gov.br/cosems/

www.aids.gov.br/guia.htm

www.unimed.com.br

www.amico.com.br

www.interclinicas.com.br

www.avermes.com.br

www.aasp.com.br

www.ibccrim.com.br

www.advogadocriminal.com.br

www.oab.gov.br

www.ibase.org.br

Endereço dos autores:

Maura Roberti

Rua Manoel Barbosa Filho, 482

Granja Olga III

CEP 18017-338

Sorocaba-SP

E-mail: mroberti@terra.com.br

Eduardo Martines Júnior

Rua Mario Guilherme Notari, 380

CEP 18016-650

Sorocaba-SP

E-mail: eduardomartines@globo.com