MARCOS BITTENCOURT FOWLER

O DESAFIO DA IGUALDADE: DIREITOS EM TEMPOS DE AIDS

Tese apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Doutor junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná, sob a orientação do Prof. Doutor José Antônio Peres Gediel.

CURITIBA
2001

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
Setor de Ciências Jurídicas
Faculdade de Direito, Programa de Pós-graduação em Direito – Mestrado e Doutorado
Praça Santos Andrade, 50 - 3° andar – CEP 80.020-300 Curitiba – Paraná – Brasil
Fone/Fax: (41) 3102685 – site: www.ufpr.br/direito - e-mail: posjur@barigui.ufpr.br

PARECER

A Comissão Julgadora da Tese apresentada pelo Doutorando **Marcos Bittencourt Fowler,** sob o título **"O Desafio da Igualdade: Direitos em Tempos de Aids"**, após argüir o candidato e ouvir suas respostas e esclarecimentos, deliberou aprová-lo por unanimidade de votos, com base nas seguintes notas atribuídas pelos Membros:

Prof. ª Dr.ª Flavia Piovesan - 10,0 (dez inteiros)

Prof. Dr. Carlos Frederico Marés de Souza Filho - 10,0 (dez inteiros)

Prof. Dr. Celso Luiz Ludwig - 10,0 (dez inteiros)

Prof. Dr. Domenico Costela - 10,0 (dez inteiros)

Prof. Dr. José Antônio Peres Gediel - 10,0 (dez inteiros)

Em face da aprovação, deliberou, ainda, a Comissão Julgadora, na forma regimental, opinar pela **concessão do título de Doutor em Direito** ao candidato **Marcos Bittencourt Fowler.**

É o parecer.
Curitiba, 28 de maio de 2001

INTRODUÇÃO **1**

CAPÍTULO I

A AIDS EM SUAS DIMENSÕES **13**

1. Aparecimento e caracterização da doença: 13

    1.1 Identificação e descrição da aids 13

    1.2 Detecção do HIV 16

    1.3 Desenvolvimento da doença e suas formas de tratamento 20

2. Formas de transmissão do HIV e perfil epidemiológico da aids: 25

    2.1 Formas de transmissão 25

    2.2 Aspectos da disseminação do HIV 27

    2.3 Tendências epidemiológicas 29

3. Irracionalidades: 31

    3.1 Pânico moral 33

    3.2 À margem da vida 34

    3.3 Metáforas da aids 36

4. Recurso à interdisciplinaridade e à ética 37

CAPÍTULO II

BRASIL EM TEMPOS DE AIDS **42**

1. Etapas percorridas: 42

    1.1 Contexto da descoberta (1981-1984) 44

    1.2 Respostas iniciais e fragmentárias (1985-1991) 46

    1.3 Modelo brasileiro de gestão da epidemia (1992-1999) 53

2. Direito brasileiro e aids: 59

    2.1 Respostas legislativas 59

    2.2 Respostas judiciais 68

    2.3 Oposições aparentes 72

3. Centralidade do princípio constitucional da dignidade humana 76

CAPÍTULO III

DIREITOS NA MODERNIDADE **90**

1. Recomeço da igualdade: 90

1.1. Igualdade para os modernos 92

1.2. Críticas à igualdade dos modernos 98

1.3. Contraposições e conseqüências 104

2. Expansão dos direitos: 106

2.1 Trajetórias dos direitos 106

2.2 Resistências e fracassos 113

2.3 Consolidação do modelo 119

3. Redescoberta da diferença: 120

3.1. Direito à diferença 120

3.2 Ciladas da diferença 129

3.3. Diversidade e multiculturalismo 132

4. Constitucionalismo e igualdade 138

CAPÍTULO IV

IGUALDADE E DIREITOS EM TEMPOS DE AIDS **147**

1. Reconhecimento da diferença para reduzir direitos: 154

1.1 Perdas pessoais e familiares 154

1.2 Isolamento de presos e recusa do direito a visitas íntimas 162

1.3 Restrições ao exercício de atividades profissionais 163

1.4 Recusa ao pagamento de seguro de vida 171

2. Aplicação do princípio da igualdade para evitar discriminações: 172

2.1 Tratamento médico adequado e cobertura pelos planos de saúde 174

2.2 Privacidade e capacidade civil 179

2.3 Discriminações no acesso a bens, direitos e serviços 182

3. Proteção especial aos soropositivos e doentes de aids 185

3.1 Fornecimento de medicação 186

3.2 Estabilidade no emprego 188

3.3 Execução Penal 191

3.4 Benefícios previdenciários, assistenciais e tributários 193

4. Revisitando a igualdade e a noção de vulnerabilidade 195

CONCLUSÃO **200**

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS **206**

INTRODUÇÃO

Incertezas e desafios

O surgimento da epidemia da aids,[1] na primeira metade da década de 1980, trouxe consigo alterações importantes em vários campos do conhecimento, ultrapassando os limites próprios das ciências da saúde. O seu enfrentamento, pela multiplicidade de questões suscitadas, exigiu a integração do trabalho de diversos profissionais e propiciou a oportunidade de tentativas de diálogo, por vezes proveitosas, mas em outras bastante insatisfatórias.

Nas dobras do conhecimento, costuraram-se aproximações a fenômenos até então pouco explorados, especialmente no que se refere a comportamentos humanos, sexualidade, doença e morte. Essa imprescindível inter-relação contaminou também o desenvolvimento desta tese, comprometida com a investigação jurídica e seus princípios, notadamente o da igualdade.

Importa também referir que, em tempos de aids, tudo acontece de forma muito rápida e intensa.[2] Nisso muito auxiliaram o avanço dos padrões tecnológicos de interação (do fax na década de 1980 ao correio eletrônico e às redes internacionais de comunicação na década de 1990), possibilitando intercâmbio permanente, construções

---

[1] Aids é uma sigla formada pelas letras iniciais da expressão médica inglesa *Acquired Immune Deficiency Syndrome*, que é definida pela Organização Panamericana de Saúde como sendo "o conjunto de enfermidades que surgem como resultado da infecção pelo vírus da imunodeficiência humana (HIV), denominando-se síndrome da imunodeficiência adquirida. A diferença entre a infecção pelo HIV e AIDS é que uma pessoa pode estar infectada pelo HIV e viver muitos anos sem manifestar problemas de saúde. E a AIDS é a etapa mais grave da infecção, que geralmente se apresenta vários anos depois da infecção pelo HIV" (**apud** XAVIER, Iara de Moraes. A mulher e a convivência com a AIDS: uma questão de gênero. Tese de doutoramento apresentada à Escola Nacional de Saúde Pública, Rio de Janeiro, junho de 1997, mimeo, p. 7). No presente texto, a palavra será grafada com todas as suas letras minúsculas, por se considerar que "a palavra 'aids' passou a ser, do ponto de vista gramatical, equivalente a 'sífilis', 'coqueluche', 'conjuntivite'; nomes de doenças são substantivos comuns, grafados com inicial minúscula. [...] Baseado nessas considerações e no fato de que a palavra 'aids' vem sofrendo o mesmo processo de evolução lingüística da palavra 'laser' (sigla de *light amplification by stimulated emition of radiation*), entre tantos outros anglicismos incorporados pela língua portuguesa no Brasil, não parece haver razão para grafá-la com maiúscula, a não ser quando corresponder a nomes próprios de entidades (como Coordenação Nacional de DST e Aids) ou siglas que incorporem a palavra (CN-DST/Aids)" (CASTILHO, Euclides. É necessário entender a aids. **Notas da Rede**. Brasília: Coordenação Nacional de DST/Aids do Ministério da Saúde, 1997). Todavia, ao serem feitas citações, naturalmente será respeitada a grafia original do texto ou título em referência, sem alterações.

[2] Segundo GALVÃO, Jane. Aids no Brasil: a agenda de construção de uma epidemia. Rio de Janeiro: ABIA; São Paulo: Ed. 34, 2000, p. 13.

de respostas à epidemia mais elaboradas e, inclusive no que se refere ao exercício de novas dimensões de direitos.

Os processos adotados pela sociedade brasileira em resposta à aids devem ser compreendidos no contexto mais amplo de forças políticas, determinações econômicas, preceitos jurídicos e influências culturais.[3]

A partir do amplo espectro de pessoas e instituições, nacionais e internacionais, que disputam o espaço na construção de conhecimentos a seu respeito, pode-se dizer que o produto dessa complexa interação, compreensiva de interpretações e análises competitivas, aponta para diferentes dimensões da epidemia.[4] Marcaram, portanto, indelevelmente a aids a interdisciplinaridade no seu enfrentamento, a transitoriedade acerca das certezas e verdades sobre a doença e suas conseqüências, a complexidade e a fragmentação das respostas oferecidas à epidemia.

Por todas essas razões, o presente texto busca contribuir para a compreensão mais geral do fenômeno, através da análise e da percepção das respostas dadas pelo direito brasileiro à epidemia, recortando aspectos relacionados com a igualdade, a diferença e os direitos que marcam o debate jurídico no espaço político do Estado Democrático de Direito e das políticas públicas.

Se, no plano mundial, vêm sendo feitos, há algum tempo, balanços periódicos das reações coletivas e institucionais, mediante a análise do mosaico composto pelos programas governamentais, pela ação das organizações não governamentais, pelo envolvimento do setor privado em geral, pelas contribuições das agências das Nações Unidas e das agências internacionais de financiamento, tendo como pano de fundo os direitos humanos,[5] na sociedade brasileira até agora não se empreendeu semelhante levantamento, ainda mais com os olhos voltados para o direito.

---

[3] Conforme PARKER, Richard (org.). Políticas, instituições e AIDS: enfrentando a epidemia no Brasil. Rio de Janeiro: Jorge Zahar; ABIA, 1997, pp. 13-14.

[4] Conferir em GALVÃO, Jane. Aids no Brasil: a agenda de construção de uma epidemia. Rio de Janeiro: ABIA; São Paulo: Ed. 34, 2000, p. 14.

[5] Conforme MANN, Jonathan; TARANTOLA, Daniel (eds.). *AIDS in the world II*. New York: Oxford University Press, 1996, parte IV, pp. 311-426. De outro lado, não há análises tão abrangentes no Brasil, mas podem ser consultadas com proveito as seguintes obras: BASTOS, Cristiana. *Transnational responses to AIDS and the global production of science: a case-study from Rio de Janeiro*. Mimeo. Tese de Doutoramento em Antropologia, apresentada perante The City University of New York 1996; GALVÃO, Jane. Aids no Brasil: a agenda de construção de uma epidemia. Rio de Janeiro: ABIA; São Paulo: Ed. 34, 2000; KLEIN, Charles. *AIDS, activism and social imagination in Brazil*. Mimeo. Tese de Doutoramento em Antropologia Social, apresentanda perante a Universidade de Michigan, 1996; PARKER, Richard *et alli* (orgs.). A AIDS no Brasil (1982-1992). Rio de Janeiro: Relume-Dumará; ABIA; IMS; UERJ, 1994; PORTELA, Jacob Augusto S. Relação

Cumpre observar que, fundamentalmente, ao provocar reações discriminatórias e excludentes, muitas até ao ponto de impor agressões físicas às pessoas soropositivas,[6] a aids questiona tanto o princípio da igualdade, base da elaboração doutrinária dos direitos humanos, quanto as formas pelas quais o Direito e a sociedade tratam as diferenças.

A hipótese que pretende guiar a tese consiste em averiguar se as respostas jurídicas à aids constituem afirmação ou negação do princípio da igualdade, já que implicam a delimitação de um terreno separado para a normatividade jurídica brasileira, extenso e peculiar o suficiente para permitir um olhar detido e uma caracterização em seu conjunto.

Ao se conjugar aids e Direito, poderia parecer como primeira opção e a mais adequada abrir espaço para a abordagem do tema em seu enfoque interno, ou seja, com o olhar concentrado nas relações entre saúde e direitos, tomando por base o conjunto de normas que regulam os comportamentos vinculados à infecção, à sua propagação, ao seu tratamento e à sua evolução. Por essa via, seria talvez possível mencionar um "direito da aids", consubstanciado na reunião dos direitos próprios das pessoas que convivem com a doença, através da identificação de um recorte da área jurídica que trataria de forma distinta os indivíduos atingidos pela epidemia.

No entanto, a proposta aqui desenvolvida aspira ir um pouco além, ao contemplar a questão também de um ponto de vista externo, pois intenta discutir o que leva o Direito a produzir esses recortes normativos, a partir de uma dada identidade

---

ONGs/Estado: o caso da ABIA. Mimeo. Dissertação de Mestrado, apresentada em 1997 perante o Programa de Pós-Graduação em Antropologia e Ciência Política, do Instituto de Ciências Humanas e Filosofia, da Universidade Federal Fluminense; RAIZER, Eugênia Célia. O estatal, o público e o privado e suas expressões na epidemia da AIDS. Mimeo. Tese de Doutoramento em Serviço Social, apresentada perante a Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 1997; VALLINOTO, Tereza Cristina. A construção da solidariedade: um estudo sobre a resposta coletiva à AIDS. Mimeo. Dissertação de Mestrado em Saúde Pública, apresentada perante a Escola Nacional de Saúde Pública do Rio de Janeiro, 1991.

[6] Soropositividade "qualifica o estado de um ser humano ou de um animal cujo soro contém anticorpos contra um agente infeccioso. No caso da AIDS, o agente é o HIV" (MONTAGNIER, Luc. Vírus e homens: AIDS: seus mecanismos e tratamentos. Trad. de Maria Luiza X. Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1995, p. 240). Neste trabalho, adotar-se-ão as expressões pessoa soropositiva, doente de aids ou pessoa convivendo com HIV e aids para designar aqueles que são acometidos pela infecção. A opção se justifica por serem as locuções mais freqüentemente utilizadas e que não contém forte carga de discriminação, como acontece, por exemplo, com o termo aidético, encontrado em julgados e em alguns textos legislativos, às vezes até com intenção de homenagem aos soropositivos, como é o caso da Lei Municipal n.° 4.848, de 13 de janeiro de 1994, de Salvador (BA), que institui o dia municipal dos cancerosos e aidéticos (BRASIL. Salvador (BA). Lei Municipal n.° 4.848, de 13 de janeiro de 1994. **Diário Oficial do Município**, Salvador (BA), 14 jan. 1994).

social, no caso, mediante o reconhecimento das situações peculiares vivenciadas pelas pessoas que enfrentam o HIV e a aids em seu cotidiano.

A linha de reflexão seguida indica, ainda, a insuficiência de uma exclusiva história natural do HIV. Ao contrário, assinala o fato que tal epidemia é constituída por múltiplos fatores, sobretudo os de ordem econômica, cultural, psicológica, social e política, dimensões imprescindíveis à compreensão do fenômeno em sua integralidade e, em especial, em suas repercussões jurídicas. As respostas biológicas e médicas, bem assim as jurídicas, não se podem afastar do cenário social mais amplo,[7] podendo-se, mesmo, afirmar que cada cultura constrói as suas próprias e específicas visões sobre a aids.[8]

Não se pode esquecer que a aids apareceu em momento político bastante peculiar para a sociedade brasileira, qual seja, o da abertura democrática instaurada com o fim da ditadura militar. Essa circunstância assume especial relevo em seus desdobramentos, entre eles, a intensa atividade dos movimentos sociais reivindicatórios e a instalação da Assembléia Nacional Constituinte.

No contexto mundial, o caso brasileiro é exemplar, não só pelo extenso número de casos notificados de aids e pela complexidade do perfil epidemiológico, mas também pelas ações desenvolvidas por órgãos e entidades governamentais e não governamentais, especialmente a partir de recursos provenientes de empréstimos tomados junto ao Banco Mundial.

Modernidade

Apesar de o compromisso expresso ser com a contemporaneidade do tema, há momentos em que é imprescindível recuar até os séculos XVI a XVIII, tidos por responsáveis pelas profundas mudanças ou mutações que resultaram na nossa atual

---

[7] Conforme afirmam, entre outros, PARKER, Richard. A construção da solidariedade: AIDS, sexualidade e política no Brasil. Rio de Janeiro: Relume-Dumará; ABIA; IMS; UERJ, 1994, p. 32 e ss.; DANIEL, Herbert; PARKER, Richard. AIDS: a terceira epidemia. São Paulo: Iglu, 1991.

[8] Conforme DANIEL, Herbert. Vida antes da morte/ *Life before death*. Rio de Janeiro: Tipografia Jabuti, 1989, p. 23. Trabalho bastante ilustrativo, nesse sentido, é o livro do jornalista norte-americano Randy Shilts (O prazer com risco de vida. Rio de Janeiro: Record, 1990), em que são relatados todos os fatos importantes relacionados à aids nos Estados Unidos, desde a identificação do primeiro paciente, de forma a demonstrar a profunda inter-relação existente entre os mencionados aspectos políticos, médicos, sociais, comportamentais, etc.

configuração histórica.[9] Mas tal não se dá com a preocupação em se remontar a épocas passadas, com vistas à plena reconstituição do pensamento então vigente. A historização é, por isso, utilizada como recurso metodológico indispensável à melhor compreensão de problemas que surgiram em épocas distintas, mas que convivem em estado de tensão no mundo contemporâneo.

Desse modo, o texto não acolhe passivamente a herança iluminista, para a qual a razão progride ao fazer a sua autocrítica. Procura-se, isto sim, identificar erros, ilusões e ideologias que armam a permanente defesa desse mito fundacional da modernidade.[10] Essa estratégia foi desenvolvida por numerosos pensadores, que entendem o avançar do conhecimento pela via da refutação de teorias e das respectivas substituições por outras, hipoteticamente melhores e mais ricas: "*experimento y error constituyen el recorrido de la verdad*".[11] Em sua vertente positivista, a ciência é arrogada como a única verdade, desqualificando outras relações com a realidade.[12]

Também não se pretendeu assumir a herança historicista, cuja concepção linear do tempo prevê a reconciliação futura das contradições presentes.[13] Como apontava Nietzsche, nada nos assegura de que seremos melhores no futuro.[14]

Não obstante, vivem os juristas modernos a ilusão de permanente aperfeiçoamento do direito, dentro de uma linha evolutiva contínua e interna, em que a etapa anterior é sempre o antecedente necessário da etapa posterior, melhor e mais bem acabada. Assim, no seu processo de desenvolvimento em direção ao estádio final, onde encontrará a perfeição absoluta, vão lhe sendo introduzidas modificações tendentes a torná-lo sempre melhor do que era antes da alteração.

---

[9] Conforme ARAÚJO, Inês Lacerda. Foucault e a crítica do sujeito. Curitiba: Ed. da UFPR, 2000, p. 21.
[10] Ver, a respeito, ARAÚJO, Inês Lacerda. Foucault e a crítica do sujeito. Curitiba: Ed. da UFPR, 2000, p. 22.
[11] Em tradução livre: "experiência e erro constituem o recurso da verdade" (DAHRENDORF, Ralf e ANTISERI, Darío. *El hilo de la razón*. Trad. de Guillermo Piro. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1994, p. 73).
[12] Conforme ARAÚJO, Inês Lacerda. Foucault e a crítica do sujeito. Curitiba: Ed. da UFPR, 2000, p. 22.
[13] Assim ARAÚJO, Inês Lacerda. Foucault e a crítica do sujeito. Curitiba: Ed. da UFPR, 2000, p. 22.
[14] "*Este mundo es prodigio de fuerza, sin principio, sin fin; una dimensión fija y fuerte como el bronce, que no se hace más grande ni más pequeña, que no se consume, sino que se transforma como un todo invariablemente grande; es una cosa sin gastos ni pérdidas, pero también sin incremento, encerrada dentro de la nada como en su límite; no es cosa que se concluya ni que se gaste, no es infinitamente extenso, sino que se encuentra inserto como fuerza, como juego de fuerzas y ondas de fuerza; que es, al mismo tiempo, uno y múltiple; que se acumula aquí y al mismo tiempo disminuye allí; un mar de fuerzas normales que se agitan en sí mismas, que se transforman eternamente, que discurren eternamente; un mundo que cuenta com innumerables años de retorno, un flujo perpetuo de sus formas, que se desarrollan desde na más simple a la más complicada*" (NIETZSCHE, Friedrich. La voluntad de poderío. Trad. de Aníbal Froufe. Madrid: EDAF, 1981, p. 554).

Essa concepção, ajustada a uma metodologia empírica, de "ensaio e erro", indicaria a necessidade de serem experimentadas diferentes possibilidades legislativas, para depois serem descobertas explicações para todos os fenômenos, remetendo cada efeito a uma causa e revelando a cadeia de causas e efeitos. Todavia, o direito brasileiro carece de pesquisas sistemáticas sobre a sua atuação no âmbito da sociedade, o que não tem impedido, porém, a proliferação de juízos negativos sobre o ordenamento, deduzidos a partir de experiências pessoais e alegados para sustentar propostas de reforma legislativa.

A inconsistência desses juízos formados pela *doxa* ("opinião") e não pela *episteme* ("conhecimento") é evidente ante a extraordinária multiplicidade das experiências individuais e agrava o olhar próprio de cada profissional da área jurídica. Alia-se a essa crença evolutiva a pressuposição que o aperfeiçoamento de nosso conjunto de normas brotará através de seguidas alterações legislativas, segundo a idéia que o direito conforma a realidade. Assim, bastaria mudar o conteúdo das leis para que os problemas sociais, culturais, políticos, econômicos e jurídicos prontamente se apresentassem resolvidos.

Naturalmente, as coisas não se passam dessa forma. Há obstáculos muito mais consistentes e difíceis do que aqueles enfrentados durante a implementação de reformas legislativas. De um lado, há uma clara implicação entre o direito e a estrutura do Estado em que ele se insere. De outro, há a tradição cultural, também no campo jurídico, que não se altera automaticamente com a reforma dos diplomas legais. A investigação da experiência e a preocupação em sondar, ouvir e discutir os nossos problemas poderiam trazer significativos aportes aos afazeres do Direito.

Por todas essas razões, como apoio ao desenvolvimento do trabalho, são utilizados elementos textuais, que vão desde artigos, livros, teses e documentos oficiais oriundos de agências e organismos nacionais e internacionais, até decisões judiciais e textos legislativos. Procura-se, por essa via, sistematizar e organizar dados tidos como mais importantes para o percurso social da aids, no Brasil.

Mudança de paradigma

Não se recusa, como visto, toda a herança do pensamento moderno, mas apenas se aponta a inconsistência da sua pertinaz superação crítica, presidida pela idéia de iluminação progressiva[15] na história do pensamento.

Fala-se, então, em ruptura paradigmática,[16] referida justamente à perda da capacidade de superação interna da modernidade e à abertura de horizontes amplos e inexplorados. Porém, as paisagens que se descortinam estão longe de ter a placidez prometida, pois envolvem rompimento e perda.[17]

Imprescindível a adoção dessa postura crítica, cujo pressuposto é a contínua reconstrução das verdades estabelecidas, que são desmentidas, e do saber, que se desmancha.[18] Com a destruição de todas as nossas condições de vida, mesmo as mais profundamente enraizadas, aumentam exponencialmente as tensões culturais e se multiplicam os equívocos de percepção, de definição e de relação com a vida.[19] A aids contribui decisivamente para esse rol de incertezas.

---

[15] A iluminação progressiva "se desenvolve com base na apropriação e na reapropriação cada vez mais plena dos 'fundamentos', que freqüentemente são pensados também como as 'origens', de modo que as revoluções teóricas e práticas da história ocidental se apresentam e se legitimam na maioria das vezes como 'recuperações', renascimentos, retornos. A noção de 'superação', que tanta importância tem em toda a filosofia moderna, concebe o curso do pensamento como um desenvolvimento progressivo, em que o novo se identifica com o valor através da mediação da recuperação e da apropriação do fundamento-origem" (VATTIMO, Gianni. O fim da modernidade. Niilismo e hermenêutica na cultura pós-moderna. Trad. de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1996, pp. VI-VII).

[16] "Consideramos revoluções científicas aqueles episódios de desenvolvimento não-cumulativo, nos quais um paradigma mais antigo é total ou parcialmente substituído por um novo, incompatível com o anterior. [...] As revoluções científicas iniciam-se com um sentimento crescente, também seguidamente restrito a uma pequena subdivisão da comunidade científica, de que o paradigma existente deixou de funcionar adequadamente na exploração de um aspecto da natureza, cuja exploração fora anteriormente dirigida pelo paradigma" (KUHN, Thomas. A estrutura das revoluções científicas. Trad. de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 5ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2000, pp. 125-126).

[17] "Futuro, ruptura e transformação seguem, pois, lado a lado, na tentativa de construção desse caminho, novo ou renovado, nascido do choque inevitável entre a realidade as categorias jurídicas ultrapassadas; entre 'o novo que surge e o velho que declina'" (FACHIN, Luiz Edson. Teoria crítica do direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 329).

[18] Conforme SANTOS, Milton. A natureza do espaço: técnica e tempo - razão e emoção. São Paulo: HUCITEC, 1996, p. 15.

[19] Ver, a esse respeito, SANTOS, Milton. Técnica, espaço, tempo. Globalização e meio técnico-científico informacional. 2ª edição. São Paulo: HUCITEC, 1996, p. 21.

Abre-se para o indefinido,[20] a partir da própria alteração de concepção filosófica. Já não está o legislador convencido que, racionalmente, possa organizar o mundo segundo a sua vontade.[21]

Nesse panorama de permanentes rupturas e desconstruções, outras considerações e valores outros devem se integrar no exercício da solidariedade social, construída na vida em sociedade e não inscrita em abstratos esquemas jurídicos.[22] "É impossível percorrer o roteiro proposto sem descobrir, com certo espanto e encantamento, a solidão subjetiva em que o homem moderno foi lançado, inebriado pelo canto sedutor da técnica e pela força avassaladora do mercado. Parece urgente rememorar a natureza olvidada no sujeito".[23]

Alguns autores referem o momento atual como inscrito na pós-modernidade, expressão que serve para designar o caráter de mudança, de crise, de variação, característicos do tempo atual e de nosso direito. Este, como expressão cultural que é, sofre os influxos das mudanças valorativas, econômicas, históricas, éticas e religiosas de seu tempo.[24]

Modernidade tardia ou pós-modernidade, importa destacar a perda das certezas e suas repercussões na recolocação de questões fundamentais para o Direito e para as instituições fundadas na racionalidade, cientes que entre elas se inscreve a confusão instalada na realidade pelo surto de aids.

Possibilidades jurídicas da investigação

---

[20] Nessa passagem paradigmática, "é possível que fiquem abertas muitas portas e várias questões sem resposta singela e direta. Mas essa é uma mudança de paradigma: da segurança e rigidez conceituais a migração aponta para o horizonte que desafia a criação e a construção, sem perder, na indefinição, os referenciais e o norte desse caminhar" (FACHIN, Luiz Edson. Teoria crítica do direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 329-330).

[21] "Como aconteceu logo depois da Revolução Francesa; convencido de que as leis rígidas, definidoras de tudo e para todos os casos, são necessariamente insuficientes e levam seguidamente a situações de grave injustiça, o legislador admitiu, como instrumento para a regulação social, a norma legal que permite a solução do caso concreto de acordo com as suas circunstâncias, ainda que isso possa significar uma multiplicidade de soluções para uma mesma situação basicamente semelhante, mas cada uma com particularidades que impõem solução apropriada, embora diferente da outra" (AGUIAR JR., Ruy Rosado. As obrigações e os contratos. **Revista do Centro de Estudos Judiciários**. Brasília, n. 9, p. 33, set./dez. 1999).

[22] "Os dias de hoje são a demonstração inequívoca de que os poros do sistema jurídico estão abertos, que os diques construídos pelo sistema clássico, para barrar este tipo de influências recolhidas dos fatos, estão ruindo. A partir dessa ruína, e se há, efetivamente, uma ruína, principiam outras interrogações" (FACHIN, Luiz Edson. Teoria crítica do direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 316).

[23] GEDIEL, José Antônio Peres. Prefácio. **In**: A escola de Frankfurt no direito. Curitiba: EDIBEJ, 1999, p. 13.

A constatação que a aids se constitui na primeira epidemia mundial a ocorrer na época contemporânea exige que os programas, ações e serviços destinados ao seu combate, necessariamente, estejam permeados, para além da mera eficácia em termos de saúde pública, pelo atendimento aos direitos da pessoa humana.[25]

A primeira tensão surge com a própria adoção de medidas preventivas de saúde pelas autoridades estatais, muitas vezes ainda marcadas pela coerção, compulsão e restrição, tradicionais na história das políticas públicas.[26] Se, de um lado, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais[27] impõe aos Estados a "prevenção e o tratamento das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras, bem como a luta contra essas doenças",[28] de outro, as respostas dadas pelas autoridades nem sempre se pautam pelo respeito aos direitos, resvalando seguidamente para o terreno da arbitrariedade e do abuso, pondo em risco a dignidade humana que pretendem resguardar, sob a capa de interesse social ou público. Basta referir, a título de exemplificação, as reiteradas tentativas de realização compulsória de exames para detecção de anticorpos ao HIV em internos do sistema prisional, em albergados e em funcionários de determinada empresa. Ou, em situações mais graves, no isolamento e discriminação arbitrariamente decretados.[29]

Uma segunda gama de conflitos que interessam ao Direito se verifica nas relações interindividuais, nas quais a discriminação, em todas as suas manifestações, trouxe graves conseqüências, não só ao indivíduo infectado, mas sim a toda sociedade, que se tornou mais vulnerável à própria propagação da moléstia. Várias são as questões observadas no cotidiano forense, desde a recusa à prestação de serviços profissionais, até o abandono e o afastamento de familiares e amigos, várias delas com profundas repercussões jurídicas.

---

[24] Segundo MARQUES, Cláudia Lima; CACHAPUZ, Maria Cláudia; VITÓRIA, Ana Paula da Silva. Igualdade entre filhos no direito brasileiro atual - direito pós-moderno? Igualdade. Curitiba: vol. 8, n.º 26, jan./mar. 2000, pp. 1-2.

[25] Conforme MANN, Jonathan e outros. A AIDS no mundo. Rio de Janeiro: Relume Dumará; ABIA; IMS; UERJ, 1993, p. 242.

[26] Ver, a respeito, ROSEN, G. *History of Public Health*. Nova Iorque: M. D. Publications, 1958.

[27] Adotado pela Resolução n.º 2.200-A (XXI) da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966, e ratificado pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992.

[28] Em seu art. 12, n.º 2, letra "c".

Uma terceira pode ser vislumbrada nas relações entre as pessoas infectadas e pessoas jurídicas de direito privado. Com freqüência, companhias seguradoras recusam o pagamento do valor segurado aos beneficiários de indivíduo falecido em razão da aids, planos de saúde negam o ressarcimento de despesas médicas referentes ao seu tratamento, empregadores exigem a apresentação dos resultados de exame para detecção de anticorpos ao HIV para a admissão ou para a manutenção do emprego, estabelecimentos de saúde impedem o acesso de doentes para o tratamento adequado e assim por diante.

Frente aos divergentes interesses e valores em conflito, o Direito almeja apresentar suas soluções, segundo princípios e diretrizes fundamentais, cuja centralidade se localiza no tratamento a ser conferido à igualdade, agora perturbada pelas diferenças concretas. Prevalece a preocupação com a defesa dos direitos da pessoa infectada, em decorrência da lógica perversa que tem acompanhado o enfrentamento da moléstia, fruto do preconceito e da ignorância, que associa a incurabilidade da infecção pelo HIV com a intratabilidade das intercorrências provocadas pelo mesmo e, conseqüentemente, despreza os direitos básicos dos portadores e doentes, até o ponto de se recuperar a idéia de morte civil.

O desenvolvimento da pesquisa compreende uma primeira incursão nos aspectos biológicos, epidemiológicos e sociais da aids, de forma a demonstrar a necessidade de se lançar mão da interdisciplinaridade e da ética, como fios condutores das discussões a serem empreendidas.

A seguir, são exploradas as respostas produzidas pelos órgãos estatais e pelos não governamentais brasileiros ao advento da epidemia, a partir da década de 1980. Aqui, já remanescem claros os vínculos da doença com a necessidade de preservação da dignidade humana e dos direitos das pessoas que vivem com a aids. Interessante ressaltar que se torna manifesta a oposição entre os enfoques dados pelo judiciário e aqueles que orientam a construção das políticas públicas pelo executivo ou pelo legislativo.

---

[29] Como ocorreu, há poucos anos, em certo município do interior do Paraná, cujo secretário municipal de saúde promoveu ampla divulgação, através de fotos e cartazes, da identidade de um cidadão portador do HIV, recomendando a todos que o evitassem e não lhe fornecessem bens e serviços, à guisa de impedir o contágio.

Em prosseguimento, é apresentada a concepção moderna da igualdade, reconstituída, a partir da herança clássica, com os materiais produzidos pelas revoluções burguesas do século XVIII e desenvolvida durante toda a modernidade, segundo parâmetros diversos.

Com base na igualdade, torna-se perceptível o processo de expansão dos direitos do homem, seja no âmbito internacional, em que cada vez mais países passam a incorporá-los a seus ordenamentos jurídicos, seja no elenco cada vez maior de direitos a serem protegidos, consolidando de forma irresistível o modelo teórico de natureza eurocêntrica.

Igualdade e diferença, quebrando de forma indelével a harmonia dos padrões da modernidade, confrontam-se e se complementam, trazendo à cena os movimentos sociais dirigidos à reivindicação do direito a ser diferente, enfatizando a diversidade e o multiculturalismo presente nas sociedades modernas. Mas essa bandeira traz ciladas, representadas pela reapropriação do tema pelas forças conservadoras e pela utilização retorsiva dos argumentos que favorecem o reconhecimento das diferenças entre os homens. De qualquer sorte, a diferenciação se mostra hoje irreversível, cumprindo ao direito incorporá-la aos seus princípios e tratá-la segundo critérios orientados à superação das desigualdades, e não à consolidação de novos privilégios.

Por fim, são analisados os direitos sob o influxo da aids, revelando novos aspectos que não eram perceptíveis e reforçando outros que estavam esquecidos. Com isso, tenta-se captar os percursos trilhados pelo princípio da igualdade, desde o início da modernidade até os dias atuais, enfocando-os dentro de novas perspectivas jurídicas abertas pelo impacto decorrente da aids e da defesa do direito à diferença.

O lugar de onde se fala

A eleição do tema traduz, por si, a contemporaneidade das preocupações do jurista e, além disso, o envolvimento pessoal do pesquisador, que com ele trabalha, há anos, como integrante do Ministério Público e como participante de organismos públicos e privados que tratam de questões jurídicas concernentes à aids. Esse é o lugar

de onde se fala, o qual circunscreve o campo de possibilidades individuais do seu autor.[30]

Não se pretende afirmar, com isso, que tenham sido deixados de lado todos os compromissos científicos que a pesquisa exige. Muito ao contrário, quer-se deixar, desde logo, manifestas as circunstâncias que muitas vezes são omitidas ou desconsideradas, em benefício de uma traiçoeira neutralidade do pesquisador, tão cara a racionalidades ainda prevalentes na seara jurídica.[31]

A aids, historicamente identificada e determinada por múltiplos fatores,[32] não hospeda a neutralidade do olhar, pois a discussão a seu respeito para qualquer área do conhecimento não oferece um lugar seguro ou um ponto neutro para aquietar o investigador ao se embrenhar em seu interior.[33]

O desafio, portanto, está em conciliar o rigor acadêmico com as limitações individuais, ainda mais quando se está a falar sobre o presente, ou seja, sobre algo que está em permanente mudança e cuja marca é a transitoriedade, que pode tornar superadas, conforme anotado, todas as certezas e verdades hoje aceitas. Ao serem escritos no calor da hora,[34] os textos sobre a aids podem ser, por vezes, aproximados aos relatos recebidos do front de uma guerra.[35]

---

[30] É aqui adotado o sentido de possibilidade conferido por Gilberto Velho: "os projetos individuais sempre interagem com outros dentro de um campo de possibilidades. Não operam num vácuo, mas sim a partir de premissas e paradigmas culturais compartilhados por universos específicos" (Projeto e metamorfose. Antropologia das sociedades complexas. Rio de Janeiro: Zahar, 1994, p. 46).

[31] "*De la misma forma que Gramsci decía que no hay nadie sin filosofía - otra cuestión es si es consciente ou inconsciente - en el caso de la historia, siempre hay una toma de partido. La trampa de la historia académica que se quiere neutra es que lo niega y lo oculta [...] La imparcialidad no solo es imposible, sino que ni siquiera es deseable. La objetividad es algo distinto. Hay que decir la verdad, otra cosa es que te importe o no te importe esa verdad, lo que pasa*" (FONTANA, Josep. **Apud** MARTINEZ, Gregorio Peces-Barba e GARCIA, Eusebio Fernandez (orgs.). Historia de los direitos fundamentales. Tomo I: transito a la modernidad - siglos XVI y XVII. Madri: Dykinson, 1998, p. 5). Ou seja, a objetividade não é neutra. São assumidos compromissos com valores que dão sentido aos direitos: a dignidade humana, a autonomia, a segurança, a liberdade, a igualdade e a solidariedade.

[32] Ver, a esse respeito, PARKER, Richard. Na contramão da AIDS: sexualidade, intervenção, política. Rio de Janeiro: ABIA; São Paulo: Ed. 34, 2000.

[33] Consoante CAMARGO JUNIOR, Kenneth Rochel de. As ciências da AIDS & a AIDS das ciências: o discurso médico e a construção da AIDS. Rio de Janeiro: ABIA; IMS/UERJ; Relume-Dumará, 1994, p. 45.

[34] Expressão utilizada por Jane Galvão (Aids no Brasil: a agenda de construção de uma epidemia. Rio de Janeiro: ABIA; São Paulo: Ed. 34, 2000, p. 25), baseada no título um livro de Walnice Nogueira Galvão, sobre a Guerra de Canudos.

[35] Assim os compara SONTAG, Susan. A doença como metáfora. Rio de Janeiro: Graal, 1984.

CAPÍTULO I
A AIDS EM SUAS DIMENSÕES

1. Aparecimento e caracterização da doença

1.1 Identificação e descrição da aids

Conhecido há alguns anos, somente a partir de meados da década de 1970 é que o HIV teve disseminação significativa no mundo.[36] Após receber notícias a respeito de mortes de jovens homossexuais por pneumocistose, forma rara e particularmente grave de pneumonia, ocorridas em Los Angeles, bem como de homossexuais masculinos atingidos pelo Sarcoma de Kaposi, em Nova York, o *Center for Disease Control* (CDC)[37] criou um grupo de trabalho encarregado de investigar tais eventos e suas possíveis causas, em meados de 1981.

Realizou-se, então, amplo levantamento, entre outubro de 1981 e dezembro do mesmo ano, passando-se a formular hipóteses sobre a doença, que começava a tomar aspectos epidêmicos.[38] Ao final de 1982, depois de começarem a ser constatados casos em hemofílicos, o CDC fixou o nome da doença como aids (*Acquired Immuno Deficiency Syndrome*).[39] Havia sido, pouco antes, descrito o primeiro caso de aids,[40]

---

[36] "*La década de los años 80s trajo para la humanidad una de las enfermidades más duras de su historia. En poco menos de una década, el síndrome de inmunodeficiencia adquirida pasó, de rareza asociada exclusivamente a grupos marginales, a pandemia susceptible de afectar a todos, en muchos aspectos, por virtud del alto grado de desinterés social inicial y del ancestral hábito de esperar a que las ciencias biológicas aporten la solución a las nuevas enfermedades*" (PUCCINELLI, Oscar Raul. *Sida, constitución y derechos humanos*. Palestra proferida no Seminário Estadual Direitos Humanos em HIV/Aids, Curitiba, 4 e 5 dez.1997, mimeo).

[37] "O *Center for Disease Control* (CDC), instalado no subúrbio de Atlanta, é um órgão importante a que estão ligados mais de quatro mil pesquisadores. Sua missão geral: proteger a saúde dos americanos, o que implica que se ocupem também do resto do mundo. Todos os riscos sanitários são examinados com lupa. Foi sobretudo no campo das doenças infecciosas que o CDC - criado em 1942, pouco depois de Pearl Harbor, para controlar a malária nas zonas de guerra - conquistou uma reputação internacional. Milhares de amostras de sangue e de órgãos, centenas de vírus e de micróbios, vindos de todo o planeta, são conservados ali para servir à pesquisa. Sobretudo, o CDC compreende um departamento composto por médicos e cientistas que são um pouco caçadores de micróbios, sempre prontos a ir a qualquer lugar do mundo para se lançar na pista de um agente infeccioso ainda desconhecido" (MONTAGNIER, Luc. Vírus e homens: AIDS: seus mecanismos e tratamentos. Trad. de Maria Luiza X. Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1995, p. 35).

[38] Pelo fato de atingir, em seu início, basicamente homossexuais do sexo masculino, por pouco a denominação da doença não se tornou GRID, correspondente a *Gay Related Immuno Deficiency*: imunodeficiência ligada à homossexualidade (consoante reporta MONTAGNIER, Luc. Vírus e homens: AIDS: seus mecanismos e tratamentos. Trad. de Maria Luiza X. Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1995, p. 37).

[39] Cuja tradução literal seria síndrome da imunodeficiência adquirida. Divergindo dos demais países de língua latina, o Brasil adotou a sigla inglesa para a moléstia (aids), ao invés da sua versão vernacular (sida). Atribui-se a opção ao intento de serem evitadas situações de constrangimento, por inadvertência, para pessoas que são

apesar de, naquela época, já se ter disseminado o vírus em pelo menos 20 países, atingindo cerca de 100.000 pessoas.[41]

Delineava-se o perfil da nova moléstia e suspeitava-se da sua relação com um vírus, embora sua origem precisa permanecesse desconhecida. A própria discussão acerca da primazia na identificação e isolamento do agente causador da aids constituiu matéria de intensa polêmica, envolvendo cientistas de diferentes países e expressivos interesses econômicos.

De um lado, o bioquímico norte-americano Robert Gallo e sua equipe, ligados ao NIH, depois de obter o isolamento do HTLV (*Human T Leukemia Virus*) e identificar o seu papel causal em certas leucemias, procurava demonstrar que suas variantes - HTLV1, HTLV 2 e HTLV3 - seriam responsáveis pela aids. Esse cientista publicou, a partir de abril de 1983, artigos em revistas científicas (*Science* e *Nature*), relatando os resultados de suas experiências e apontando a vinculação do HTLV com a aids.

De outro lado, à mesma época, o virologista francês Luc Montagnier, chefiando equipe de pesquisadores vinculados ao Institut Pasteur de Paris, começa a relatar experimentos que apontam outro vírus como causador da doença, chamando-o de LAV (*Lymphadenopathy Associated Virus*). Tendo ambos trabalhado durante certo tempo em regime de cooperação, houve intercâmbio de materiais e amostras virais entre o NIH e o Institut Pasteur. Inicia-se, então, uma longa controvérsia, com mútuas e recíprocas trocas ásperas de acusações acerca da utilização indevida de amostras virais alheias, para ao final se concluir que o HTLV3 e o LAV eram idênticos e se constituíam no vírus causador da aids.

---

referidas através do uso da contração 'cida', muito freqüente em nosso país, em razão do nome 'Aparecida', padroeira nacional.

[40] "Histórias sobre o 'paciente zero', assim como as narrativas sobre a origem da AIDS na África eram bastante recorrentes na década de 80. O 'paciente zero', Gaetan Dugas, identificado como um comissário de bordo canadense que se divertia nas saunas e boates *gays* da Califórnia, foi descrito como sendo o principal elo de ligação entre os primeiros casos de AIDS detectados nos Estados Unidos: "Dos dezenove primeiros casos de GRID [*Gay Related Immune Deficiency*, primeira denominação para o que hoje é conhecido como AIDS] em Los Angeles, quatro tinham feito sexo com Gaetan Dugas. Outros quatro casos, ao mesmo tempo, tinham ido para a cama com pessoas que haviam mantido relações sexuais com Dugas, estabelecendo ligações sexuais entre nove dos dezenove casos de Los Angeles" (Shilts, 1990: 176)" (GALVÃO, Jane. Aids no Brasil: a agenda de construção de uma epidemia. Rio de Janeiro: ABIA; São Paulo: Ed. 34, 2000, p. 19).

[41] Conforme refere MANN, Jonathan *et alli*. A AIDS no mundo. Trad. de Outras Palavras. Rio de Janeiro: Relume Dumará: ABIA: IMS/UERJ, 1993, p. 19.

Formou-se um comitê para a definição da nomenclatura, presidido por Harold Varmus, que acabou por se decidir em favor da sigla HIV (*Human Immunodeficiency Virus*), aceita por ambos os grupos de pesquisadores. A disputa pelo seu patenteamento, todavia, ganhou as cortes norte-americanas, sendo resolvida apenas em 1987, através de um acordo assinado em Washington entre o NIH e o Institut Pasteur, cuja homologação foi feita pelo presidente norte-americano Ronald Reagan e pelo primeiro-ministro francês Jacques Chirac. Assim, a patente se tornou co-propriedade de ambas as instituições, que passaram a dividir os *royalties* entre si.[42]

Bem se vê que, para além da descoberta e da mera distinção pelo mérito do trabalho científico de cada qual, o embate traduziu consideráveis interesses patrimoniais, o que evidencia que a aids sempre sofreu os influxos de seu tempo, sejam eles sociais, biológicos, jurídicos, culturais ou econômicos.

Com base na sua origem viral, pode-se dizer que a aids é uma enfermidade infecciosa ou transmissível, humana, não hereditária, cuja gravidade consiste no ataque progressivo às células integrantes do sistema imunológico. Tem caráter crônico, pois sua evolução normalmente é lenta, demorando mais de dez anos entre o instante da contaminação e o aparecimento de seus primeiros sinais clínicos.[43] Tais características são relevantes para a definição das políticas públicas e das respostas jurídicas.

Há grande consenso a respeito do fato de ser o HIV o agente causal da aids, como antes referido, apesar de existirem isoladas posições divergentes.[44] Pertence ele ao grupo dos retrovírus e possui duas variações: o HIV-1, mais disseminado em todo o

---

[42] Segundo Luc Montagnier, "a partilha foi igual entre as instituições, mas não entre os inventores. Os três americanos, Robert Gallo, Mika Popovic e Sarang receberam regularmente, cada um, cem mil dólares. A partir de 1985, os franceses não receberam nada durante vários anos, porque começou-se por deduzir todas as custas de advogados da porcentagem dos *royalties* que lhes cabia. Depois, em 1991, quando chegaram os primeiros saldos 'positivos', a contrapartida financeira atribuída aos inventores franceses estava longe de ser equivalente à de nossos colegas americanos" (Vírus e homens: AIDS: seus mecanismos e tratamentos. Trad. de Maria Luiza X. Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1995, p. 65).

[43] Conforme MONTAGNIER, Luc. Vírus e homens: AIDS: seus mecanismos e tratamentos. Trad. de Maria Luiza X. Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1995, p. 69.

[44] "*Un pequeño número de iconoclastas ha cuestionado la conclusión que há prevalecido con respecto a que el HIV es la causa del sida. Estos escépticos creen que los científicos perpetúan egoísticamente el 'mito del HIV' para proteger sus presupuestos para investigación, y que el sida puede estar provocado por drogas, tales como los inhalantes de nitrito de amilo, por microorganismos como el mycoplasma o, incluso, por la droga AZT*" (ESSEX, Max. *HIV y sida.* **Actualizaciones en sida**. Buenos Aires, Fundación Huésped, vol. 2, n.° 5, set. 1994). Semelhantes posicionamentos, ainda que inexpressivos numericamente, soem ocasionar graves problemas ao se conjugarem com políticas públicas, como ocorre em alguns países africanos, que recusam a adoção de medidas preventivas à propagação do HIV, com resultados catastróficos para a população. Na tentativa de alterar esse panorama e sensibilizar as autoridades, programou-se a Conferência Internacional de Aids para a Cidade do

mundo, e o HIV-2, mais presente na África ocidental e alguns poucos países. Ambos são diferentes do ponto de vista genético, mas são transmitidos do mesmo modo e causam os mesmos danos, motivo pelo qual serão aqui tratados conjuntamente.

1.2 Detecção do HIV

Para a detecção da presença do HIV no organismo humano, são utilizadas técnicas diversas, podendo-se pesquisar desde a presença de anticorpos[45] produzidos pelo indivíduo infectado, até diretamente a do próprio vírus ou de suas proteínas[46] no sangue.

A pesquisa dos anticorpos no soro sangüíneo é a estratégia mais praticada, através do teste de detecção ELISA (*Enzyme-Linked Immunosorbent Assay*), em razão do seu custo relativamente baixo. Se o seu resultado for positivo, realiza-se novo teste com a mesma amostra de sangue. Se novamente houver reação positiva, utiliza-se outra amostra de sangue em teste para confirmação, mais preciso e de maior custo, conhecido por *Western Blot*, que irá especificar as proteínas virais reconhecidas pelos anticorpos. Só então será a soropositividade comunicada à pessoa infectada.[47]

Cabo, na África do Sul, colocando-se o tema em pauta e extraindo-se conclusões no sentido da confirmação do papel causal do HIV para a aids.

[45] Anticorpos são "proteínas produzidas pelos linfócitos B para responder à presença de antígeno. Os anticorpos têm um importante papel de proteção e de defesa no curso das infecções. Os anticorpos neutralizantes impedem o vírus de se fixar sobre seus alvos" (MONTAGNIER, Luc. Vírus e homens: AIDS: seus mecanismos e tratamentos. Trad. de Maria Luiza X. Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1995, p. 236). Constituem "substância específica, com os caracteres da gamaglobulina, produzida pelo organismo, para defesa contra substâncias estranhas capazes de produzir moléstias" (MICHAELIS - Dicionário Prático da Língua Portuguesa. São Paulo: Melhoramentos, 1987, p. 74).

[46] Proteína é a "molécula biológica composta de cadeias de ácidos aminados. As proteínas são os constituintes essenciais da matéria viva, servindo de elementos de sustentação, de reconhecimento ou de catálise (enzima)" (MONTAGNIER, Luc. Vírus e homens: AIDS: seus mecanismos e tratamentos. Trad. de Maria Luiza X. Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1995, p. 238). "Cada uma das substâncias de elevada massa molecular, composta de carbono, hidrogênio e nitrogênio, e às vezes também enxofre e fósforo, e que são os elementos essenciais de todas as células dos seres vivos. São encontradas nos reinos vegetal e animal" (MICHAELIS - Dicionário Prático da Língua Portuguesa. São Paulo: Melhoramentos, 1987, p. 745).

[47] Nos termos da Portaria n.º 488, de 17 de junho de 1998, da Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde, "para detecção de anticorpos anti-HIV serão adotados, obrigatoriamente, os procedimentos seqüenciados estabelecidos" (art. 1º), a fim de atender à necessidade de padronização, de orientação e de sistematização das ações de controle sanitário nesse campo, bem como evitar "a possibilidade de ocorrência de resultados falso-positivos ou falso-negativos" (preâmbulo). Exige-se o cumprimento de três etapas para os procedimentos seqüenciados: uma etapa inicial, de triagem sorológica, em que são realizados dois testes simultâneos na mesma amostra de soro ou plasma sangüíneo; se o resultado for reagente ou indeterminado, nova amostra será coletada e submetida ao teste de confirmação por Imunofluorescência Indireta - IFI; se o resultado for positivo, considera-se confirmada a soropositividade; se for negativo ou indeterminado, realiza-se uma terceira etapa, através do teste Western Blot, que irá definir o diagnóstico (BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância Sanitária. Portaria n.º 488, de 17 de junho de 1998. **Diário Oficial da União**, Brasília, 7 jan. 1997).

A sucessão de testes para a confirmação do diagnóstico positivo se justifica tanto pela imprecisão do teste mais comum e econômico quanto pelas profundas repercussões pessoais associadas à doença, que aconselham cuidado com o paciente e cautela na divulgação do resultado.[48] Em muitas situações em que o resultado do primeiro teste foi logo informado ao paciente e, em verdade, tratava-se de um falso resultado positivo ou negativo, as conseqüências sofridas se mostraram intensas, implicando na responsabilização dos profissionais e das entidades envolvidas com o diagnóstico equivocado.[49]

Ademais, em se tratando de danos morais, prescinde-se de demonstração do sofrimento da vítima pela falsa notícia.[50]

Todavia, nem sempre é bem compreendida na área jurídica a necessidade de realização de testes em seqüência, para a correta elaboração do diagnóstico, em face da

---

[48] É preocupação presente em nossos tribunais: "Responsabilidade civil. Prestação de serviço. Instituição hospitalar. Exame laboratorial. AIDS. Diagnóstico. Erro. Dano moral. Indenização. A atividade laboratorial exercida por entidade hospitalar insere-se dentre aquelas que se avizinham à prestação dos serviços médicos, motivo pelo qual deve ser tratada no mesmo plano desta, no que respeita à responsabilidade civil, seja quanto aos elementos para a sua caracterização, seja quanto aos efeitos que produz. Ao divulgar um resultado de exame, o ente prestador de serviços deve acautelar-se de todos os procedimentos necessários à preservação da integridade física e moral do paciente, inclusive quanto aos riscos do exame e à imprecisão do resultado, sob pena de responder pelos danos produzidos em decorrência da indicação de diagnóstico errôneo. A Síndrome de Imunodeficiência Adquirida é uma moléstia de efeitos nefastos, e o erro na informação de resultado de exame laboratorial, indicando desacertadamente a presença do vírus, causa constrangimento de toda a ordem na pessoa que ao mesmo se submeteu, justificando, assim, a condenação do responsável ao pagamento de indenização por danos morais. A fixação dos danos morais contém inegável carga de subjetividade, uma vez que os valores tutelados são insuscetíveis de mensuração, dada a sua própria natureza" (BRASIL. Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível n.º 234.299-6. Relator: Juiz Dorival Guimarães Pereira. **Diário da Justiça do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, julgado em 18 jun. 1997).

[49] Como os exames disponíveis são confiáveis e é sempre possível ao médico determinar a sua repetição, se não estiver seguro quanto aos resultados obtidos, considera-se a sua obrigação de resultado e não de meios, presumindo-se a sua responsabilidade profissional nas hipóteses de erro de diagnóstico. "Isto significa que incumbe ao profissional comprovar que, apesar da utilização correta das técnicas recomendadas para a realização dos exames, os resultados foram equivocados. Caso contrário, o erro de diagnóstico acompanhado de exames de laboratório terá por conseqüência a presunção de culpa profissional" (SANTOS, Marco Fridolin Sommer. A AIDS sob a perspectiva da responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 1999, pp. 97-98). A jurisprudência tem apontado também o dever de orientação correta para a confirmação do resultado do exame: "Dano moral. Teste de AIDS apresentando falso resultado positivo. Posterior exame, em outro laboratório, com diagnóstico negativo. Omissão do laboratório no dever de orientar eficazmente o paciente sobre a necessidade de reiteração do exame, para confirmação do resultado. Conduta que ocasionou evidente situação de sofrimento moral ao paciente, gerando a obrigação de indenizar por tal dano. Apelo provido para, reformando a sentença, julgar procedente a ação indenizatória" (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n.º 598.481.778. Relator: Desembargador Luiz Lúcio Merg. **Diário da Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, julgado em 25 mar. 1999).

[50] Nesse sentido: "Indenização. Dano moral. Puro. Erro de exame. HIV. Seqüelas. Responsabilidade do autor do procedimento. Para caracterização do dano moral puro, que prescinde de prova, basta o sofrimento imposto pela falsa notícia, oriunda de exame defeituoso, de contaminação por doença maligna incurável, socialmente discriminada. E pelo universo de seqüelas decorrentes responde a instituição hospitalar que comprovadamente procedeu defeituosamente o teste respectivo" (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n.º 595.152.521. Relator: Desembargador Luiz Gonzaga Pilla Hofmeister. **Diário da Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, julgado em 9 jun. 1995).

fragilidade dos exames disponíveis. Por conseguinte, são impostas condenações por danos morais com base nas divergências dos testes levados a efeito, como se a obrigação dos laboratórios consistisse em sempre apresentar resultados homogêneos e coincidentes, e não observar os procedimentos seqüenciados indicados pela legislação.[51]

Em relação aos recém-nascidos, é necessário levar em conta o óbice adicional consistente no fato de os bebês, cujas mães estejam infectadas pelo HIV, apresentarem sorologia positiva, em razão de os anticorpos maternos serem introduzidos, por via da placenta, na corrente sangüínea do feto, onde permanecem até, aproximadamente, os primeiros dezoito meses de vida. Com isso, o diagnóstico passa a depender de outros elementos, especialmente de indicações clínicas relacionadas ao aparecimento de sintomas da doença, pois os procedimentos para testagem sorológica se restringem a indivíduos com idade superior a dois anos.[52]

As repercussões jurídicas de semelhante obstáculo podem ser intensas nas situações em que se trate de criança encaminhada para a adoção ou para entidade de abrigo. Muitas autoridades públicas têm entendido conveniente e necessário investigar a condição sorológica de todas as crianças abrigadas ou encaminhadas para a adoção, independentemente de indicação clínica ou epidemiológica. Como a definição do diagnóstico pode demorar até dois anos, cria-se um período de espera para a conclusão do procedimento de adoção, em que a criança permanece abrigada em momento delicado de sua vida, vicissitude que lhe pode ocasionar seqüelas futuras irreversíveis.[53]

---

[51] Nesse sentido: "Responsabilidade civil. Responsabilidade hospitalar. Exames de sangue destinados a determinar se doador está infectado com o vírus da AIDS. Apresentação de laudos com conclusão no sentido positivo, seguido de duvidoso e indeterminado. Ulterior constatação de que o resultado correto é o negativo. Padecimento do paciente durante o lapso de tempo em que durou a dúvida. Dano moral. Caracterização. Indenização. Cabimento. Imposição. Sujeita-se ao pagamento de indenização por dano moral o hospital que, após a realização de exames destinados a determinar se doador de sangue está infectado com o vírus da AIDS, apresenta-lhe três resultados, um positivo, outro duvidoso e um terceiro indeterminado, verificando-se, depois que o resultado correto, obtido em outro centro de saúde, é o negativo, padecendo o paciente, enquanto durou a dúvida, grande dor, muito sofrimento, tristeza, mágoa e vergonha. Apelação provida. Sentença reformada" (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível n.º 1993.001.1755. Relator: Desembargador Wilson Marques. **Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, vol. 27, mai. 1995, p. 262).

[52] Assim dispõem o preâmbulo da Portaria e seu anexo (BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância Sanitária. Portaria n.º 488, de 17 de junho de 1998. **Diário Oficial da União**, Brasília, 7 jan. 1997).

[53] A Câmara Técnica de Ética e Cidadania de DST/AIDS, criada por Resolução da Secretaria de Estado da Saúde do Paraná (BRASIL. Paraná. Secretaria de Estado da Saúde. Portaria n.º 125/95, de 14 de setembro de 1995. Curitiba, **Diário Oficial do Estado**, 15 set. 1995), ao apreciar consulta formulada acerca da realização de exame anti-HIV em casos de adoção por nacionais ou estrangeiros, emitiu o Parecer n.º 05/95, no sentido de que a autoridade judiciária, "para requisitar a realização do exame, deve se guiar por critérios clínicos e

Sob diverso aspecto, dificuldades ainda maiores se referem ao período de soroconversão, conhecido por "janela imunológica". Após sofrer a infecção pelo HIV, o organismo humano precisa de algum tempo para produzir anticorpos em número suficiente para a sua detecção nos exames conhecidos e mais utilizados. Durante esse lapso de tempo, que varia entre 39 e 77 dias (por consenso, atribuiu-se o prazo de três meses para a soroconversão, sendo raríssimas as hipóteses de dilatação desse período), não será verificável a presença do HIV,[54] muito embora já esteja ele se propagando pelo corpo e possa ser transmitido a outras pessoas.

Nascem, aqui, sérios riscos para as atividades de transfusão de sangue, de doações de órgãos e tecidos, de contatos sexuais, em que não há condições de o indivíduo ter consciência da sua situação sorológica positiva. Pior: pode haver a falsa sensação de ausência de infecção, já que os possíveis testes realizados indicarão a inocorrência de anticorpos e, por inferência, do HIV.

Bem por isso, ao realizarem a coleta, o processamento e a transfusão de sangue, devem os hemocentros combinar os testes bioquímicos com triagens clínicas, através de entrevistas com os doadores.[55] Mesmo assim, haverá a possibilidade de as informações obtidas serem inverídicas e coincidentes com períodos anteriores à soroconversão, o que torna sempre perigosas as atividades hemoterápicas. Chega-se a afirmar, com ironia, que a única transfusão de sangue totalmente segura é aquela que não se realiza.

As peculiaridades da aids criam imensas dificuldades para a solução de controvérsias jurídicas a ela concernentes, de modo especial em tema de direitos da

---

epidemiológicos. O médico, de igual sorte, só deverá atender à requisição se esta estiver fundamentada nestes critérios, os quais justificariam a realização do exame" (BRASIL. Paraná. Ministério Público. Ética e aids: pareceres, resoluções e projetos de lei em tramitação. Curitiba: Associação Paranaense do Ministério Público, 1997, p. 113). Tal posicionamento se apoiou em ofício encaminhado pela Corregedoria-Geral da Justiça do Estado do Paraná, dando conta de que os parâmetros para a determinação dos exames são dados clínicos e epidemiológicos (Ofício n.º 017/94, expedido pela Coordenadoria do Serviço Auxiliar da Infância e da Juventude, da Corregedoria-Geral da Justiça do Estado do Paraná).

[54] Conforme MONTAGNIER, Luc. Vírus e homens: AIDS: seus mecanismos e tratamentos. Trad. de Maria Luiza X. Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1995, p. 77.

[55] De acordo com o anexo, item II, referente ao doador, da Portaria n.º 1.376, de 19 de novembro de 1993, que estabelece normas técnicas em hemoterapia, "o doador deve ser submetido a triagem clínica no dia de doação. Esta deverá ser realizada por profissional de saúde qualificado e capacitado, sob a orientação e supervisão médica em local com condições de privacidade. As informações obtidas devem constar de fichas de triagem padronizadas, preenchidas pelo entrevistador, onde constem as perguntas realizadas, as respostas obtidas e a assinatura do doador autorizando a doação e assumindo a responsabilidade pelas informações fornecidas" (BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria n.º 1.376, de 19 de novembro de 1993. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2 dez. 1993).

personalidade. De um lado, há incertezas quanto ao diagnóstico médico, o que gera a possibilidade de equívocos suscetíveis de recomposição por eventuais ilícitos praticados, como antes referido.[56] De outro, há dificuldades na determinação do nexo de causalidade entre o fato da contaminação e os danos dela resultantes, em face das imprecisões dos exames mais comuns e disponíveis, a reclamar o recurso a outros elementos probatórios, mais consistentes e precisos, para embasar os pronunciamentos judiciais.[57]

1.3 Desenvolvimento da doença e suas formas de tratamento

Consumada a infecção pelo HIV, normalmente transcorrem mais de dez anos até que os primeiros sinais clínicos se manifestem, a depender da condição geral de saúde e do sistema imunológico da pessoa atingida. Em se tratando de crianças e idosos, o período se reduz dramaticamente, havendo casos em que é inferior a um ano.

O desenvolvimento da aids comporta, assim, três fases bem distintas: a primo-infecção, caracterizada na maior parte dos casos por uma infecção aguda, com manifestações banais e duração equivalente a alguns dias; a etapa intermediária, silenciosa, que se estende por vários anos, sem sintomas aparentes, mas durante a qual o vírus se mantém ativo e se multiplica; por fim, começam a aparecer pequenos distúrbios biológicos, que se ampliam a pouco e pouco, até danificarem gravemente o sistema imunológico e o impedirem de exercer as suas funções, dando margem ao aparecimento de doenças oportunistas,[58] que ao cabo acarretam a morte do paciente.[59]

---

[56] Várias são as decisões que impõem a responsabilização por erro de diagnóstico, muito embora sejam reconhecidas as suas dificuldades, por se considerar que se deve ter o apoio de exames laboratoriais, cujas obrigações - como mencionado em nota anterior - são de resultado, e não de meios. Assim se pronunciam: PENNEAU, Jean. *La responsabilité du médicin*. 2ª edição. Paris: Dalloz, 1996, p. 10; MANDELBAUM, Renata. Responsabilidade civil dos laboratórios de análises clínicas. **In**: BITTAR, Carlos Alberto (coord.). Responsabildiade civil médica, odontológica e hospitalar. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 228; SANTOS, Marco Fridolin Sommer. A AIDS sob a perspectiva da responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 85.

[57] Nesse rumo se manifesta Marco Fridolin Sommer Santos: "é justamente aqui que surgem as grandes dificuldades em torno da prova do nexo de causalidade. É claro que muitas vezes não será possível comprovar minuciosamente o fato da transmissão do vírus. Mas a sua determinação deve iniciar-se a partir da delimitação do seu contexto. E, para tanto, é preciso delimitar qual foi o meio de sua transmissão: relações sexuais, drogas, transfusão de sangue, transplante de órgão etc. Cada uma dessa formas tem as suas peculiaridades, que devem ser exploradas para fins de determinação do nexo de causalidade" (A AIDS sob a perspectiva da responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 215).

[58] As doenças de aparecimento mais freqüente, entre os pacientes brasileiros, são a pneumonia, a candidíase, a toxoplasmose cerebral e a tuberculose (BRASIL. Ministério da Saúde. **Boletim Epidemiológico Aids**. Brasília,

Relacionando as fases com os testes de detecção de anticorpos, tem sido denominada a primeira fase como sendo a concernente à "janela imunológica", a segunda como soropositividade e a terceira como aids propriamente dita. Tem sido denominado de soropositivo o indivíduo já infectado, mas que não chegou à terceira etapa da infecção, reservando-se a expressão doente de aids para aqueles que já tenham manifestado inequívocos sintomas clínicos.

Na seara do Direito Penal, debate-se sobre os reflexos que o desenvolvimento orgânico da doença pode produzir na avaliação da ilicitude da conduta do agente soropositivo ou da necessidade de mantê-lo ou não em estabelecimento prisional. A conclusão predominante, em relação ao primeiro aspecto, tem sido no sentido que o perigo pessoal enfrentado pelo portador do HIV não representa motivo suficiente para caracterizar a excludente do estado de necessidade.[60] De outro lado, a simples manifestação da doença também não é fator, por si só, apto a ensejar o relaxamento da prisão[61] ou a concessão de indulto.[62]

Apesar das dificuldades de pesquisa, houve notáveis avanços em relação às formas de tratamento para a aids, mas não se logrou alcançar a sua cura definitiva, nem o desenvolvimento de vacinas com bons resultados. Além da profilaxia às doenças

---

ano XIII, n.° 1, semana epidemiológica 48/99 a 22/00, dez.1999/jun.2000, p. 48). Ademais, o sistema nervoso é freqüentemente atingido pelo próprio vírus ou por um dos agentes etiológicos oportunistas.

[59] Conforme MONTAGNIER, Luc. Vírus e homens: AIDS: seus mecanismos e tratamentos. Trad. de Maria Luiza X. Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1995, p. 80.

[60] Nesse sentido: "Estado de necessidade, Réu portador do vírus da 'aids'. Reconhecimento. Impossibilidade. A circunstância do réu ser portador do vírus da 'aids' apresenta perigo potencial, futuro, mas não autoriza o reconhecimento do estado de necessidade, pois, para tanto, seria necessário perigo atual e inevitável para o bem jurídico do agente" (BRASIL. Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo.. Relator: Juiz Renato Nalini. **Revista de Jurisprudência do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo**, São Paulo, vol. 25, p. 118, jan./mar.1995).

[61] Conforme decisão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios: "Processo penal: roubo. Paciente portador do vírus da AIDS. Relaxamento da prisão. Inviabilidade. Agente perigoso e reincidente. Ameaça de contaminação. Ordem denegada. Agente que por ser portador do VÍRUS da AIDS pede o relaxamento de sua prisão, ao argumento de que necessita fazer em casa o tratamento que lhe é indispensável. A grave doença não é causa de exclusão da ilicitude ou mesmo de culpabilidade, e por si só não afasta a responsabilidade penal do agente, que continua a ser responsável por seus atos, inclusive quanto à ameaça de contaminação que faz a quantos passem à frente. Inexistindo qualquer ato eivado de ilegalidade, ou mesmo praticado com abuso de poder, que viole a liberdade de locomoção do paciente, que está respondendo a ação penal nos estritos parâmetros do *due process of law*, é de se denegar a ordem pleiteada" (BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Habeas Corpus n.° 685895/DF. Relator: Desembargador Rosa de Farias. **Diário da Justiça do Distrito Federal**, Brasília, 21 jun.1995, p. 8.553).

[62] Assim, decidiu-se que: "Indulto. Art. 1°, II, do Decreto 953/93. Condenado portador do vírus HIV. Insuficiência. Existência de estado avançado da doença que aconselhe a soltura. Necessidade. O fato de condenado ser portador do vírus HIV não é suficiente a concessão do benefício do indulto, pois embora se trate de doença grave e irreversível, é mister que a mesma se manifeste e atinja estado avançado que aconselhe a soltura, tendo em vista o art. 1°, II, do Dec. 953/93" (BRASIL. Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São

oportunistas, que se aproveitam da redução da capacidade de defesa dos sistema imunológico, vêm sendo desenvolvidos medicamentos que proporcionam melhores condições aos pacientes e lhes prolongam a vida.

Foi o AZT (azidotimidina, sintetizada do esperma de arenque), que inibe a multiplicação do HIV, a primeira conquista no tratamento dos pacientes. Todavia, os efeitos colaterais que o seu uso provoca e a limitação da sua eficácia, variável de paciente a paciente, frustraram as expectativas iniciais. Em seguida, começaram a ser utilizados outros antiretrovirais,[63] como a ddI (didanosina) e a ddC (zalcitabina), cujas ações são assemelhadas à do AZT, sendo ministrados conforme a tolerância dos pacientes.

As possibilidades se ampliaram com a utilização conjunta de drogas inibidoras de protease, constituintes dos chamados coquetéis anti-aids. A associação desses medicamentos (AZT, ddI, ddC, D4T, 3TC) se consagrou e se disseminou depois da bem sucedida apresentação do pesquisador e médico David Ho à XI Conferência Mundial de Aids, ocorrida em julho de 1996, em Vancouver, no Canadá.[64]

Os progressos farmacêuticos trouxeram novas implicações e desafios para as políticas públicas, notadamente no que se refere à aquisição e acesso aos mesmos. Se, para os países ricos, a medicação mais recente significou pensar a vida das pessoas infectadas a prazo mais longo, para os países pobres, exacerbou as já conhecidas carências de recursos financeiros para a área de saúde, colocando-se, friamente, a questão do acesso restrito aos referidos medicamentos.[65]

Paulo. Agravo em Execução Penal n.º 923.721. Relator: Juiz França Carvalho. **Diário da Justiça do Estado de São Paulo**, São Paulo, julgado em 3 fev. 1997).

[63] "Os antiretrovirais são uma nova classe de medicamentos que impedem a reprodução do HIV no corpo humano. Para tal, bloqueiam uma enzima do HIV chamada protease (por tal motivo são chamados de inibidores da protease), fazendo com que o HIV produza cópias imperfeitas de si mesmo, que não podem infectar novas células" (GALVÃO, Jane. Aids no Brasil: a agenda de construção de uma epidemia. Rio de Janeiro: ABIA; São Paulo: Ed. 34, 2000, p. 203).

[64] São ali "divulgados os resultados dos estudos ACTG175 e Delta, que consagram a terapia combinada com duas drogas antivirais (no caso AZT+ddI ou AZT+ddC *versus* AZT) em detrimento da terapia com uma única droga ou monoterapia [...]. Há, então, uma mudança de paradigma científico, a cujas conseqüências ainda estamos nos adaptando" (BELOQUI, Jorge. Para uma palestra sobre medicação de AIDS. **Treinamento: temas para discussão**. Rio de Janeiro: ABIA, 1998, pp. 44-45).

[65] Para a maioria dos países em desenvolvimento, esses medicamentos pouco representaram em termos de melhoria das condições de vida da população, servindo só para mostrar a distância que ainda os separa dos países desenvolvidos. Ressalte-se, ainda, a prática de preços diferenciados pelos laboratórios proprietários das patentes: se na Costa Rica, por exemplo, o invirase custa U$ 800.00, nos Estados Unidos o seu preço equivale a U$ 337.00 (conforme BELOQUI, Jorge. Acesso a tratamento para HIV/AIDS: questões políticas e econômicas. Rio de Janeiro: ABIA: São Paulo: GIV, 1998, p. 5).

Para a indústria farmacêutica, crescem as possibilidades de lucro,[66] mas para os países que adotam o respeito às patentes internacionais a situação se torna dramática,[67] ao tempo em que são analisadas alternativas para a formulação de políticas de saúde de caráter universal e que possam equacionar a distribuição de bens e serviços. De todo modo, parece prevalecer a ótica do mercado, mantendo a epidemia no lugar de onde ela nunca conseguiu sair, qual seja, agravando a opressão e as injustiça sociais.

Em busca de alternativas para obter acesso aos medicamentos, multiplicam-se as ações judiciais propostas por doentes de aids, as quais vêm alcançando resultados bastantes satisfatórios para os seus autores. Em geral, com argumentos concernentes à gravidade do mal e a irreversibilidade de suas conseqüências, os tribunais brasileiros determinam o fornecimento gratuito da medicação pelo Estado.[68]

---

[66] "Atualmente, os medicamentos contra a AIDS são administrados em um coquetel que quase sempre inclui o 3TC da BioChem Pharma. Como resultado, espera-se que as vendas do 3TC alcancem os U$ 770 milhões este ano e que se aproximem de U$ 1 bilhão no próximo ano. BioChem reparte suas receitas com seu sócio, Glaxo Wellcome" (SCHÖNFELD, Erick. Remédios seletos. **Fortune America**, vol. 1, n.º 17, pp. 13-15, 1997).

[67] Tal como fizeram outros países, cedendo às pressões dos Estados Unidos, o Brasil elaborou a sua lei de patentes (Lei n.º 9.279, de 14 de maio de 1996). Assim, "o país deixa de poder fabricar determinados medicamentos, mesmo tendo capacidade para tal, e tem de comprá-los da indústria que detém o monopólio do medicamento, levando a uma conseqüente elevação no custo do produto ao consumidor" (GALVÃO, Jane. Aids no Brasil: a agenda de construção de uma epidemia. Rio de Janeiro: ABIA; São Paulo: Ed. 34, 2000, p. 206). Isso vai ao ponto de, em algumas situações, impedir a aquisição da droga pelo consumidor final, como tem acontecido, em data recente, com países africanos. A África do Sul, em particular, aprovou legislação favorecedora do acesso a medicamentos genéricos contra a aids, muito menos custosos do que aqueles comercializados pelos grandes grupos farmacêuticos, fato que resultou na propositura de medidas judiciais pelas mutinacionais detentoras das respectivas patentes, tendente a impedir a vigência da referida lei (**Gazeta do Povo**, Curitiba, 15 de março de 2001, 1° caderno, Editoria Mundo, p. 36). Analisando a questão pela ótica das indústrias, a revista inglesa **The Economist**, em editorial, assinala que "condenar simplesmente o intuito de lucro seria uma resposta faticamente inadequada, pois, ausente a isca do lucro, os remédios desenvolvidos por certo nem existiriam. Freqüentemente se discutem os custos de fabricação, os quais, na maioria das vezes, são muito inferiores ao preço cobrado. Mesmo assim, segue acusação de que as empresas que comercializam as drogas poderiam lucrar ainda que as vendessem a preços mais baratos. Novamente, por causa do lucro, benefícios para a ciência estão sendo alcançados. Tais argumentos configuram um *nonsense*, pois o desenvolvimento de remédios é caro e, para as empresas continuarem a produzi-los, devem pesquisar drogas que um dia poderão ser utilizadas e outras que nunca o serão, por imprestáveis. Ademais, ainda que se pretendesse vendê-las a menor preço apenas no terceiro mundo, mantendo seus lucros nos países ocidentais, não duraria muito o empreendimento, em razão das constantes re-importações que seriam realizadas. O argumento de um mais generoso fornecimento de drogas que salvam vidas para os países em desenvolvimento é irresistível tanto moralmente, como economicamente. Mas é ingênuo, errado e demorado, dentro do longo corredor produtivo, esperar o custo desta ajuda ser encontrado sem os lucros das empresas farmacêuticas. Em vez disso, contribuintes do mundo rico pagariam. Muito melhor seria remeter ajuda financeira em drogas para os países em desenvolvimento do que jogá-lo fora se utilizando dos meios usuais" (em tradução livre, para este trabalho, **The Economist**, Editorial, 17 de fevereiro de 2001, Londres, vol. 358, n.º 8.209, p. 21-22).

[68] Nesse sentido: "Saúde pública. Fornecimento gratuito de medicamentos, pelo Estado, a portadores do vírus da AIDS. Admissibilidade, independentemente de dotação orçamentária. Doença de natureza grave, cuja demora no pronto atendimento pode trazer conseqüências irreversíveis. Inteligência dos arts. 5°, *caput*, 23, II, e 196 a 198 da CF e das Leis 8.080/90 e 9.313/96" (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento n.º 808/97. Relator: Desembargador Albano Matos Corrêa. **Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, 18 jun. 1998); "Administrativo e constitucional. Paciente de sida ou AIDS. Saúde, direito fundamental do cidadão e dever do Estado. Medicamentos. Fornecimento. Responsabilidade do administrador público. As regras da legislação ordinária não se sobrepõem a mandamento constitucional, e a doença grave, como a AIDS,

A terapia anti-retroviral obrigou também a vigilância epidemiológica a rever seus critérios e práticas, uma vez que a consolidação de dados cumulativos sobre a aids não mais representa a realidade atual da epidemia. A tendência que hoje prevalece, no Brasil, ao contrário do que ocorria há pouco tempo atrás, é a de permanecerem as pessoas infectadas indefinidamente assintomáticas. Sem o atendimento dos critérios estabelecidos para o reconhecimento de casos de aids e sem a conseqüente notificação às autoridades sanitárias, podem surgir distorções na interpretação dos dados concernentes à evolução da epidemia, comprometendo as atividades de planejamento da prevenção e assistência.[69]

Com a centralização do debate na medicação, perdeu-se o foco das vacinas, relegadas, hoje, a um relativo abandono, sejam elas terapêuticas ou preventivas.[70] Dentre elas, têm apresentado expectativas mais promissoras as vacinas terapêuticas, já existindo algumas em teste em seres humanos, depois de serem bem sucedidas em macacos.[71] O problema que se coloca é a proteção parcial que essas vacinas proporcionam, pois se limitam a manter o vírus sob controle, dentro do organismo infectado, sem capacidade para desencadear a doença. Embora permita a sobrevivência sem o apoio da medicação, há sérias preocupações quanto à evolução exponencial dos índices de contaminação, até mesmo podendo vir a atingir toda a humanidade.[72]

---

causada pelo vírus HIV, não pode ficar aguardando o tratamento que depende de solução jurídica ou burocrática, que, via de regra, chega quase sempre depois do decesso da vítima. A saúde é o bem maior do homem e dever do Estado, que deve ajudá-lo na senda de sua plena realização. Confirmada, em reexame necessário, a sentença remetida. Recurso improvido" (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n.° 597087170. Relator: Desembargador Celeste Vicente Rovani. **Diário de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, 8 ago. 1997, p. 31). Note-se que foram localizados mais de 400 acórdãos, dos vários tribunais brasileiros, referentes ao tema de medicamentos, sendo todos favoráveis aos requerentes, ao determinarem ao poder público o respectivo fornecimento gratuito.

[69] Consoante constatam DHALIA, Carmem *et alli*. A aids no Brasil: situação atual e tendências. **Boletim Epidemiológico Aids**. Brasília, ano XIII, n.° 1, semana epidemiológica 48/99 a 22/00, dez.1999/jun.2000, p. 12.

[70] "A vacina preventiva é um produto destinado a estimular o sistema imunitário a produzir defesas contra uma infecção, tornando imune o indivíduo que a recebe; a vacina terapêutica é um produto destinado a barrar a progressão de uma infecção já instalada no organismo" (**Boletim Vacinas Anti-HIV/AIDS**, Brasil: Comitê ONGs/AIDS, ano 1, n.° 1, jan./mar. 1995).

[71] Contratado pela empresa americana Merck & Co. para chefiar uma equipe encarregada de encontrar uma vacina para a aids, o médico Emílio Emini recentemente anunciou ter conseguido resultados positivos. Segundo suas informações, alguns macacos de laboratório, nos quais foi aplicada a vacina contra a aids, continuaram saudáveis mesmo depois de uma cópia do HIV ter sido neles injetada (conforme WALDHOLZ, Michael. Avanços na busca de uma vacina contra a aids. **Gazeta do Povo**, Curitiba, 2° caderno, Editoria The Wall Street Journal Americas, 2 abr. 2001, p. 31).

[72] "Será suprimido, pelo menos parcialmente, o receio da contaminação. O que a população teme é a morte, o sofrimento, as conseqüências do HIV, e não o vírus propriamente dito. Contaminados e não-contaminados relaxarão as suas disciplinas. Inclusive na certeza de que seus descendentes terão sobrevida, embora infectados, o que terá, também, como conseqüência, a aceleração da contaminação. Por outro lado, o contágio também será acelerado devido ao aumento do tempo de vida do contaminado. O modelo leva, portanto, a uma solução que os

Tal se deve também aos modos de transmissão do HIV e ao perfil epidemiológico da aids, a seguir elencados.

2. Formas de transmissão do HIV e perfil epidemiológico da aids

2.1 Formas de transmissão

A transmissão do HIV se dá através da troca de fluidos humanos vitais (sangue, sêmen, saliva, leite materno, secreções vaginais, etc.) e de elementos por eles contaminados, ao entrarem em contato com a corrente sangüínea, por via sexual, sangüínea ou perinatal.

A forma mais freqüente de transmissão é a sexual, responsável por mais da metade das infecções por HIV.[73] Ela se produz com o contato sexual íntimo e é bidirecional, ou seja, atinge ambos os parceiros reciprocamente. O risco da sua ocorrência se eleva com a prática de intercurso anal e de relações sexuais durante o período menstrual, bem como com a presença de outras doenças sexualmente transmissíveis e de úlceras genitais. Também o avançado estado de imunodeficiência do transmissor faz aumentar as chances de infecção.[74]

A sua prevenção tem sido bastante problemática e frustrante, já que centrada na necessidade de mudança de comportamentos sexuais, através da introdução do uso de preservativo, da redução de parceiros ou da abstinência pura e simples de contatos sexuais. Em relação aos preservativos, não há eliminação completa do risco de transmissão, seja pela ocorrência de falhas nos processos de fabricação, de condições

---

matemáticos denominam de 'catastrófica'. Enfrentamos uma escolha prática e moral extremamente difícil. Ou banimos vacinas que não impedem a contaminação, mas que reduzem o sofrimento de muitos, e, com isso, castigamos parcelas expressivas de algumas gerações, ou reduzimos o sofrimento dos atuais e próximos contaminados ao adotarmos a referida vacina, mas arriscamos uma aceleração exponencial da contaminação com sua eventual generalização para toda a humanidade" (conforme LEITE, Rogério Cezar de Cerqueira. A Aids, a matemática e o poder. **Folha de São Paulo**. São Paulo, 1° caderno, Editoria Tendências e Debates, 18 mar. 2001, p. 3).

[73] Segundo dados oficiais, 53,8 % do total de casos notificados tem origem sexual (BRASIL. Ministério da Saúde. **Boletim Epidemiológico Aids**. Brasília, ano XIII, n.° 1, semana epidemiológica 48/99 a 22/00, dez.1999/jun.2000, p. 35).

[74] Conforme XAVIER, Iara de Moraes. A mulher e a convivência com a AIDS: uma questão de gênero. Tese de doutoramento apresentada à Escola Nacional de Saúde Pública, Rio de Janeiro, junho de 1997, mimeo, p. 11.

inadequadas de armazenamento[75] ou pela utilização incorreta do mesmo. Mas, ao se considerar que não existe estratégia na área de saúde que alcance 100 % dos resultados esperados, continua sendo válida a recomendação de seu uso.

A transmissão pela via sangüínea compreende, desde transfusões de sangue e de hemoderivados, transplantes de órgãos e tecidos humanos, até o uso compartilhado de drogas injetáveis. Eventualmente, a manipulação profissional de materiais pérfuro-cortantes infectados (seringas, instrumentos cirúrgicos, etc.) pode levar à contaminação, mas são muito raros os casos.[76]

As estratégias de prevenção para esse tipo de transmissão são bastante diversificadas e dependem, fundamentalmente, da atuação estatal. Em primeiro lugar, através do controle do sangue e dos hemoderivados que são transfundidos, mediante a instituição da obrigatoriedade de testagem do material e de perquirição dos respectivos doadores.[77] De igual sorte, assim também se deve proceder em relação aos transplantes de tecidos, órgãos e partes do corpo humano.[78]

Quanto ao uso compartilhado de drogas injetáveis as medidas de prevenção têm sido ambíguas e tímidas: de um lado, investem-se pesados recursos públicos na eliminação completa do uso das drogas ilícitas; de outro, ensaiam-se tentativas de incentivo à utilização individual de seringas, através de sistemas de trocas de unidades descartáveis. Sem ações profiláticas adequadas, observa-se uma rápida e extensa difusão de casos de aids entre usuários de drogas injetáveis.[79]

---

[75] A Portaria Conjunta n.º 49, de 8 de junho de 1995, do Secretário da Vigilância Sanitária e do Secretário de Assistência à Saúde, do Ministério da Saúde, adotou sistema de certificação da qualidade dos preservativos masculinos de borracha, com vistas a evitar defeitos de fabricação (BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria da Vigilância Sanitária e de Assistência à Saúde. Portaria Conjunta n.º 49, de 8 de junho de 1995. **Diário Oficial da União**, Brasília, 12 jun. 1995).

[76] No Brasil, desde 1980 até 1999, houve o registro de apenas um caso de acidente de trabalho dessa natureza, representando menos de 0,0005% do total de casos notificados (BRASIL. Ministério da Saúde. **Boletim Epidemiológico Aids**. Brasília, ano XIII, n.º 1, semana epidemiológica 48/99 a 22/00, dez.1999/jun.2000, p. 30).

[77] Nesse sentido, a Lei n.º 7.649, de 25 de janeiro de 1988, em seu art. 1º, determinou que "os bancos de sangue, os serviços de hemoterapia e outras entidades afins ficam obrigados a proceder ao cadastramento dos doadores e a realizar provas de laboratório, visando a prevenir a propagação de doenças transmissíveis através do sangue ou de suas frações" (BRASIL. Lei n.º 7.649, de 25 de janeiro de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, 27 jan. 1988).

[78] A Lei n.º 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, em seu art. 2º, parágrafo único, obriga a realização de testes de triagem para diagnóstico (BRASIL. Lei n.º 9.434, de 4 de fevereiro de 1997. **Diário Oficial da União**, Brasília, 5 fev. 1997).

[79] Se, em 1985, 41% dos casos notificados de transmissão sangüínea eram atribuídos ao uso de drogas injetáveis, em 1999 esse uso representava 99% das ocorrências por transmissão sangüínea (BRASIL. Ministério da Saúde. **Boletim Epidemiológico Aids**. Brasília, ano XIII, n.º 1, semana epidemiológica 48/99 a 22/00, dez.1999/jun.2000, pp. 34-35).

Não obstante o caráter não hereditário da aids, é possível a sua transmissão vertical, da mãe para o feto,[80] durante a fase de gestação, por ocasião do parto e no período de aleitamento. O risco de transmissão é diretamente proporcional ao estado do sistema imunológico da mãe.[81]

Para o Direito, interessa investigar a prevalência ou não dos direitos reprodutivos dos pais sobre os direitos das crianças geradas em condições de elevado risco de transmissão da aids. Não há respostas fáceis para a questão, pois quaisquer soluções que eventualmente sejam adotadas importarão em restrição ao exercício de direitos.[82]

Cumpre ressaltar que todos os bebês nascidos de mãe infectada pelo HIV apresentam sorologia positiva, pois os anticorpos maternos são introduzidos no sangue do filho, que ainda não possui sistema imunológico desenvolvido. Os anticorpos maternos permanecem até, aproximadamente, os primeiros dezoito meses de vida, desaparecendo logo após. Isso não implica necessário contágio, já que podem passar os anticorpos e não o vírus.

Para a prevenção existem, hoje, medidas muito eficazes, que reduzem acentuadamente as chances de infecção perinatal, consistentes na oferta universal do exame para aids no pré-natal, no emprego de quimioprofilaxia para a gestante, após a 14ª semana de gestação e durante o parto, e para o recém-nascido, ou ainda na substituição do aleitamento materno por leites artificiais ou humanos pasteurizados.[83]

2.2 Aspectos da disseminação do HIV

---

[80] "A primeira ocorrência de transmissão perinatal registrada no país data de 1985. Desde então, a freqüência dessa categoria de transmissão vem aumentando, ano a ano, em conseqüência da progressiva inserção das mulheres na epidemia. [...] Estima-se que, no Brasil, cerca de 12.898 gestantes encontram-se infectadas pelo HIV, o equivalente a, aproximadamente, 0,4% do total" (BRASIL. Ministério da Saúde. **Boletim Epidemiológico Aids**. Brasília, ano XIII, n.° 1, semana epidemiológica 48/99 a 22/00, dez.1999/jun.2000, p. 15).

[81] "O mecanismo de contaminação da criança durante a gravidez é desconhecido, assim como o papel exato da placenta na transmissão da infecção. Mas essa transmissão é função da evolução da doença na mãe. O risco passa de 15% quando a mãe é assintomática para 55% em caso de imunodepressão grave. Uma idade materna elevada é considerada um fator de risco suplementar" (MONTAGNIER, Luc. Vírus e homens: AIDS: seus mecanismos e tratamentos. Trad. de Maria Luiza X. Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1995, p. 103).

[82] Ver, a esse respeito, Capítulo IV, item 1.1, *infra*.

[83] De acordo com BRASIL. Ministério da Saúde. **Boletim Epidemiológico Aids**. Brasília, ano XIII, n.° 1, semana epidemiológica 48/99 a 22/00, dez.1999/jun.2000, p. 15.

Muitas já foram as epidemias que causaram grande mortandade de seres humanos, em diferentes momentos históricos e em diversas localidades. A começar pela peste bubônica, passando pela tuberculose, pela hanseníase, até se chegar nas mais significativas para o século XX, quais sejam, a hepatite B e a aids, que coincidentemente se caracterizam pela transmissão hemática.[84]

Todavia, a forma como a aids apareceu e se disseminou em nossa sociedade provocou e continua a acarretar inúmeros questionamentos acerca dos padrões de vida socialmente consolidados, da esfera comportamental de cada indivíduo, até os meandros dos conhecimentos e práticas científicas. Assuntos como sexo, drogas ou homossexualismo, que sempre foram evitados e, mesmo, negados pela sociedade, com a aids ganharam inaudita visibilidade e necessariamente tiveram que ser enfrentados, inserindo-se no cotidiano das pessoas, bem como exigindo respostas e tomadas de posição urgentes, a partir da rápida expansão da epidemia.

Hoje, inclusive, fala-se em pandemia, uma vez que praticamente todos os países estão afetados. Em outras palavras, a epidemia é global e seus precisos contornos, dada a volatilidade, dinamicidade e instabilidade do seu aparecimento, não podem ainda ser estabelecidos em definitivo. Em linhas gerais, podem ser notadas apenas algumas características básicas:[85] a) não se tem notícia de que alguma das comunidades já infectadas tenha conseguido impedir a disseminação da doença; b) a expansão do número de comunidades contaminadas pelo vírus HIV é rápida e sempre crescente; c) por ser composta de inúmeras epidemias menores e complicadas, a epidemia global vai se tornando cada vez mais complexa. Desse modo, as estimativas são bastante assustadoras para todo o mundo,[86] o que a torna uma das grandes preocupações atuais.

---

[84] Conforme RUIZ, José Augusto de Vega. *Tratamiento jurídico del sida*. Madrid: Colex, 1992, p. 13.

[85] Consoante MANN, Jonathan *et alli*. A AIDS no mundo. Trad. de Outras Palavras. Rio de Janeiro: Relume-Dumará: ABIA: IMS/ UERJ, 1993, p. 2-3.

[86] Conforme dados estatísticos oriundos da Organização Mundial de Saúde OMS, já em 1992 mais de dez milhões de pessoas estavam infectadas pelo vírus HIV em todo o mundo, montante que chegou a aproximadamente catorze milhões em 1993 e a dezessete milhões em 1994, dos quais cerca de quatro milhões se encontravam doentes de aids. A distribuição mundial, considerados os diferenciais de sub-registros e de notificações tardias, é assim estimada: África, 67% do total de casos; Estados Unidos, 10%; restante da América, 12%; Ásia, 6%; Europa, 4%; Oceania, 1%. A partir do rápido crescimento da epidemia, em 1995 a OMS estimou que, no ano 2000, estariam infectadas com o referido vírus mais de quarenta milhões de pessoas, das quais cerca de dez milhões já teriam desenvolvido a enfermidade e que não menos de dez milhões de crianças ficariam órfãos em razão da perda de um dos pais, ou de ambos, por causa da aids (MANN, Jonathan *et alli*. A AIDS no mundo. Trad. de Outras Palavras. Rio de Janeiro: Relume-Dumará: ABIA: IMS/ UERJ, 1993, p. 89).

No Brasil, passados vinte anos desde a constatação dos primeiros casos de contaminação, ocorridos no início da década de 1980,[87] vive-se hoje plena epidemia de transmissão do HIV, sendo crescentes os índices de pessoas infectadas, além de a evolução da epidemia ter-se caracterizado pela alteração do perfil dos acometidos. Se, a princípio, a questão parecia se limitar a grupos específicos da nossa sociedade (homossexuais masculinos, hemofílicos e usuários de drogas injetáveis), atualmente não há mais sentido em se falar de grupos de risco ou em comportamentos que criam situações de risco.[88]

2.3 Tendências epidemiológicas

Se, ao seu início, foi relacionada exclusivamente com homossexuais masculinos, a aids vem, gradativamente, mudando o seu perfil epidemiológico, passando por um processo de feminilização, juvenilização e pauperização das parcelas da população acometidas.

Isso mostra quantas distorções provocaram os próprios padrões epidemiológicos que foram sendo sucessivamente construídos, contribuindo os mesmos decisivamente para a consolidação de preconceitos e práticas discriminatórias. Ao se visualizarem grupos restritos atingidos pela doença, propiciou-se terreno seguro para a elaboração de discursos contaminados pelo preconceito, que associaram o combate e a prevenção à doença ao combate e à segregação dos infectados.

Superada a fase inicial, em que a incidência da doença entre homens era predominante, muito rápido a epidemia também se tornou feminina,[89] atingindo

---

[87] De acordo com os dados oficiais brasileiros (BRASIL. Ministério da Saúde. **Boletim Epidemiológico Aids**. Brasília, ano XIII, n.° 1, semana epidemiológica 48/99 a 22/00, dez.1999/jun.2000, p. 26), em 1980 foi notificado um caso de aids, em 1982 foram notificados dez, em 1983, trinta e nove, e em 1984, cento e trinta e sete.

[88] O risco sempre constituiu importante categoria para os diferentes ramos do Direito, sendo tema recorrente na jurisprudência concernente à responsabilidade civil.

[89] Entre os anos de 1983 a 1985, no Brasil, a proporção era de mais de vinte homens com aids para cada mulher acometida, para passar a ser de apenas dois homens para cada mulher, a partir de 1997 (BRASIL. Ministério da Saúde. **Boletim Epidemiológico Aids**. Brasília, ano XIII, n.° 1, semana epidemiológica 48/99 a 22/00, dez.1999/jun.2000, p. 7).

especialmente as mais jovens, cuja vida sexual se inicia mais cedo e tem menos condições de negociar proteção para as práticas sexuais.[90]

São as crianças e os adolescentes que mais sofrem as conseqüências trágicas da epidemia, não só por serem cada vez mais atingidos pela infecção,[91] mas também por se tornarem órfãos de pai ou de mãe, ou de ambos, falecidos em razão da moléstia.

Apesar de o vírus HIV não respeitar fronteiras, atingindo pessoas das mais variadas posições sociais, não há dúvida de que as camadas mais pobres da população se encontram em situação de maior vulnerabilidade, seja qual for a via de transmissão da doença que se considere.[92]

Também é nítida a tendência à interiorização da epidemia, já tendo atingido cerca de 60% dos 5.507 municípios brasileiros.[93] Deixou de ser um mal exclusivo dos grandes centros urbanos para se incorporar à vida dos pequenos e médios municípios, agravando as dificuldades para o adequado tratamento.

Enfim, muito embora se perceba alterações do ponto de vista médico e biológico, com o avanço das pesquisas no sentido da consolidação de tratamentos cada vez mais eficazes, mantendo-se a doença por muitos anos sob relativo controle, ainda são muito extensos e sérios os problemas culturais, sociais, econômicos e jurídicos advindos da sua incidência.[94]

---

[90] "*La mujer llega no pocas veces a extremos verdaderamente suicidas creyendo realizar un acto supremo de amor al admitir la infección como una forma de compartir el destino de su pareja*" (PUCCINELLI, Oscar Raul. *Sida, constitución y derechos humanos*. Palestra proferida no Seminário Estadual Direitos Humanos em HIV/Aids, Curitiba, 4 e 5 dez.1997, mimeo).

[91] Conforme os dados oficiais, atualmente, 82,9% dos casos de aids no Brasil atinge a faixa etária compreendida entre 15 e 44 anos (BRASIL. Ministério da Saúde. **Boletim Epidemiológico Aids**. Brasília, ano XIII, n.° 1, semana epidemiológica 48/99 a 22/00, dez.1999/jun.2000, p. 29).

[92] "*Estudios sobre Latinoamérica, el África y Norteamérica muestran alarmantes tasas de infección en estos grupos. Entre los principales motivos relacionados con la pobreza, se destacan: a) la prostitución, que es un subproducto de la pobreza; b) la muchas veces ineludible opción entre comprar un condón o comida; c) el acceso inequitativo a los programas de tratamiento y prevención; d) la dependencia del pesado sistema público de salud, que también por carencia de medios muchas veces falla en la esterilización de agujas y administra sangre no revisada; e) el analfabetismo, que lo hace menos apto para captar el mensaje que indica que la prevención requiere modificaciones en la conducta sexual*" (PUCCINELLI, Oscar Raul. *Sida, constitución y derechos humanos*. Palestra proferida no Seminário Estadual Direitos Humanos em HIV/Aids, Curitiba, 4 e 5 dez.1997, mimeo).

[93] BRASIL. Ministério da Saúde. **Boletim Epidemiológico Aids**. Brasília, ano XIII, n.° 1, semana epidemiológica 48/99 a 22/00, dez.1999/jun.2000, p. 5. Cumpre lembrar que, em seu início, a epidemia se restringia aos grandes centros urbanos das regiões sul e sudeste (até 1985, 90% dos casos notificados eram provenientes da região sudeste, conforme BRASIL. Ministério da Saúde. **Boletim Epidemiológico Aids**. Brasília, ano XIII, n.° 1, semana epidemiológica 48/99 a 22/00, dez.1999/jun.2000, p. 26).

[94] "*Si bien la forma de contagio del H.I.V. se halla limitada a la transmisión de determinados fluidos corporales infectados (sangre, semen, secreciones vaginales y leche materna), y consecuentemente la forma de prevenirla es tan simple como sociológicamente dificultosa, diversos factores que inciden en que la transmisión del H.I.V. continúe in crescendo: los biológicos (vinculados con las características del virus causante del sida, sus vías de*

3. Irracionalidades

As extensas e intensas tensões que acompanham a vivência da aids parecem reproduzir momentos de irracionalidade que já se supunham definitivamente extirpados da experiência ocidental. Renascem medos, ódios, preconceitos, rechaços e incertezas que pareciam ser reações superadas no âmbito do cientificismo vigente. Infelizmente, a história tem demonstrado que "o ódio é irracional, impulsivo, implacável; suas forças sinistras impulsionam o que há de destruidor no homem. Seu ritmo é rápido, seu objetivo ameaçador, seu movimento inexorável".[95]

Constata-se que, frente a situações de epidemia, as coletividades têm reagido fora dos padrões de comportamento postulados pela modernidade,[96] até pela ignorância técnica sobre as formas de transmissão e prevenção. Como manifesta o lado sombrio

---

transmisión, el largo período de portación asintomática y la falibilidad en todos los métodos actuales de prevención); los psíquicos (relacionados con los efectos psicológicos y psiquiátricos que causan al portador tanto el avance de la enfermedad, como su conocimiento - hasta el momento solo existe un 5% de pacientes long time non progressors (aquellos que se infectaron al inicio de la epidemia y que todavía no presentan sintomatologia alguna) y unos pocos casos documentados de seronegativización, es decir que las expectativas de muerte hasta el momento son del 95% (y con la condena social de los grupos que tenian originariamente el monopolio del riesgo); los sociales (ligados a la lentísima tarea de adecuación de las conductas por medio de la educación y la divulgación); los políticos (asumir una postura demasiado firme en cualquier sentido, genera siempre antipatias y pérdida de votos); los económicos (relacionados con el costo de la prevención y el tratamiento de la enfermedad, y las multimillonarias inversiones en investigación que hacen falta para la obtención de una vacina); y los religiosos (algunas creencias aún prefieren guardar silencio acerca de muchos de los temas involucrados, particularmente porque acarrea el tratamiento de cuestiones como la prostitución, la homosexualidad, el aborto, la manipulación genética, la drogadicción, etc.)" (PUCCINELLI, Oscar Raul. Sida, constitución y derechos humanos. Palestra proferida no Seminário Estadual Direitos Humanos em HIV/Aids, Curitiba, 4 e 5 dez.1997, mimeo).

[95] WIESEL, Elie. Prefácio. **In**: BARRET-DUCROCQ, Françoise (org.). Foro Internacional sobre a Intolerância. Academia Universal das Culturas. Trad. de Eloá Jacobina. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000, p. 7.

[96] "*Durante milenios el género humano ha procurado explicar los fenómenos extraordinarios en causas situadas en la dimensión de la divinidad. Castigos terroríficos eran destinados a opor los dioses a los hombres para purificar las responsabilidades derivadas de las trasgresiones hechas a la ética dominante en cada época. Oráculos, brujos, druidas y hechiceros eran los portavoces de la ira que, caída del cielo, cubría de adversidad a un pueblo en un determinado momento, y su sagrada misión consistía en saber interpretar na voluntad de los dioses e instrumentar los mecanismos para que la calamidad no se repitiese. Donativos, sacrificios y arrepentimiento solían ser el bálsamo que conseguía apaciguar las iras ultraterrenas. Esta filosofía – que se mantiene relativamente en la actualidad bajo las coordenadas de la ignorancia y la credulidad y dá paso a los más diversos fanatismos (sectas, agrupaciones moralistas, sensacionalismos informativos, etc.) – concluía en un paso ineludible: encontrar "quién iba a pagar el pato". El desagravio – necesario para calmar la ira divina – imponía así una acción penitencial, que invariablemente recaía con todo su peso en aquellos que resultaban más incómodos para la doctrina imperante. Siempre fue necesario encontrar un pequeño nexo de unión entre ellos y el problema. Y si no se encontraba, pues se inventaba, y lo demás era fácil. Esto se ha mantenido invariable, generación tras generación, hasta llegar a nuestros días*" (PUCCINELLI, Oscar Raul. *Sida, constitución y derechos humanos*. Palestra proferida no Seminário Estadual Direitos Humanos em HIV/Aids, Curitiba, 4 e 5 dez.1997, mimeo).

da vida, a doença torna a cidadania mais onerosa e mais distante, ou seja, todos passam a gozar de dupla cidadania, uma no reino da saúde e outra no reino da doença.[97]

Em relação à aids, a situação se complica, pois muitos a ela atribuíram o caráter de castigo divino, decorrente da decadência dos costumes na sociedade moderna.[98] Ora, ao se conferir um significado moralista à doença, imediatamente se colocam as condições para punir os doentes, ainda mais em se cuidando de moléstias importantes, cujas causas são obscuras e cujos tratamentos são difíceis, sobrecarregando-as de significações.[99]

As palavras exercem uma função poderosa em nossa sociedade, especialmente ao serem empregadas para exprimir sentimentos de menosprezo, medo e raiva ou para estigmatizar o outro. Com esse intuito se cunhou o termo "aidético", indicativo de rotulação profundamente discriminatória, que procura realçar o distanciamento e a categoria social rebaixada do indivíduo infectado com o HIV. Quer-se-lhe reduzir a cidadania através do discurso, com a criação de uma nova figura humana, definida pela doença que o acomete e destituído de toda dignidade. Não se pode esquecer que "as palavras que conferem existência aos seres se descolam do material e instituem outro real".[100]

A medicina, que havia estruturado a falsa idéia de onipotência,[101] de realizar a cura de todas as doenças, até o ponto de quase negar a existência da morte, foi obrigada a rever seus conceitos e passar a admitir a sua falibilidade e impotência frente a certas enfermidades, com todas as conseqüências daí decorrentes.

Também o Direito sofreu percalços, ao ser instado a produzir mudanças na forma de enfrentamento de certas situações, tais como a realização compulsória de exames médicos nos procedimentos para admissão em emprego, a necessidade de testagem sorológica dos doadores de sangue e assim por diante.

---

[97] Conforme SONTAG, Susan. A doença como metáfora. Rio de Janeiro: Graal, 1984, p.7.

[98] Ver, a esse propósito, RUDNICKI, Dani. AIDS e direito: papel do Estado e da sociedade na prevenção da doença. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996, p. 20-24.

[99] Assim entende SONTAG, Susan. A doença como metáfora. Rio de Janeiro: Graal, 1984, p.76.

[100] "As representações, a produção de imagens pelo discurso [...] conduzem a um intrigante e, ao mesmo tempo, fascinante universo caleidoscópico, em cujos domínios a inventiva ficcional e a dimensão daquilo que se convencionou chamar de realidade se amalgamam de uma tal forma que suas respectivas fronteiras se tornam praticamente indistingüíveis" (TRONCA, Ítalo. As máscaras do medo: lepra e aids. Campinas: Editora da UNICAMP, 2000, p. 15).

[101] Consoante DANIEL, Herbert e PARKER, Richard. AIDS, a terceira epidemia - ensaios e tentativas. São Paulo: Iglu, 1993, p. 37.

Como foram primeiro atingidos pela doença os grupos sociais que tradicionalmente são marginalizados, não era difícil de se prever as reações iniciais negativas à aids. Assim, logo se percebeu que deveriam ser enfrentadas três epidemias: aquela ocasionada pela transmissão do vírus HIV; a decorrente do desenvolvimento da aids; e a que derivava das reações sociais, culturais e políticas que as provocavam.[102]

Daí a necessidade de se lhe conferir um tratamento de acordo com o princípio constitucional da dignidade humana, afastando-se as tendências estigmatizantes e excludentes, tão comuns em situações similares.[103]

3.1 Pânico moral

É sempre oportuno lembrar que praticamente todas as doenças apresentam dimensões sociais, éticas e políticas, sendo bastante comum a conexão entre as moléstias e as questões morais.[104] Não haveria, assim, nada de novo com o tratamento que vem sendo dado à aids, a não ser a sua conexão à cultura atual: "what gives AIDS a particular power is its ability to represent a host of fears, anxieties and problems in our current, post-permissive society".[105]

A partir da identificação dos primeiros casos de aids entre homossexuais norte-americanos, estabeleceu-se um profundo vínculo, na maioria das vezes inconsciente e ainda não desfeito no imaginário social, entre a doença, a sexualidade e a homofobia.[106]

---

[102] Consulte-se, a respeito, DANIEL, Herbert e PARKER, Richard. AIDS, a terceira epidemia - ensaios e tentativas. São Paulo: Iglu, 1993.

[103] "*La respuesta clásica a esos problemas ha sido el aislamiento del afectado, cuando no su repudio. Ocasionalmente, hasta su castigo. En otras palabras, la discriminación. La imagen tradicional del leproso, abandonado a sí mismo y rechazado por los demás (a quienes debe incluso advertir de su presencia mediante una campanilla) ejemplifica drásticamente lo dicho. En rigor de verdad, el derecho no era ajeno a la cuestión, sino que la asumía y regulaba. La solución jurídica, proveniente de normas oficiales o del derecho consuetudinario, contundente y definitória, era clara: si hay riesgo de muerte, primero hay que salvar a los sanos, aunque el costo de ello fuese la segregación o, en circunstacias extremas, la eliminación de los enfermos. La receta legal respondía, así, primitivamente, a un mensaje atávico de supervivencia colectiva, donde no se medían los costos personales de tal operativo*" (SAGÜÉS, Nestor P. Prólogo. **In** PUCCINELLI, Oscar Raul. *Derechos humanos y sida.* Buenos Aires: Depalma, 1995, p. IX).

[104] Nesse rumo, considera longa a tradição de conectar doenças com a moral WEEKS, Jeffrey. *AIDS: the intellectual agenda.* **In**: AGGLETON, P.; HART, G.; DAVIES, P. (Eds.). *AIDS: social representations, social practices.* Great Britains: Falmer Press, 1989, p. 1.

[105] Em tradução livre: "o que dá força particular à aids é a sua capacidade de representar o papel de anfitriã dos medos, ansiedades e problemas de nossa sociedade atual e pós-permissiva" (WEEKS, Jeffrey. *AIDS: the intellectual agenda.* **In**: AGGLETON, P.; HART, G.; DAVIES, P. (Eds.). *AIDS: social representations, social practices.* Great Britains: Falmer Press, 1989, p. 2).

[106] Essa triangulação parece fazer sentido, segundo WATNEY, Simon. *Practices of freedom: selected writings on HIV/AIDS.* London: Rivers Oram Press, 1994, p. 11.

Para tanto, muito contribuiu a mídia que, ao início da epidemia, à falta de um perfil definido da população atingida no Brasil, deu amplo destaque ao perfil epidemiológico presente nos Estados Unidos, na década de 1980.[107] A sociedade passou, então, a tratar diferentemente os infectados, conforme o modo de contaminação: eram considerados "'culpados' aqueles que se infectaram por via sexual ou por uso de drogas injetáveis e as 'vítimas', as crianças, os que se infectaram por transfusão de sangue e as mulheres ('vítimas' de seus parceiros sexuais)".[108]

Consolidou-se a idéia de grupos de risco, que englobavam os homossexuais, os profissionais do sexo, os usuários de drogas injetáveis e, mesmo, algumas nacionalidades,[109] conforme o país de que se tratasse. Como conseqüência dessa culpabilização "do outro", ganha destaque, especialmente na mídia, a aids enquanto motivo para desencadear o assim chamado pânico moral.[110] O recurso a imagens fortes, de cunho catastrófico, marcaram esse período.

3. 2 À margem da vida

A aids se alinha entre aquelas doenças avassaladoras que, de tempos em tempos, atinge a humanidade e, em geral, pelo seu poder destruidor, ou mesmo angustiante, constituem-se em terríveis apartadoras de homens na sua inserção social. O caráter

---

[107] Ver, a esse respeito, Capítulo II, item 1.1, *infra*.

[108] GALVÃO, Jane. Aids no Brasil: a agenda de construção de uma epidemia. Rio de Janeiro: ABIA; São Paulo: Ed. 34, 2000, p. 174. É interessante notar que essa distinção moral entre 'culpados' e 'inocentes' irá repercutir profundamente na seara jurídica, pois, se é comum a propositura de ações de indenização por pessoas que foram infectadas pelo vírus HIV através de transfusões de sangue, não o é por aqueles que receberam o vírus pela via sexual ou pelo uso compartilhado de drogas injetáveis. Parece que a 'culpa' de quem agiu de forma socialmente 'reprovada' desestimula o ingresso de ações reparatórias, seja para evitar a exposição e o debate público sobre o seu comportamento, seja para obstar a realização de um julgamento eventualmente desfavorável. Como lamenta Herbert DANIEL, "há uma sutil violência, gerada pelos preconceitos, que faz crer que um homossexual está sendo castigado por uma culpa que carrega. Não é um doente; é um relapso" (Vida antes da morte/*Life before death*. Rio de Janeiro: Tipografia Jabuti, 1989, p. 10). Falando de outro lugar, mas confirmando o estigma, Herbert de SOUZA admite que, ao decidir "falar aberta e publicamente que estava contaminado pelo vírus da AIDS, sabia que podia dizer isso como hemofílico", contaminado através de transfusões de sangue, apesar de ter acompanhado o drama de inúmeras pessoas que "morreram clandestinamente porque eram homossexuais ou drogados" (A cura da Aids. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994, p. 15).

[109] Ao início da epidemia, associava-se a aids aos quatro "h": *homosexuals, hookers, hemofilics and haytians*.

[110] "*Moral panics occur in complex societies when deep rooted and difficult to resolve social anxieties become focused on symbolic agents which can be easily targeted. Over the past century sexuality has been a potent focus of such moral panics - prostitutes have been blamed for syphilis, homosexuals for the cold war and pornography for child abuse and violence. Whilst the concept of a moral panic does not explain why transfers of anxiety like these occur - this has to be a matter for a historical analysis - it neverheless offers a valuable framework for describing the course of events*" (WATNEY, Simon. *Policing desire: pornography, AIDS and the media*. Minneapolis: University of Minessota Press, 1989, p. 5).

endêmico de algumas dessas mazelas, através das épocas, tem obrigado as pessoas a viverem segregadas, em regime de verdadeiro *apartheid*, separadas umas das outras, conforme tenham sido numa ou noutra fase da história de incidência, maior ou menor o desenvolvimento cultural e tecnológico e os recursos disponíveis, em determinadas sociedades.[111]

Não é a morte terrificante, motivo pelo qual essas moléstias endêmicas se transmudam em flagelo da humanidade; enfim: *mors omnia solvit* (a morte resolve tudo); é a humilhação, a discriminação e, tantas vezes a separação dos entes queridos, que põem em situação vergonhosa e vexatória as pessoas por elas acometidas.

Desde tempos imemoriais, registram-se casos de hanseníase e peste, as quais, pelo seu caráter contagioso, obrigavam os seus portadores à segregação em covis e, por vezes, até à morte. A estas se sucederam, mais intensas, em determinadas épocas: a sífilis, a tuberculose, a varíola, a peste bubônica, o cólera e a gripe espanhola, que causaram desmesurado pavor às sociedades que infestavam, sobretudo pela segregação a que impunham aos doentes.

Mais recentemente, a humanidade é surpreendida pela aids, a que os cientistas e estudiosos de todos os matizes, não só consideram como doença, como lhe atribuem o *status* de uma doença terrível, a que se convencionou chamar de o mal do século.

Essa doença transmissível[112] e incurável - embora sejam intensos os esforços despendidos pelos cientistas de todos os continentes com o objetivo de contê-la - tem-

---

[111] Essa paisagem é descrita por Saramago: "do que se tratava era de pôr de quarentena todas aquelas pessoas, segundo a antiga prática, herdada dos tempos da cólera e da febre-amarela, quando os barcos contaminados ou só suspeitos de infecção tinham de permanecer ao largo durante quarenta dias, até ver. Estas mesmas palavras, Até ver, intencionais pelo tom, mas sibilinas por lhe faltarem outras, foram pronunciadas pelo ministro, que mais tarde precisou o seu pensamento, Queria dizer que tanto poderão ser quarenta dias como quarenta semanas, ou quarenta meses, ou quarenta anos, o que é preciso é que não saiam de lá" (SARAMAGO, José. Ensaio sobre a cegueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 45).

[112] Adota-se, aqui, a distinção entre doenças transmissíveis e doenças contagiosas: "para avaliação do risco de contaminação é importante fazer a distinção entre doenças 'contagiosas' e doenças 'transmissíveis'. As doenças 'contagiosas' são aquelas que se disseminam livremente por via aérea ou fecal, tais como gripe, cólera, tuberculose, etc. Por seu turno, as doenças 'transmissíveis' só contaminam mediante condições bastante restritas. É nesse grupo que se insere a AIDS. As hipóteses de transmissão do vírus da AIDS hoje são bastante conhecidas da população em geral, por força das campanhas de conscientização. Ela se transmite tão-somente através das secreções sexuais, pelo sangue e por via materno-fetal. Outras formas bastante discutíveis, como a sua transmissão através da saliva ou das lágrimas, não têm sido consideradas como fator de risco" (SANTOS, Marco Fridolin Sommer. A AIDS sob a perspectiva da responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 36). Essa diferenciação é importante para o efeito das medidas de prevenção a serem adotadas para contenção da epidemia (como a segregação do paciente, por exemplo), pois o risco de disseminação da doença cresce na razão direta da facilidade com que os agentes patogênicos são transmitidos de pessoa a pessoa.

se expandido em todas as regiões do planeta, em curto espaço de tempo, fazendo por crescer, também, o estigma daqueles que são por ela acometidos.

E isso porque todos parecem temer a aids e procurar dela manter distância, criando representações sociais as mais diversas para vivenciar os dilemas que ela traz à sociedade como um todo. Por um lado, passa-se a conviver com a possibilidade próxima da morte, sempre afastada pelo admirável mundo novo da modernidade. De outro, a adoção de medidas preventivas implica em tratar de temas relacionados à sexualidade e ao consumo de drogas ilícitas, para desconforto de quem recusa admitir, no espaço público, a sua presença e importância cada vez maior em nossa sociedade.

3.3 Metáforas da aids

Foram sendo construídas, assim, metáforas que traduzissem os significados atribuídos à aids na sociedade ocidental.

A primeira delas evoca a imagem da pestilência, relacionando-a com uma praga, cuja força indômita e subterrânea acarreta o caos, a desordem e a ruptura da vida social, familiar e afetiva.

A segunda é a de uma doença contagiosa e invisível, transmitida a partir de qualquer contato com a pessoa infectada, seja pelo ar, pela proximidade física ou por objetos a ela pertencentes. Traduz a representação popular das doenças infecciosas, que exigem o distanciamento das pessoas acometidas pelo mal e recomendam o isolamento como forma de contenção do mal.

A terceira é a da punição moral, em que os infectados são julgados conforme o mecanismo de contágio. São distinguidos, assim, os inocentes, que se contaminaram por transfusão de sangue, pela via perinatal ou por relações sexuais com o cônjuge infiel, e os culpados, que apresentam condutas desviantes do padrão moral estabelecido. Também ganhou popularidade, por orientar a maior parte das abordagens jornalísticas da moléstia.

A quarta vê a aids como invasora, cuja origem coincide com a presença de estrangeiros e imigrantes, especialmente de origem africana, que a trouxeram junto com os seus estranhos pertences. Com base nessa visão, muitos países estabelecem

barreiras à circulação de pessoas soropositivas, editando normas internas de controle sobre a propagação de moléstias infecciosas.[113] Segundo os dados disponíveis, mais de cinqüenta países impuseram tais restrições, desafiando abertamente - e sem sofrer conseqüência alguma por isso - o Regulamento Internacional sobre Saúde, estabelecido em 1969, pela Assembléia Internacional sobre a Saúde.[114]

A quinta considera a aids como uma guerra, empreendida através de guerrilhas contra a imoralidade, a promiscuidade, as influências estrangeiras e as minorias excluídas.

A última contempla a aids como uma força primeva, impossível de ser contida e completamente anticonvencional.[115]

Todas as visões, no entanto, coincidem em atribuir um caráter ameaçador à doença, o que pode ajudar a compreender o profundo temor que a acompanha e que se concretiza nas pessoas infectadas.

4. Recurso à ética e à interdisciplinaridade

Com o impacto que provoca sobre as práticas, as concepções e os valores contemporâneos, a aids desafia diferentes saberes para a sua compreensão.[116] Particularmente, traz para o Direito questões que, pela sua abrangência e

---

[113] Vários países têm adotado normas exigindo a realização de exames para a detecção dos anticorpos ao vírus HIV em viajantes estrangeiros. Por exemplo, podem ser citados Israel, países árabes e Rússia, locais em que os controles são cada vez mais rígidos, impedindo até o ingresso ou permanência no país. Na América, Bolívia, Costa Rica e El Salvador exigem a realização de tais exames em estrangeiros que solicitem residência permanente o temporária. Veja-se, a esse respeito, PUELMA, Hernán Fuenzalida; PARADA, Ana María; LA VERTU, Diana Serrano. *Aportes de la ética y el derecho al estudio del sida.* Washington: Organização Panamericana da Saúde, 1991, p. 40.

[114] "O regulamento se destaca como o único instrumento legal internacional a oferecer garantias contra as restrições excessivas ao tráfego internacional impostas sob o pretexto de luta contra a AIDS. Em 1985, a OMS confirmou implicitamente que o Regulamento Internacional sobre a Saúde estava sendo violado ao declarar que 'nenhum país que tenha adotado o regulamento pode recusar a entrada em seu território de uma pessoa que não apresente um certificado médico declarando não ser portador do vírus da AIDS'. Entretanto, o regulamento continuou a ser violado e a OMS não adotou nenhuma medida para apurar os casos de violação do regulamento e para promover seu cumprimento como o único instrumento internacional gerado pela Organização" (MANN, Jonathan *et alli.* A AIDS no mundo. Trad. de Outras Palavras. Rio de Janeiro: Relume Dumará: ABIA: IMS/ UERJ, 1993, pp. 258-259).

[115] Ver, a respeito, HELMAN, C. G. Cultura, saúde e doença. 2ª ed. Porto Alegre: Arte Médicas, 1994, p. 48.

[116] Para além de uma questão biológica e médica, há dimensões sociais, históricas, culturais, religiosas, psicológicas e outras que não podem ser afastadas: "a doença e as reações que suscita nos levam diretamente ao âmago de nossa humanidade. Nesta medida, abre-se uma janela universal sobre a nossa humana condição"

complexidade, reclamam o imprescindível aporte de conhecimentos melhor desenvolvidos em outras áreas. Através de diálogos profícuos, intensos e permanentes é que se tornou possível o encontro de algumas respostas para vários problemas em que as abordagens exclusivamente jurídicas se mostravam inadequadas ou insatisfatórias.

Naturalmente, esses diálogos não são fáceis e nem sempre se apresentam proveitosos. Há receios, incompreensões, desconfianças, interrupções, dúvidas e outros obstáculos que somente a determinação e o esforço comum ousam remover. Mais: a constatação que as análises parciais geram resultados insuficientes lançou o desafio, aos profissionais que trabalham com a epidemia e suas conseqüências, de atuarem de forma interdisciplinar.

Embora representasse muito, só a interdisciplinaridade não era o bastante. Também o recurso à ética, mesmo para restabelecer um eixo comum a orientar o conjunto das intervenções das diferentes áreas do conhecimento, revelou-se essencial. A aids exigiu que novas situações fossem iluminadas pelo enfoque ético, dadas as suas características epidemiológicas, clínicas e sociais, além de recolocar em discussão temas já bastante conhecidos, mas que remanesciam esquecidos.

Desde o final da Segunda Guerra Mundial, a ética vem sofrendo os influxos dos debates acerca dos abusos cometidos através de experiências científicas, indicando a necessidade de profunda revisão para se tornar mais próxima à realidade atual.[117] De forma bastante resumida, podem ser indicadas pelo menos duas grandes correntes do pensamento ético contemporâneo, que se opõem quanto às suas fundamentações:[118]

(FIGUEIREDO, Luís Cláudio. Apresentação. **In:** CARNEIRO, Henrique Figueiredo. AIDS: a nova desrazão da humanidade. São Paulo: Escuta, 2000, p. 8).

[117] À essa época, "intensificaram-se os debates em torno dos abusos na experimentação científica com seres humanos, cometidos antes, durante e após a Segunda Guerra Mundial, denunciados no começo dos anos 70 pelo psiquiatra Jay Katz, com ampla ressonância na opinião pública norte-americana. Destacam-se três casos que têm sido considerados paradigmáticos na tomada de consciência da necessidade de colocar limites à prática científica e na emergência do 'paradigma bioético': o caso da pesquisa sobre sífilis feita em 600 homens afro-americanos de Tuskegee, Alabama, entre 1932 e 1972, conhecido como o caso do 'sangue mau' (*bad blood*), onde foram sonegadas informações e o tratamento adequado disponível (penicilina) a 399 portadores da doença; o caso da injeção de células hepáticas cancerígenas vivas, feita em 1964 em 22 pacientes do *Jewish Chronic Disease Hospital* do Brooklin, em Nova Iorque; e o caso da infecção intencional com o vírus da hepatite em aproximadamente 700-800 crianças retardadas graves do *Willowbrook State School for the Retarded*, ocorrido entre 1959 e 1970" (ZANCAN, Lenira Fracasso. Dilemas morais nas políticas de saúde: o caso da AIDS. Uma aproximação a partir da bioética. Dissertação de Mestrado, apresentada à Escola Nacional de Saúde Pública. Rio de Janeiro, 1999, mimeo, p. 13).

[118] Diferentes autores propõem classificações próprias para as teorias concernentes à fundamentação ética. Muito embora se mostrem igualmente úteis esses diversos enfoques, os limites e o objeto deste trabalho implicam na

teorias relativistas, que sustentam ser os princípios éticos resultado de acordo ou eleição, não sendo verdadeiros ou falsos em si mesmos; teorias objetivistas, que afirmam ser possível alcançar, por via da razão, o conhecimento acerca do bem e do mal, considerado objetivo e transcendente ao indivíduo.[119]

Por força desse antagonismo, estão sendo permanentemente questionados princípios antes tidos por absolutos e universalmente válidos, passando-se a defender a adoção de procedimentos aptos a oferecer soluções razoáveis para as disputas que envolvam concepções distintas, sem voltar ao anterior fundamentalismo conservador, nem recair num niilismo progressista.[120] Este último, ao instaurar o relativismo radical, implica a assunção do caráter provisório e negociável de todos os princípios éticos, e, ainda, a igual aceitação de qualquer posição moral subjetiva. Aquele outro, ao se fundamentar em princípios inafastáveis, impõe soluções pré-moldadas para conflitos éticos a cada dia mais complexos e difíceis, diante da magnitude dos problemas e dos formidáveis avanços biotecnológicos.[121]

Para a matriz européia, inspirada pelo objetivismo, é considerado o respeito à vida como princípio eminente da ética biomédica, distinguindo-se três outros princípios a ele subalternos: o terapêutico ou da totalidade, que considera o corpo humano como um todo unitário e orgânico, sendo objetivo da medicina o bem do paciente; o de sociabilidade e de subsidiaridade, que obriga o Estado e a cada um contribuir, na medida de suas possibilidades, com o bem geral dos demais; o da liberdade e da responsabilidade, que entende o médico e o paciente como sujeitos

---

necessária opção por uma perspectiva mais geral e abrangente, apesar dos evidentes prejuízos para o aprofundamento de tema tão complexo. Não obstante, podem ser referidas, por exemplo, as contribuições de SIDGWICK, Henry. *The Methods of ethics*. 7ª ed. London: MacMillan, 1962, que identifica como métodos da ética o egoísmo, o intuicionismo e o utilitarismo; e a de KUTSCHERA, Franz von. Fundamentos de ética. Trad. de Maria Teresa Hernán-Pérez. Madrid: Catedra, 1989, que arrola teorias não cognitivistas, subjetivistas e objetivistas. Outros, como Ernst Tugendhat, preferem percorrer os autores mais significativos para a fundamentação ética, tais como Kant, Hegel, Aristótoles, Habermas, Schopenhauer, etc. (Lições sobre ética. Trad. de Róbson Ramos Reis *et alli*. 2ª ed. Petrópolis: Vozes, 1997).

[119] Nesse sentido, ver ANDORNO, Roberto. *Bioética y dignidad de la persona*. Madrid: Editorial Tecnos, 1998, p. 29.

[120] Conforme ZANCAN, Lenira Fracasso. Dilemas morais nas políticas de saúde: o caso da AIDS. Uma aproximação a partir da bioética. Dissertação de Mestrado, apresentada à Escola Nacional de Saúde Pública. Rio de Janeiro, 1999, mimeo, p. 10.

[121] "*El desarrollo extraordinario de las ciencias biomédicas que se observa en los últimos veinte años está en la base del poder descomunal que estamos adquiriendo sobre nosotros mismos. Esto plantea, no sólo a los investigadores, sino también a los juristas, a los poderes públicos y a los ciudadanos en general, preguntas nuevas y difíciles. Hasta dónde puede avanzarse en el dominio del hombre por el hombre? Puede hacerse - debe hacerse - todo lo que resulta técnicamente posible en materia de procreación artificial, de intervención sobre el*

livres e responsáveis, que não estão submetidos à vontade um do outro, seja para aceitar um tratamento, seja para exigir certas condutas.[122]

Segundo o panorama anglo-americano, mais identificado com o relativismo, os princípios éticos *prima facie*, que orientam as relações entre os pacientes e os serviços de saúde, são geralmente o da beneficência ("expressa a obrigação de ajudar aos pacientes para além dos interesses destes, através da remoção e prevenção de agravos ou riscos à saúde"), não maleficência (corresponde à obrigação de agir sempre em vista do bem estar do paciente, evitando causar-lhe danos), da autonomia (refere-se à liberdade individual de agir intencionalmente, com consciência e livre de influências ou constrangimentos determinantes dos atos praticados) e da justiça (que reclama uma justa distribuição dos recursos sanitários entre os cidadãos, a fim de se evitarem discriminações nas políticas públicas).[123]

A visão anglo-americana, ao destacar a prevalência do princípio da autonomia, teve o mérito de reconhecer o paciente como pessoa e de reduzir o paternalismo médico, o qual, unilateralmente, costumava definir as condutas a serem adotadas. Há, porém, o risco de conduzir à adoção de uma ética formal ou procedimental, comprometida exclusivamente com a solução de conflitos.[124]

A procedimentalização da ética visa alcançar, por via da ponderação racional e imparcial das concepções em conflito, a solução mais adequada para os diferentes casos concretos, ainda que parciais e na forma de consensos provisórios.[125] Tais procedimentos são abertos à convivência conflitiva e precária de interesses e valores

---

genoma humano, de utilización de las partes del cuerpo? El hombre, tal como lo conocemos, debe ser preservado?" (ANDORNO, Roberto. *Bioética y dignidad de la persona*. Madrid: Editorial Tecnos, 1998, p. 11).

[122] Conforme SGRECCIA, Elio. *Manual de bioética*. México: Diana, 1996, pp. 153 e segs.; ANDORNO, Roberto. *Bioética y dignidad de la persona*. Madrid: Editorial Tecnos, 1998, pp. 38 e segs.

[123] Conforme BEAUCHAMP, Tom e CHILDRESS, James. *Principles of biomedical ethics*. 4ª ed. New York: Oxford University Press, 1994, pp. 53 e segs.; ZANCAN, Lenira Fracasso. Dilemas morais nas políticas de saúde: o caso da AIDS. Uma aproximação a partir da bioética. Dissertação de Mestrado, apresentada à Escola Nacional de Saúde Pública. Rio de Janeiro, 1999, mimeo, pp. 14 e segs.

[124] Assim o faz, destacadamente, Engelhardt (Fundamentos da bioética. Trad. de José A. Ceschin. São Paulo: Loyola, 1998, pp. 21 e seguintes), para quem "a diversidade moral é real de fato e em princípio", o que inviabiliza o reconhecimento de uma moralidade canônica e essencial. Essa moralidade sem essência recomenda, na construção de uma política pública de saúde, a consideração de todas as comunidades morais particulares, havendo necessidade apenas de serem estabelecidos mecanismos para a solução de eventuais conflitos.

[125] "A autoridade moral secular deriva do consentimento dos envolvidos em um empreendimento comum. O princípio do consentimento coloca em destaque a circunstância de que, quando Deus não é ouvido por todos do mesmo modo (ou não é de maneira alguma ouvido por ninguém), e quando nem todos pertencem a uma comunidade perfeitamente integrada e definida, e desde que a razão não descubra uma moralidade canônica concreta, então a autorização ou autoridade moral secularmente justificável não vem de Deus, nem da visão

divergentes, os quais, em relação, orientam a resolução dos conflitos concretamente estabelecidos.[126]

Todavia, levado às suas últimas conseqüências, o princípio da autonomia e a adoção de uma ética procedimental podem acarretar situações inaceitáveis,[127] uma vez que a autonomia não é um fim em si mesma.[128] Desnecessário enfatizar o grande número de hipóteses em que o Direito estabelece restrições à autonomia privada.[129]

Precisamente o Direito é chamado a fixar o mínimo ético da sociedade, traduzido em princípios básicos aptos a garantir a dignidade da pessoa humana e a proporcionar justiça e eqüidade, sem os quais a vida social se torna indigna.[130] Assim, sua preocupação substancial é fazer com que cada um atue com justiça e eqüidade em suas relações com o outro, reconhecendo e respeitando a dignidade alheia,[131] ao tempo em que são afastadas as discriminações arbitrárias. Se a titularidade de um direito se funda na simples condição humana, não é admissível que seja condicionado o seu exercício a requisitos de idade, sexo, raça ou condição social.

O princípio da não discriminação possui, nessa perspectiva, um significado decisivo no tratamento jurídico das questões relacionadas com a aids. Seja para proteger contra atitudes abusivas derivadas do preconceito, seja para proporcionar condições de superar situações de indignidade, a ausência de discrime constitui fator primordial na construção da igualdade.

---

moral de uma comunidade particular, nem da razão, mas do consentimento dos indivíduos" (ENGELHARDT JR., H. Tristam. Fundamentos da bioética. Trad. de José A. Ceschin. São Paulo: Loyola, 1998, p. 17).

[126] Ver, a esse respeito, ENGELHARDT JR., H. Tristam. Fundamentos da bioética. Trad. de José A. Ceschin. São Paulo: Loyola, 1998, pp. 51 e seguintes.

[127] Basta lembrar do episódio ocorrido na Guiana, em que o acordo formal de todos os participantes da comunidade religiosa dirigida pelo Pastor Jones levou à auto-aniquilação coletiva, através de suicídios em massa.

[128] Hottois entende que há situações em que é imoral fazer prevalecer a autonomia sobre o dever de contribuir para o bem alheio, especialmente se é necessário apoiar o exercício real da autonomia moral do outro, sob pena de se tornar o exercício de uma pseudo-liberdade alienada e forçada (HOTTOIS, Gilbert. *Aux fondements d'une éthique contemporaine. H. Jonas et H. T. Engelhardt en perspective*. Paris: Vrin, 1993, p. 25).

[129] O problema da autonomia é, antes de tudo, uma questão de limites, fixados sempre pelas normas jurídicas. Inexistem, assim, nas sociedade contemporâneas, indivíduos totalmente livres e independentes, senhores absolutos de suas atividades e de seus bens, vinculados apenas por relações contratuais (FERRI, Luigi. *La autonomia privada*. Madrid: Tecnos, 1969; PRATA, Ana. A tutela constitucional da autonomia privada. Coimbra: Almedina, 1982).

[130] Conforme ANDORNO, Roberto. *Bioética y dignidad de la persona*. Madrid: Editorial Tecnos, 1998, p. 47.

[131] As noções de *ius* e de *dignitas* são, por essa via, identificadas (conforme SENN, Félix. *De la justice et du droit*. Paris: Sirey, 1927, p. 19).

CAPÍTULO II
BRASIL EM TEMPOS DE AIDS

1. Etapas percorridas

Este capítulo pretende compor um painel dos percursos do conhecimento a respeito da aids no Brasil e das respostas que lhe foram sendo sucessivamente dadas pela sociedade civil, pelos órgãos estatais e, em particular, pelo Direito, durante o período compreendido entre 1981 e 1999. A definição desse lapso de tempo tem em vista, de um lado, a publicação das primeiras notícias a respeito da aids na imprensa brasileira e, de outro, o encerramento do levantamento de dados utilizados na presente pesquisa.

Como dito anteriormente,[132] cuida-se do tempo presente, o que importa em certas dificuldades, notadamente aquelas relacionadas com a constante mudança e com a ainda ausente decantação histórica dos acontecimentos de maior relevância. Há, todavia, vantagens correlativas, coincidentes com a proximidade dos fatos e com inexistência de amarras classificatórias já consolidadas, o que permite ampla margem de decisão.

Dado o caráter transnacional da pandemia, serão referidos acontecimentos internacionais que guardaram estreita conexão com o cenário nacional, mas não se fará maiores desenvolvimentos a esse respeito, tendo em vista o enfoque adotado,[133] para examinar, especificamente, o caso brasileiro.

A atuação da sociedade civil brasileira, no campo da aids, deu-se fundamentalmente através da criação e da atuação de organizações não governamentais, as conhecidas ONGs/AIDS.[134]

---

[132] Ver Introdução, *supra*.
[133] Ver Introdução, *supra*.
[134] Há muita dificuldade em se definir o que é uma ONG, seja pela flexibilidade ou informalidade de sua atuação, seja pela diversidade de características e pluralidade de propósitos (conforme LANDIM, Leilah. A invenção das ONGs: do serviço invisível à profissão sem nome. Mimeo. Tese de Doutorado em Antropologia Social, apresentada perante o Programa de Pós-Gradução em Antropologia Social, da Universidade do Rio de Janeiro, 1993). No Brasil, "a ECO-92 foi um marco importante para a visibilidade e para o auto-reconhecimento das ONGs. Com a realização do Fórum Global, as ONGs foram descobertas pela mídia, pelo governo brasileiro e também por grande parte da população. Depois disto, e com a fundação da ABONG (Associação Brasileira de Organizações Não-Governamentais), a sigla 'ONG' entrou em nosso vocabulário nomeando um conjunto

Sendo bastante escassos no Brasil trabalhos teóricos a respeito das ONGs/AIDS,[135] há muita incerteza quanto à sua caracterização, havendo pelos menos duas correntes principais: uma mais ampla, que entende possuir essa denominação toda instituição não estatal que desenvolva atividades relacionadas à aids; outra, mais restritiva, que atribui a denominação apenas às entidades e organizações não governamentais que trabalham exclusivamente com aids.[136]

De toda sorte, a esmagadora maioria dos textos brasileiros que tratam das ONGs/AIDS não se preocupam em defini-las, preferindo apenas reproduzir o termo, talvez por considerar a impossibilidade de uma rigorosa definição.[137]

A década de 1980 é palco do processo de redemocratização da sociedade brasileira, em que se assistiu ao lento e gradual encerramento do regime militar instituído em 1964, a reinstalação dos mecanismos formais de democracia e a eclosão de movimentos sociais reivindicatórios, que apresentavam demandas políticas dos mais variados setores sociais. Nesse momento, começam também a aparecer as primeiras notícias concernentes a uma nova doença, de origem desconhecida, cujo enfrentamento sofrerá todos os influxos do momento histórico então por nós vivenciado.[138]

São possíveis diferentes periodizações,[139] mas, sem a intenção de violentar os fatos, nem enclausurá-los em compartimentos estanques, organiza-se a exposição em

---

extremamente diverso de entidades. Ou seja: como um nome que comporta diversidade e flexibilidade de fronteiras" (NOVAES, Regina. ONGs/AIDS: mais perguntas do que respostas. **Boletim Pela Vidda**. Rio de Janeiro, ano 5, n.º 18, jan./mar. 1994, pp. 8-9).

[135] Ver, a esse respeito: GALVÃO, Jane. AIDS e ativismo: o surgimento e a construção de novas formas de solidariedade. **In**: PARKER, Richard *et alli*. A AIDS no Brasil. Rio de Janeiro: ABIA: IMS/UERJ: Relume-Dumará, pp. 341-350; PARKER, Richard (org.). Políticas, instituições e AIDS: enfrentando a epidemia no Brasil. Rio de Janeiro: ABIA; Jorge Zahar, 1997.

[136] Conforme GALVÃO, Jane. Aids no Brasil: a agenda de construção de uma epidemia. Rio de Janeiro: ABIA; São Paulo: Ed. 34, 2000, p. 40.

[137] Indicando essa tendência, podem ser consultados: PEDROSA, José Stalin. ONG/AIDS. Rio de Janeiro: Planeta Gay Books, 1998; SILVA, Cristina Luci Câmara da. ONGs/AIDS, intervenções sociais e novos laços de solidariedade social. **Cadernos de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, Escola Nacional de Saúde Pública, vol. 14, n.º 2, 1998, pp. 129-139; GALVÃO, Jane. Aids no Brasil: a agenda de construção de uma epidemia. Rio de Janeiro: ABIA; São Paulo: Ed. 34, 2000.

[138] "A resposta inicial à AIDS, de 1982 a 1985, só pode ser entendida completamente dentro do contexto do período de abertura, com a eleição de forças progressistas de oposição, abertas ao diálogo e dispostas a responder às preocupações da sociedade civil, no nível estadual, e com a continuidade do regime militar, com sua mentalidade fundamentalmente autoritária, no nível federal. De forma muito semelhante, a mudança na política federal, assim como a crescente resposta não-governamental à epidemia, de 1986 a 1992, está muito de acordo com o espírito do governo Sarney e a gradual redemocratização da vida brasileira" (PARKER, Richard (org.). Políticas, instituições e AIDS: enfrentando a epidemia no Brasil. Rio de Janeiro: Jorge Zahar; ABIA, 1997, pp. 11-12).

[139] Toda divisão em períodos histórico é criticável por implicar em razoável dose de arbitrariedade, conforme a intenção que a anima, pois a realidade não se sujeita a semelhantes padronizações. Todavia, elas se mostram úteis para organizar a exposição e tornar compreensível algumas conexões entre fatos ocorridos. Daí a preocupação de

três fases distintas, segundo a conjuntura política e social de cada época, para maior compreensão da reação brasileira à aids. A primeira, compreendendo os anos que vão de 1981 a 1984, durante os quais são identificados os primeiros casos e se inicia a conscientização da sua gravidade. A segunda, entre 1985 e 1991, que coincide com a criação das primeiras ONGs/AIDS e o início da resposta estatal à epidemia. E a terceira, que inclui os anos compreendidos entre 1992 e 1999 e representa o período de reformulação do modelo brasileiro de gestão da epidemia.

1.1 Contexto da descoberta (1981 a 1984)

Como um novo objeto de pesquisa epidemiológica, iniciada a partir dos primeiros casos reportados nos Estados Unidos e na França, a aids se vinculou ao instrumental teórico disponível para a identificação dos fatores de risco a ela associados. Semelhante vinculação trouxe implicações discursivas e práticas significativas, que marcaram definitivamente a trajetória social da nova epidemia.

> De categorias analíticas, cujo significado original na metodologia epidemiológica refere-se à construção de associações regulares e estatisticamente significantes entre características possivelmente implicadas na produção do agravo em estudo, portanto apenas elementos probabilísticos disciplinadores do raciocínio causal em epidemiologia, o fato de risco transmuta-se no conceito de grupo de risco.[140]

---

vários autores em utilizá-las ao estudar a aids, mas com diferentes perspectivas. Richard Parker, por exemplo, prefere dividir o desenvolvimento histórico da política social concernente à aids no Brasil em quatro fases, sendo a inicial compreensiva dos anos que vão de 1982 a 1985, a seguinte correspondendo ao período compreendido entre 1986 e 1990, a terceira entre 1990 e 1992 e quarta parece durar de 1992 até a presente data (PARKER, Richard (org.). Políticas, instituições e AIDS: enfrentando a epidemia no Brasil. Rio de Janeiro: Jorge Zahar; ABIA, 1997, pp. 8-11). À sua vez, Jane Galvão identifica cinco períodos: "1981-1982: A AIDS como um 'Mal de Folhetim'; 1983-1984: A AIDS deixa de ser um 'Mal de Folhetim'; 1985-1989: Os anos heróicos; 1990-1992: Polarização e transição; 1993-1996: A implementação de um novo modelo de gestão da epidemia de HIV/AIDS"(GALVÃO, Jane. Aids no Brasil: a agenda de construção de uma epidemia. Rio de Janeiro: ABIA; São Paulo: Ed. 34, 2000, p. 45). Recuperando o caminho percorrido do risco à vulnerabilidade, Ayres, França e Calazans reconhecem três períodos: o da descoberta da doença, que vai de 1981 a 1984; o abrangente das primeiras respostas, de 1985 a 1988; o atual, de 1989 aos dias de hoje (AYRES, José Ricardo de Carvalho Mesquita; FRANÇA JÚNIOR, Ivan; CALAZANS, Gabriela Junqueira. AIDS, vulnerabilidade e prevenção. **Anais do Seminário de Saúde Reprodutiva em Tempos de Aids**. Rio de Janeiro: ABIA:IMS/UERJ, 1997, pp. 20-37). Na sua essência, entretanto, todas acabam coincidindo em explicitar as alterações de enfoque que foram se dando ao longo do tempo e permitir a contextualização da aids no Brasil.

[140] AYRES, José Ricardo de Carvalho Mesquita; FRANÇA JÚNIOR, Ivan; CALAZANS, Gabriela Junqueira. AIDS, vulnerabilidade e prevenção. **Anais do Seminário de Saúde Reprodutiva em Tempos de Aids**. Rio de Janeiro: ABIA:IMS/UERJ, 1997, p. 28.

Essa categoria analítica, transformada em categoria ontológica, identificadora da doença, será amplamente difundida nos meios sociais, seja através da mídia, seja pela inserção em incipientes e toscas estratégias de prevenção. Assim, antes de se ter o diagnóstico dos primeiros casos no Brasil, a aids já era assunto presente em nosso meio e, em razão "de a AIDS ter chegado antes da AIDS",[141] ela se tornou conhecida e popular a partir do destaque dado pela imprensa às notícias vindas dos Estados Unidos a respeito de uma doença desconhecida e fatal. "Sem uma literatura médica disponível, sem iniciativas governamentais ou não-governamentais e sem casos de pessoas oficialmente identificadas como 'doentes', esses anos iniciais destacam um dos setores responsáveis pela formulação de um tipo de resposta: a mídia... como o principal, e quase único, meio de informação".[142]

Foram sendo divulgadas, em escala nacional, informações sobre a aids, sem que houvesse número significativo de pessoas acometidas em nosso país.[143]

> Por paradoxal que pareça, nas matérias da mídia nacional, e muitas podem ser classificadas como 'preconceituosas' e 'moralistas', não somente conseguiram enxergar algo naquela nova doença que ia além dos números de pessoas doentes, como se adiantaram, em alguns anos, às respostas de setores, sejam eles governamentais, ou não-governamentais.[144]

Muito desse destaque dado pela mídia se deve à celebridade de alguns dos primeiros acometidos - integrantes das classes mais abastadas, intelectuais, artistas, estilistas da moda, etc. - e à morte quase que imediata que os vitimou.[145]

Com o diagnóstico dos primeiros casos em São Paulo, em 1983, gradativamente a aids deixa de ser vista como um mal distante e passa a ser incorporada à realidade dos serviços de saúde brasileiros[146] e a representar a bandeira da ação de indivíduos e organizações não-governamentais.[147]

---

[141] DANIEL, Herbert e PARKER, Richard. AIDS: a terceira epidemia - ensaios e tentativas. São Paulo: Iglu, 1991, p. 32.

[142] GALVÃO, Jane. Aids no Brasil: a agenda de construção de uma epidemia. Rio de Janeiro: ABIA; São Paulo: Ed. 34, 2000, pp. 48-49.

[143] De acordo com o **Boletim Epidemiológico AIDS**, ano 9, n.º 4, set./nov. 1996, foram constatados 4.287 casos no período compreendido entre 1982 e 1987, sendo que havia um caso apenas em 1980.

[144] GALVÃO, Jane. Aids no Brasil: a agenda de construção de uma epidemia. Rio de Janeiro: ABIA; São Paulo: Ed. 34, 2000, p. 50.

[145] No Brasil, podem ser referidos os casos, amplamente divulgados na mídia, do estilista Markito (1983), do ator Lauro Corona (1989) e do cantor Cazuza (1990).

[146] Em 1983, é criado o Programa de AIDS do Estado de São Paulo, iniciativa pioneira no âmbito governamentais para enfrentamento da epidemia, que muito se deve ao cenário político ali vivenciado, coincidente "com o primeiro governo do estado eleito democraticamente após 1964 (governo Franco Montoro -

Todavia, acompanhando as estratégias adotadas em outros países, a prevenção se subordinou à idéia de grupos de risco e se resumiu a prescrever a abstinência e o isolamento: reduzir a atividade e os parceiros sexuais, especialmente com homossexuais, prostitutas e estrangeiros; evitar transfusões sangüíneas em que os doadores sejam desconhecidos; não compartilhar o uso de drogas injetáveis; em suma, tolher relacionamentos e evitar contatos com integrantes dos grupos de risco.[148] As conseqüências de tais atitudes foram, naturalmente, a estigmatização dos indivíduos pertencentes aos grupos, vítimas do preconceito e da exclusão social, o malogro das medidas preventivas e a morte rápida dos doentes.

Ainda devido à pouca repercussão interna da epidemia, não foram localizados textos legislativos ou decisões judiciais, no Brasil, referentes à aids durante este período.

1.2 Respostas iniciais e fragmentárias (1985 a 1991)

Trata-se do período em que há o primeiro conjunto de iniciativas, ainda bastante desorganizadas e pouco integradas, para o controle da doença e da epidemia no Brasil. Com o isolamento do seu agente etiológico e a delimitação do seu caráter transmissível, foi possível constatar que inexistiam barreiras geográficas, étnicas, sexuais, sociais ou culturais que circunscrevessem a contaminação pelo HIV. Cai em gradativo desuso, a partir de então, o conceito de grupo de risco, seja pela sua incompatibilidade com a dinâmica própria da epidemia, seja pela forte reação dos setores sociais atingidos pelo estigma.

---

gestão José Yunes - 1983-1987)" (TEIXEIRA, Paulo Roberto. Políticas públicas em AIDS. **In**: PARKER, Richard (org.). Políticas, instituições e AIDS: enfrentando a epidemia no Brasil. Rio de Janeiro: Jorge Zahar; ABIA, 1997, p. 47).

[147] "Um dos primeiros trabalhos comunitários de que se tem registro no Brasil foi realizado pelo atualmente extinto grupo gay Outra Coisa que, em 1983, já distribuía através de folhetos as parcas informações sobre a doença e as formas de prevenção" (TERTO JUNIOR, Veriano. O papel das ONGs nas políticas de AIDS. **Anais do Seminário de Políticas Públicas de Saúde relacionadas à AIDS II.** Rio de Janeiro: IMS/UERJ: ABIA, 1995, p. 32). Ademais, junto com o grupo Somos, foi convidado para participar da coordenação do programa de aids de São Paulo, referido na nota anterior, muito embora ambos tenham recusado o convite (TEIXEIRA, Paulo Roberto. Políticas públicas em AIDS. **In**: PARKER, Richard (org.). Políticas, instituições e AIDS: enfrentando a epidemia no Brasil. Rio de Janeiro: Jorge Zahar; ABIA, 1997, p. 48).

[148] Consultar, a propósito, AYRES, José Ricardo de Carvalho Mesquita; FRANÇA JÚNIOR, Ivan; CALAZANS, Gabriela Junqueira. AIDS, vulnerabilidade e prevenção. **Anais do Seminário de Saúde Reprodutiva em Tempos de Aids**. Rio de Janeiro: ABIA:IMS/UERJ, 1997, p. 28.

As iniciativas de prevenção deixam de se basear na abstinência e na exclusão, passando a ser adotadas, no âmbito governamental brasileiro, providências para a implantação de um programa nacional de aids. São estabelecidas as diretrizes a serem adotadas pelo referido programa,[149] passa a ser exigida a sua notificação compulsória[150] e a ser obrigatoriamente investigada, através de exames laboratoriais, nos procedimentos de coleta de sangue efetuados pelos bancos de sangue e serviços de hemoterapia.[151] Ao mesmo tempo, criam-se normas prevendo benefícios trabalhistas a doentes de aids.[152] Em especial na área militar, são elaboradas normas técnicas sobre o controle e a prevenção da aids no âmbito do exército.[153]

Na tentativa de sepultar a associação da aids a grupos de risco, difundiu-se o conceito de comportamento de risco, mais adequado para o enfrentamento da epidemia. Pretendia-se banir o labéu e o preconceito, ao tempo em que se enfatizava o

---

[149] Tais diretrizes constam da Portaria n.° 236, de 2 de maio de 1985, do Ministério da Saúde. Importa observar que essa Portaria incorpora uma série imprecisões, compatíveis com o precário conhecimento científico sobre a doença e suas formas de transmissão àquela época, bem assim com as notícias que então circulavam na mídia. Assim, enfatiza a existência de grupos de maior risco à doença (homossexuais e bissexuais masculinos, usuários de drogas injetáveis e hemofílicos ou politransfundidos) e à necessidade de os submeter a educação sanitária, consistente em: "restringir a atividade sexual a um único parceiro; evitar a doação de sangue; procurar os serviços de saúde em caso de suspeita da doença; abandonar o uso de drogas" (item 3.2, do anexo Informações sobre a Síndrome de Imunodeficiência Adquirida e suas medidas de controle). Aqui já restam claros aspectos que irão marcar a história social da aids: estigmatização de grupos sociais e medidas de prevenção devotadas a induzir mudanças comportamentais (BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria n.° 236, de 2 de maio de 1985. Estabelece diretrizes para o programa de controle da Síndrome de Imunodeficiência Adquirida, SIDA ou AIDS, no âmbito do território nacional. **Diário Oficial da União**, Brasília, 6 mai. 1985).

[150] A Portaria n.° 542, de 22 de dezembro de 1986, do Ministério da Saúde, em seu inciso II, estabelece que "os casos confirmados de AIDS e Sífilis Congênita deverão ser obrigatoriamente notificados às autoridades sanitárias com observância das normas legais e regulamentares aprovadas" (BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria n.° 542, de 22 de dezembro de 1986. **Diário Oficial da União**, Brasília, 24 dez. 1986).

[151] Essa obrigatoriedade é instituída pela Lei n.° 7.649, de 25 de janeiro de 1988, art. 3°, a saber: "as provas de laboratório referidas no artigo 1° desta Lei incluirão, obrigatoriamente, aquelas destinadas a detectar as seguintes infecções: Hepatite B, Sífilis, Doença de Chagas, Malária e Síndrome da Imunodeficiência adquirida (AIDS)" (BRASIL. Lei n.° 7.649, de 25 de janeiro de 1988. Estabelece a obrigatoriedade do cadastramento dos doadores de sangue, bem como a realização de exames laboratoriais no sangue coletado, visando a prevenir a propagação de doenças, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 27 jan. 1988). Note-se que a providência já se mostrava tardia, tendo em vista o altíssimo número de pessoas infectadas com o HIV, durante o período imediatamente anterior à edição da lei, por transfusão de sangue, especialmente hemofílicos. Ademais, os Estados de São Paulo, através da Lei Estadual n.° 5.190, de 20 de junho de 1986, e do Rio de Janeiro, mediante a Lei Estadual n.° 1.215, de 23 de outubro de 1987, já haviam previsto a obrigatoriedade desses testes em anos anteriores.

[152] Assim o faz a Lei n.° 7.670, de 8 de setembro de 1988, estende aos doentes de aids os seguintes benefícios: licença para tratamento de saúde, aposentadoria, reforma militar, pensão especial à viúva de militar ou funcionário civil e auxílio-doença (BRASIL. Lei n.° 7.670, de 8 de setembro de 1988. Estende aos portadores da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (SIDA/AIDS) os benefícios que especifica e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 9 set. 1988).

[153] Assim dispõem as Portarias de n.° 12 - DGS, de 25 de janeiro de 1989 (BRASIL. Ministério do Exército. Portaria n.° 12 - DGS, de 25 de janeiro de 1989. Instruções reguladoras das atividades de perícias médicas relacionadas com a síndrome da imunodeficiência adquirida, no âmbito de Ministério do Exército. **Diário Oficial da União**, Brasília, 26 jan. 1989), e de n.° 01 - DGS/RES, de 24 de abril de 1989 (BRASIL. Ministério do

caráter universal das medidas preventivas a serem adotadas no plano individual. O equívoco estava em exigir exclusivamente do indivíduo a modificação de sua conduta e culpabilizá-lo nas hipóteses de eventuais falhas na execução das medidas preventivas.[154] Não se deu a devida atenção ao fato de que há implicações insuperáveis, do ponto de vista individual, nos processos de modificação de comportamentos, em especial os de natureza sexual.[155]

Como produto de contextos sociais e culturais, a sexualidade humana é construída não só pela experiência individual, mas moldada pela natureza intersubjetiva dos seus significados, partilhados e coletivos, sem constituírem propriedade disponível de indivíduos atomizados e isolados.[156] Será o início da organização do movimento social, com suas experiências e reflexões, que trarão críticas ao conceito, as quais se tornarão mais contundentes à medida em que vão se tornando conhecidos os resultados relativos da implementação de programas de prevenção com base comportamental.

Ao se perceber a importância de a comunidade se organizar, são criadas as primeiras entidades direcionadas à atuação frente à aids, em seus múltiplos aspectos. Assim, em 1985,[157] é formada a primeira organização não governamental brasileira com semelhante finalidade, denominada Grupo de Apoio e Prevenção à AIDS - GAPA. De início, foi criada apenas no Estado de São Paulo, mas posteriormente se

---

Exército. Portaria n.º 01 - DGS/RES, de 24 de abril de 1989. Normas técnicas sobre prevenção da síndrome de imunodeficiência adquirida no âmbito do exército. **Diário Oficial da União**, Brasília, 25 abr. 1989).

[154] "A inobservância dos cuidados relativos a possíveis formas de contaminação a que o sujeito se expõe por meio de relações sexuais, transfusão de sangue ou utilização de drogas intravenosas, representa uma espécie de transgressão aos requisitos exigidos para lograr a realização de uma arte de viver", abrindo espaço para a discussão moral sobre a sua conduta (CARNEIRO, Henrique Figueiredo. AIDS: a nova desrazão da humanidade. São Paulo: Escuta, 2000, p. 78).

[155] A visão comportamentalista compreende as atitudes como intencionais, sem atentar para a forma como a própria intencionalidade é moldada no quadro das interações sociais e culturais. Por isso, "a mudança para um comportamento protetor na prevenção da AIDS não é a resultante necessária de 'informação + vontade', mas passa por coerções e recursos de natureza cultural, econômica, política, jurídica, e até policial, desigualmente distribuídos entre os gêneros, países, segmentos sociais, grupos étnicos, faixas etárias" (AYRES, José Ricardo de Carvalho Mesquita; FRANÇA JÚNIOR, Ivan; CALAZANS, Gabriela Junqueira. AIDS, vulnerabilidade e prevenção. **Anais do Seminário de Saúde Reprodutiva em Tempos de Aids**. Rio de Janeiro: ABIA:IMS/UERJ, 1997, p. 31).

[156] Conforme PARKER, Richard. Na contramão da AIDS: sexualidade, intervenção, política. Rio de Janeiro: ABIA; São Paulo: Editora 34, 2000, p. 31.

[157] Ano que marca o processo de redemocratização no Brasil, com a ampla participação popular no movimento denominado Diretas-Já e com a eleição do primeiro Presidente da República civil, Tancredo Neves, após o golpe militar de 1964, mas ainda de forma indireta, mediante voto do colégio eleitoral. Esses fatos assinalam o momento ambíguo pelo qual passava o regime político brasileiro, talvez nunca superado.

multiplicou em outros estados do país.[158] Além de ter criado o primeiro cartaz sobre aids,[159] o GAPA se destacou pelo trabalho em defesa de direitos das pessoas discriminadas por serem portadoras da aids, instituindo um serviço de assessoria jurídica próprio para enfrentar questões de natureza individual, nos moldes dos serviços de *advocacy*, então já populares nos Estados Unidos.

Surgem, no mesmo ano, casas de apoio às pessoas vivendo com HIV/aids sem recursos financeiros ou materiais, sendo a primeira, também em São Paulo, a Casa de Apoio Brenda Lee.[160] Também se inicia a articulação com as políticas internacionais concernentes à aids, com destaque para o papel desempenhado pela ABIA - Associação Brasileira Interdisciplinar de Aids,[161] que desenvolve intenso intercâmbio e troca de experiências junto a instâncias nacionais e internacionais, bem como intervenções na mídia.

Gradativamente outras instituições já existentes passam a incorporar a aids nas suas agendas de trabalho, mediante o desenvolvimento de projetos específicos, compatíveis com os seus objetivos institucionais.[162] Reúnem-se, igualmente, as pessoas que vivem com o HIV, formando associações próprias, como o Grupo Pela VIDDA (Valorização, Integração e Dignidade do Doente de AIDS), voltado à proteção e denúncia de violações aos direitos das pessoas infectadas.[163]

Do ponto de vista terapêutico, há importantes avanços, com o início da utilização do AZT, medicamento capaz de propiciar ampla melhoria nas condições

---

[158] Em 1996, já existiam 18 Grupos de Apoio e Prevenção à AIDS, atuando no Distrito Federal e nos Estados da Bahia, do Ceará, de Minas Gerais, do Pará, do Rio de Janeiro, do Rio Grande do Sul, de Santa Catarina, de São Paulo e do Sergipe (conforme GALVÃO, Jane. Aids no Brasil: a agenda de construção de uma epidemia. Rio de Janeiro: ABIA; São Paulo: Ed. 34, 2000, p. 67).

[159] Criado por Darcy Penteado, com o *slogan* "Transe numa boa" (conforme GALVÃO, Jane. Aids no Brasil: a agenda de construção de uma epidemia. Rio de Janeiro: ABIA; São Paulo: Ed. 34, 2000, p. 68).

[160] Consulte-se, a respeito da Casa de Apoio Brenda Lee, CAMARGO, Ana Maria Faccioli de. A AIDS e a sociedade contemporânea - estudos e histórias da vida. São Paulo: Letras & Letras, 1994; RAIZER, Eugênia Célia. O estatal, o público e o privado e suas expressões na epidemia da AIDS. Mimeo. Tese de Doutoramento em Serviço Social, apresentada perante a Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 1997.

[161] Fundada em 1986, no Rio de Janeiro, teve como fundador e primeiro presidente Herbert de Souza (o "Betinho"), que assumiu publicamente sua condição de soropositividade. Sobre a ABIA, consultar, entre outros, BASTOS, Francisco Inácio. ABIA: uma década de luta contra a AIDS (1987-1997) - reflexões preliminares. **In**: ABONG. Impacto social do trabalho das ONGs no Brasil. São Paulo, 1998.

[162] Assim o fazem, por exemplo, o ISER - Instituto de Religião, com o projeto ARCA (Apoio Religioso Contra a AIDS), e a Arquidiocese de São Paulo, com o Projeto Esperança (ver, a respeito, GALVÃO, Jane. Aids no Brasil: a agenda de construção de uma epidemia. Rio de Janeiro: ABIA; São Paulo: Ed. 34, 2000, p. 74).

[163] Um dos seus fundadores e primeiro presidente, Herbert Daniel, fala em ressurgimento da morte civil, tamanha era a intensidade das violações aos direitos dos infectados, cujo tratamento reclamaria a aplicação da vacina da solidariedade (DANIEL, Herbert. Vida antes da morte/Life before death. Rio de Janeiro: Tipografia Jabuti, 1989, p. 9).

gerais de saúde dos doentes de aids.[164] Por força das críticas à identificação de grupos de risco, ganham inaudita visibilidade social tanto as pessoas soropositivas, quanto os segmentos tradicionalmente estigmatizados, como as profissionais do sexo,[165] os homossexuais[166] e os usuários de drogas.[167]

Abriu-se uma via de mão dupla, em que a classificação como grupo de risco significava, por uma parte, reforço na discriminação e exclusão e, por outra, justificativa para a elaboração de estratégias específicas para esses grupos, inclusive com o acesso a financiamentos e oportunidade para freqüentar conferências, simpósios, seminários e reuniões nacionais e internacionais.

Na cena internacional, principiam, em 1985, em Atlanta, a longa série de conferências internacionais de aids, eventos que congregam milhares de participantes, oriundos dos mais diferentes países, e catalisam esperanças, com a apresentação dos resultados mais recentes das pesquisas em andamento sobre a doença e seu tratamento.[168] No Brasil, desde 1989, vem sendo realizados encontros nacionais periódicos entre organizações não governamentais que trabalham com a aids, para intercâmbio de experiências e articulação política em prol das reivindicações comuns.

A sucessão de iniciativas, a princípio incipientes e fragmentárias, vai aos poucos ganhando corpo, reconhecimento social e crescendo em articulação, a ponto de desencadear um movimento expressivo no interior da sociedade brasileira e desaguar na seara política e jurídica.

---

[164] Ver, *supra*, Capítulo I, item 1.5.

[165] "O uso do termo 'trabalhadora sexual' ou 'profissional do sexo' (*sex worker*), em substituição a prostituta, foi impulsionado/divulgado a partir da discussão relativa aos 'grupos de risco', na qual a denominação 'prostituta' estava presente" (GALVÃO, Jane. Aids no Brasil: a agenda de construção de uma epidemia. Rio de Janeiro: ABIA; São Paulo: Ed. 34, 2000, p. 82).

[166] "É importante ressaltar que na América Latina há não somente uma crescente literatura sobre o tema (homens que fazem sexo com homens), mas também projetos de prevenção destinados a essa população. Aqui, mais importante do que a terminologia, é a discussão sobre a relação entre prática (no caso, sexo entre homens) e identidade (no caso, homossexual)" (GALVÃO, Jane. Aids no Brasil: a agenda de construção de uma epidemia. Rio de Janeiro: ABIA; São Paulo: Ed. 34, 2000, p. 84).

[167] Ainda que alguns anos mais tarde, já na década de 1990, irão se estabelecer estratégias próprias para o atendimento de usuários de drogas injetáveis, dentro do conceito de *harm reduction*, ou seja, "redução de danos" advindos da utilização de drogas, com vistas a prevenir a infecção pelo HIV entre os seus usuários (ver, a respeito, BITTENCOURT, Lígia (org.). A vocação do êxtase: uma antologia sobre o homem e suas drogas. Rio de Janeiro: Imago/UERJ, 1995).

[168] Já se realizaram onze conferências internacionais, depois da primeira, em Atlanta: II Conferência Internacional de Aids, em Paris, em 1986; III Conferência, em Washington, em 1987; IV Conferência, em Estocolmo, em 1988; V Conferência, em Montreal, em 1989; VI Conferência, em São Francisco, em 1990; VII Conferência, em Florença, em 1991; VIII Conferência, em Amsterdã, em 1992; IX Conferência, em Berlim, em 1993; X Conferência, em Yokohama, em 1994; XI Conferência, em Vancouver, em 1996; XII Conferência, em Genebra, em 1998; XIII Conferência, em Durban, em 2000.

Pelos integrantes do Poder Judiciário são proferidas as primeiras decisões em demandas ajuizadas por pessoas que vivem com aids, nas quais são percorridas algumas das linhas que servirão para orientação futura dos pronunciamentos jurisdicionais.

Podem ser referidas, primeiramente, decisões emanadas do Tribunal Superior do Trabalho, que determinaram a exclusão, em dissídios coletivos, de cláusulas que obrigassem os empregados a se submeter a exames médicos preventivos ou periódicos para detecção do HIV.[169]

Na esfera criminal, inicia-se o debate acerca da caracterização ou não de delito no ato de transmissão do HIV, apontado-se os vários tipos penais possíveis de restarem concretizados.[170] De igual sorte, houve solicitações, por parte de detentos doentes de aids, de concessão de regime domiciliar para o cumprimento de pena privativa de liberdade, ante a precariedade ou inexistência de atendimento apropriado no âmbito do sistema prisional. Embora não seja tranqüilo o posicionamento da jurisprudência, sendo analisada cada situação concreta com suas peculiaridades próprias, em alguns casos concretos se admitiu a prisão em domicílio[171] e, em outros, não se acolheram os

---

[169] Nesse sentido, podem ser consultadas as seguintes decisões: BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso Ordinário em Dissídio Coletivo n.º 17.421/1990-MG. Relator: Ministro Wagner Pimenta. **Diário da Justiça da União**, 30 ago. 1991, p. 11.726; BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso Ordinário em Dissídio Coletivo n.º 38.053/1991-MG. Relator: Ministro Fernando Vilar. **Diário da Justiça da União**, 14 mai. 1993, p. 9.128.

[170] Nesse rumo caminham os seguintes julgados: "no crime de perigo de contágio de moléstia grave (art. 131 do CP), a intenção (fim) de transmitir a moléstia é o dolo específico do delito. Assim, descaracterizado resta este em relação a réu que sabia ou devia saber ser portador de AIDS, uma vez falecida sua esposa em virtude da doença, se não há nos autos prova da intenção de transmitir a moléstia à nova companheira, acusação não sustentada pela vítima ou seus familiares nem admitida pelo acusado. Impossível, ademais, a desclassificação para o crime de perigo de contágio venéreo, eis que a ação penal do delito do art. 130 do CP é pública condicionada a representação (§ 2º), inexistente na espécie, tanto mais não havendo sequer manifestação de vontade da pseudovítima em tal sentido" (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Criminal n.º 84.563-3. Relator: Desembargador Péricles Piza. São Paulo, 23 abr. 1990. **Revista dos Tribunais**, vol. 656, p. 286); "Processo penal. Falta de justa causa. Inépcia da denúncia. Inocorrência dos vícios apontados. Não só os fatos são penalmente relevantes, configurando, em tese, o delito descrito no art. 268, parágrafo único, do Código Penal [infração de medida sanitária preventiva destinada a impedir a transmissão de doença contagiosa (no caso, aids)], como foram satisfatoriamente atendidos os requisitos do art. 41, do CPP, com a exposição dos mesmos, permitindo o exercício da defesa em toda a sua amplitude" (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Habeas Corpus n.º 517/90-PR. Relator: Ministro Costa Leite. **Diário da Justiça da União**, Brasília, 28 mai. 1990, p. 4.739).

[171] Com o fundamento de que, "diante de uma doença misteriosa, altamente contagiosa, cujos efeitos maléficos e perniciosos ainda não estão suficientemente conhecidos pela Ciência moderna, concede-se ao condenado aidético o direito de cumprir a pena em prisão domiciliar, ressalvada a hipótese do surgimento de circunstâncias posteriores que aconselhem ou autorizem a revogação ou substituição da medida" (Revista dos Tribunais, vol. 623, pp. 334-336).

pedidos, determinando-se apenas a garantia da assistência à saúde devida aos internos em estabelecimentos penais.[172]

Em consonância com os problemas da época, em 1991 o Tribunal Regional Federal da 2° Região ordenou o desbloqueio de cruzados depositados em nome pessoa doente de aids, para custear seu tratamento.[173]

Sob diverso aspecto, é perceptível em Estados e Municípios o interesse em elaborar legislação específica para a aids. Aprovam-se textos em que é instituída a obrigatoriedade de hotéis, motéis e similares fornecerem informações sobre a prevenção à aids e preservativos masculinos;[174] em que se compele a todos os hospitais públicos e privados a atenderem portadores do HIV/aids;[175] em que se determina a realização de exames para detectar presidiários com aids, prevendo os respectivos isolamento e tratamento;[176] em que se inclui, no currículo escolar de 1° e 2° graus, o ensino sobre aids[177] e em que se considera a aids como uma das doenças que acarretam aposentadoria integral a servidor público civil.[178]

O período se encerra de forma bastante conturbada, em razão das modificações operadas no cenário nacional com a instalação do governo Collor de Melo, em 1990.[179] Durante os dois anos de exercício de seu mandato, desmonta-se o programa nacional de controle e prevenção à aids e alternam-se cinco ministros como titulares da pasta de

---

[172] Conforme BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Habeas Corpus n.° 2.199-PR. Relator: Ministro Assis Toledo. **Diário da Justiça da União**, 7 dez. 1992, p. 23.324.

[173] BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Agravo de Instrumento n.° 91.0213330-0. Relatora: Juíza Tania Heine. **Diário da Justiça da União**, 17 nov. 1991.

[174] Assim o fazem a Lei Estadual n.° 5.999, de 23 de novembro de 1990, da Bahia, a Lei Municipal n.° 847, de 29 de agosto de 1990, de Niterói (RJ); a Lei Municipal n.° 3.646, de 13 de agosto de 1990, de Guarulhos (SP); a Lei Municipal n.° 10.873, de 20 de julho de 1990, de São Paulo (SP); e a Lei Municipal n.° 6.426, de 21 de julho de 1989, de Porto Alegre (RS).

[175] Lei Estadual n.° 11.857, de 14 de outubro de 1991, do Ceará.

[176] Conforme a Lei Estadual n.° 6.338, de 6 de novembro de 1991, da Bahia.

[177] Assim o fazem a Lei Estadual n.° 8.210, de 3 de janeiro de 1991, de Santa Catarina; a Lei Estadual n.° 1.188, de 11 de julho de 1991, do Mato Grosso do Sul; a Lei Estadual n.° 147, de 25 de abril de 1991, do Distrito Federal; a Lei Estadual n.° 8.210, de 3 de janeiro de 1991, de Santa Catarina; e a Lei Estadual n.° 1.892, de 20 de novembro de 1991, do Rio de Janeiro.

[178] Consoante a Lei Estadual n.° 4.038, de 23 de dezembro de 1987, do Espírito Santo; a Lei Estadual n.° 1.290, de 12 de abril de 1988, do Rio de Janeiro; a Lei Estadual n.° 7.590, de 8 de junho de 1989, de Santa Catarina; a Lei Estadual n.° 9.124, de 31 de julho de 1990, do Rio Grande do Sul; e a Lei Municipal n.° 1.289, de 21 de julho de 1988, do Rio de Janeiro (RJ).

[179] "Como o próprio governo Collor, o período de 1990 a 1992 ocupa uma espécie de tempo fora do tempo, no qual a nação como um todo, e especificamente a comunidade de AIDS, parecia estar vivendo um pesadelo coletivo que se esperava que chegasse logo ao fim" (PARKER, Richard. Introdução. **In**: PARKER, Richard (org.). Políticas, instituições e AIDS: enfrentando a epidemia no Brasil. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed./ABIA, 1997, p. 12).

saúde,[180] inviabilizando qualquer iniciativa consistente no âmbito da política nacional de saúde. Em contrapartida, há uma forte expansão da epidemia, praticamente dobrando, em apenas dois anos (1990 e 1991), o número total de casos notificados durante a década de 1980.[181]

1.3 Modelo brasileiro de gestão da epidemia (1992-1999)

A crescente institucionalização da epidemia mostra que a aids passa a ser vista como uma doença que veio para ficar. Há, então, mudanças no cenário da cooperação internacional, em termos da agenda de ações a serem apoiadas, pois vai aos poucos desaparecendo a ajuda humanitária e se restringido aos empréstimos do Banco Mundial o aporte de recursos financeiros.[182]

As transformações operadas durante o período anterior serão consolidadas em um modelo nacional de gestão da epidemia, reconhecido como um dos melhores em seu conjunto. Talvez a razão principal de sua qualidade esteja no Projeto de Controle da AIDS e DST, conhecido por AIDS I, elaborado em 1992 pelo programa nacional de aids e encaminhado ao Banco Mundial, junto ao qual logrou obter financiamento bastante expressivo. O orçamento geral do projeto atingiu 250 milhões de dólares, sendo composto por 160 milhões de dólares emprestados pelo Banco Mundial e 90 milhões de dólares investidos pelo tesouro brasileiro.[183]

Em 1993 o programa nacional abre a primeira concorrência pública para financiamento de projetos a serem encaminhados por entidades públicas e privadas, porém o acordo com o Banco Mundial só é assinado em março de 1994, com previsão

---

[180] Foram os seguintes: Seiko Tsuzuki (16/01/1989 a 15/03/1990), Alceni Guerra (15/03/1990 a 23/01/1992), José Goldemberg (24/01/1992 a 13/02/1992), Adib Jatene (12/02/1992 a 04/10/1992) e Jamil Haddad (08/10/1992 a 19/08/1993).

[181] Até 1989, era de 6.295 o número total de casos notificados, passando a 11.805 em 1991 (BRASIL. Ministério da Saúde. **Boletim Epidemiológico Aids**. Brasília, ano XIII, n.º 1, semana epidemiológica 48/99 a 22/00, dez.1999/jun.2000, pp. 26-27).

[182] Ver, a respeito, GALVÃO, Jane. Aids no Brasil: a agenda de construção de uma epidemia. Rio de Janeiro: ABIA; São Paulo: Ed. 34, 2000, pp. 106-107.

[183] Entre 1986 e 1996, o Banco Mundial financiou cerca de 60 projetos em 41 países *to HIV/AIDS prevention and mitigation efforts*, desembolsando algo em torno de 550 milhões de dólares no total. Depois do brasileiro, o maior projeto financiado no período foi da Índia, equivalente a 84 milhões de dólares (DAYTON, Julia. *World Bank HIV/AIDS interventions:* ex-*ante and* ex-post *evaluation.* Washington: World Bank Discussion Paper, 1998, p. 7). Apenas para comparação, é de se notar que entre 1990 e 1993 o Brasil havia gasto um total de 49,1 milhões de dólares com a aids (de acordo com BURGOS FILHO, Ruy. O impacto do projeto de controle de

de custeio de despesas retroativas. A princípio, o AIDS I dever-se-ia encerrar em 1997, mas atrasos nas prestações de contas o estenderam até junho de 1998, ocasião em que foi apresentado novo projeto ao Banco Mundial, com a denominação de AIDS II: Desafios e Propostas, também aprovado para viger entre 1998 e 2002, com montante geral equivalente a 300 milhões de dólares, constituídos por 165 milhões de dólares do Banco Mundial e 135 milhões de dólares de contrapartida brasileira.[184]

Os recursos financeiros levantados custearam ações, projetos, programas e serviços desenvolvidos tanto por entidades públicas, quanto privadas, representando um grande impulso para as organizações não governamentais que já trabalhavam ou passaram a trabalhar nessa área,[185] como também para os poderes públicos, que conseguiram melhor estruturar suas intervenções no controle e prevenção da aids.

Antes de 1992, o programa nacional mantinha poucos e esporádicos convênios com organizações não governamentais e não dispunha de funcionários para exercer as atividades de articulação com a sociedade civil, nem de recursos para financiá-las. Com o início do Projeto AIDS I, em 1993, é criado um setor de articulação no programa nacional, encarregado de proporcionar a participação da sociedade civil na execução de suas atividades.

Segundo os conceitos de custo/benefício adotados pelo Banco Mundial, a prevenção deve ser valorizada, através de ações que envolvam organizações não governamentais e integrantes dos grupos a serem abordados, em prejuízo de gastos com assistência e tratamento de doentes, considerados excessivamente caros.[186] Sendo prioridade as medidas preventivas, os esforços se concentrarão no apoio às

---

DST/AIDS para o enfrentamento da AIDS. **Anais do Seminário: Impacto sócio-econômico da epidemia de HIV/AIDS**. Rio de Janeiro: ABIA:IMS/UERJ, 1995, pp.13-16).

[184] Conforme dados levantados por GALVÃO, Jane. Aids no Brasil: a agenda de construção de uma epidemia. Rio de Janeiro: ABIA; São Paulo: Ed. 34, 2000, p. 114.

[185] Se, no I Encontro Brasileiro de ONGs vinculadas à aids, realizado em julho de 1989, em Belo Horizonte (MG), compareceram apenas 14 entidades, que pagaram suas próprias despesas, já no VII Encontro Nacional de ONGs/AIDS, ocorrido em abril de 1995, em Salvador (BA), participaram mais de 100 entidades, com passagem, hospedagem e materiais diversos pagos pelo encontro (conforme GALVÃO, Jane. Aids no Brasil: a agenda de construção de uma epidemia. Rio de Janeiro: ABIA; São Paulo: Ed. 34, 2000, p. 95). Segundo dados do próprio Banco Mundial, o número de ONGs com atividades relacionadas à aids salta de 120 para 480 após a implementação do Projeto AIDS I no Brasil (WORLD BANK. *Confronting AIDS: public priorities in a global epidemic*. Washington, 1997, p. 255).

[186] "*Many health services have such low cost-effectiveness that governments will need to consider excluding them from the essential clinical package. In low-income countries these might include heart surgery; treatment (other than pain relief) of highly fatal concers of the lung, liver and stomach; expensive drug therapies for HIV infection; and intensive care for severely premature babies*" (WORLD BANK. *World development report 1993: investing in health*. Washington, 1993, p. 10).

ONGs/AIDS, encaradas como a melhor alternativa para a prestação de serviços comunitários.[187]

Bem por isso, as relações entre os setores se estreita e assume diferenciadas formas de cooperação, compreensivas de convênios para a implementação de certas atividades, de prestação de serviços de consultoria ao programa nacional, de co-participação em órgãos colegiados e, mesmo, da assunção de cargos em coordenações municipais, estaduais e nacional. Diluem-se, então, as distâncias entre os poderes públicos e as entidades privadas.

A ampliação do número de instituições que desenvolvem atividades em relação à aids, os recursos financeiros disponibilizados através do empréstimo junto ao Banco Mundial, a visibilidade pública da doença e das ações empreendidas pela coordenação nacional, a circulação de informações, por via de publicações e da internet,[188] e a distribuição gratuita de medicamentos pela rede pública de saúde fazem reacender o debate concernente ao caráter de excepcionalidade com que a aids é encarada no Brasil, que teria problemas de saúde mais sérios e urgentes para enfrentar.

> Há que se registrar que pelo fato de na origem a AIDS não ter se configurado no Brasil - ao contrário de nossas tradicionais epidemias e endemias - como 'doença de pobre' talvez explique o fato do espaço privilegiado que ela vem ocupando no interior das políticas públicas de saúde em particular, e das políticas sociais no geral. De fato talvez resida aí um dos fatores que permite explicar - para além da sua letalidade - o impacto social da AIDS entre nós e sua repercussão em termos do lugar que vem ocupando no interior do setor da saúde, apesar da severa crise pela qual este tem passado, crise esta de natureza fiscal, mas também de governabilidade e da própria capacidade de regulação do Estado. Mesmo nessa conjuntura desfavorável para a área social em que o país vive hoje são os programas de AIDS particularmente expostos à '*accountability*' e objeto de intervenções e normatividades específicas.[189]

---

[187] Segundo GALVÃO, Jane. Aids no Brasil: a agenda de construção de uma epidemia. Rio de Janeiro: ABIA; São Paulo: Ed. 34, 2000, p. 137.

[188] A coordenação nacional cria e mantém atualizada uma *homepage*, com grande número de informações, no seguinte endereço: www.aids.gov.br.

[189] COHN, Amélia. Considerações acerca da dimensão social da epidemia de HIV/AIDS no Brasil - tendências e perspectivas. **In**: Congresso Nacional de Prevenção das DST/AIDS, realizado na Bahia, em 1996, mimeo, pp. 14-15.

No transcorrer do período, há expressivos avanços tecnológicos, notadamente nos campos terapêutico e de diagnóstico, com a possibilidade de contagem da carga viral e do tratamento pela combinação de drogas anti-retrovirais, chamado de "coquetel" de medicamentos. Apesar de apresentarem custos financeiros elevados, as novidades significam reduções nas taxas de ocupação de leitos hospitalares, melhoria na condição de vida dos pacientes e diminuição dos índices de mortalidade,[190] ocasionando grande repercussão na mídia.[191]

Intensificam-se as campanhas veiculadas junto aos meios de comunicação, algumas acompanhadas de acirrada polêmica quanto à eficácia e adequação.[192] De todo modo, alcançam o escopo de chamar a atenção da população em geral para a gravidade do problema, pois continua a aumentar o número de casos notificados.[193]

Em termos epidemiológicos, a aids cresce de modo explosivo no plano mundial, tornando cada vez mais nítida a sua tendência à feminilização e à pauperização, ao incidir com maior força em países e regiões periféricas e fazer crescer rapidamente os casos notificados de mulheres infectadas. Como não se conseguiu, também no Brasil, efetivo controle sobre a epidemia, segue ela sua expansão sobre os segmentos mais pobres da população, de molde a se banalizar, mediante a conivência complacente dos setores mais influentes com o problema, o amortecimento das reações sociais e o descaso dos formuladores de políticas governamentais para com as nossas profundas desigualdades.[194]

Na área da prevenção passa a ganhar destaque a elaboração conceitual da vulnerabilidade e a sua utilização para melhor compreensão da epidemia, na busca de superação da visão comportamentalista, traduzida em estratégias individuais de

---

[190] Conforme AYRES, José Ricardo de Carvalho Mesquita; FRANÇA JÚNIOR, Ivan; CALAZANS, Gabriela Junqueira. AIDS, vulnerabilidade e prevenção. **Anais do Seminário de Saúde Reprodutiva em Tempos de Aids**. Rio de Janeiro: ABIA:IMS/UERJ, 1997, p. 31.

[191] Algumas manchetes da época ilustram a euforia com a descoberta dos antiretrovirais: "Médico crê que tratamento precoce elimina AIDS" (FRANÇA, Martha San Juan. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 8 de julho de 1996). "Terapia consegue erradicar o vírus HIV" (BOUER, Jairo. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 12 de julho de 1996). "AIDS mais perto da cura: um coquetel de drogas revive doentes desenganados" (**Veja,** São Paulo, capa, ano 29, 10 de julho de 1996).

[192] Basta lembrar o *slogan* empregado em 1991 ("Eu tenho aids e vou morrer") e a campanha de 1995, em que um homem conversava com seu aparelho genital, chamando-o de "Bráulio" (CAMARGO JUNIOR, Kenneth Rochel de. A respeito de Bráulios e Ofélias. **Ação Anti-AIDS**, Rio de Janeiro, ABIA, n.° 29, jun./ago. 1995).

[193] O número total de casos acumulados desde 1980 passa de 51.013 em 1992 para 190.523 em 1999 (BRASIL. Ministério da Saúde. **Boletim Epidemiológico Aids**. Brasília, ano XIII, n.° 1, semana epidemiológica 48/99 a 22/00, dez.1999/jun.2000, pp. 26-27).

redução ao risco de contaminação. Até então centralizavam-se as ações na lógica individualista de aferir os riscos e associá-los a certas práticas e comportamentos.[195] Ainda que reconhecendo a importância epidemiológica da noção de risco, a vulnerabilidade ultrapassa as noções de grupos de risco e de comportamentos de risco, demonstrando as necessárias conexões sociais, institucionais e individuais para a prevenção e controle sobre a epidemia.

Insta observar que o volume de recursos emprestados confere ao programa nacional condições sem precedentes para o desenvolvimento de suas ações, dentro de uma perspectiva contrária à discriminação e em favor da defesa de direitos dos afetados. Daí a preocupação em serem normatizadas as áreas clínica e epidemiológica, além de serem organizados grupos de trabalho sobre aspectos sociais e legais.[196]

O que era antes pressentido em situações isoladas e apontado por alguns autores como uma correlação importante,[197] vai tomando vulto para tornar evidente o fato que o preconceito, a estigmatização, a discriminação e a violação dos direitos, para além do sofrimento causado às pessoas que vivem com o HIV, contribui, e muito, para a disseminação da aids. "This new perspective focused on vulnerability to HIV infection. When considering the personal, programmatic, and societal forces which contribute to vulnerability to

---

[194] Ver, a esse respeito, KALICHMAN, A. O. Pauperização e banalização de uma epidemia. **Anais do Seminário Epidemiologia social da AIDS**. Rio de Janeiro, 1994, pp. 20-26.

[195] "The biomedical model is also premised on the ideology of individualism. Adopting the notion of the abstract individual from liberal political and economic theory, it considers individuals 'free' to 'choose' health behaviours. It treats people as consumers who make free choices in the marketplace of products and behaviours, and it generally ignores the role of industry, agribusiness, and government in structuring the array of risk factor that individuals are supposed to avoid. There is little place for understanding how behaviours are related to social conditions and constraints or how communities shape individuals lives. From this perspective, populations and subgroups within populations - including 'risk groups' - consists merely of summed individuals who exist without culture or history" (FEE, Elizabeth e KRIEGER, Nancy. Understanding AIDS: historical interpretations and the limits of biomedical individualism. **American Journal of Public Health**, vol. 83, n.º 10, 1993, p. 1.481).

[196] Segundo o seu atual coordenador TEIXEIRA, Paulo Roberto. Políticas públicas e AIDS: enfrentando a epidemia no Brasil. **In**: PARKER, Richard (org.). Políticas, instituições e AIDS: enfrentando a epidemia no Brasil. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed./ABIA, 1997, p. 56.

[197] "A relação entre prevenção/tratamento do HIV/AIDS e os direitos humanos pode ser considerada de duas formas. Primeiro, existem possíveis pressões e problemas relacionados aos direitos humanos que são criados pela escolha da forma de implementação das medidas de saúde pública. Esta é a arena mais tradicional para a negociação dos problemas de saúde pública e direitos humanos. Segundo, ficou claro, na última década, que a discriminação social, em todas as suas manifestações, gerou uma maior vulnerabilidade à infecção pelo HIV. Portanto, os esforços no sentido de proteger os direitos humanos e promover a dignidade humana são extremamente importantes para a proteção da saúde pública na pandemia de HIV/AIDS" (MANN, Jonathan *et alli*. A AIDS no mundo. Trad. de Outras Palavras. Rio de Janeiro: Relume Dumará: ABIA: IMS/UERJ, 1993, p. 242).

HIV/AIDS, it became clear that a lack of respect for human rights and dignity was a major contributor to the HIV/AIDS problem".[198]

Confluem as ações, com mais força, para a área jurídica, mediante a utilização da via judicial e da via política para a criação, proteção e ampliação dos direitos relacionados com a aids. A ação conjugada de organizações não governamentais, de ativistas, de indivíduos lesados em seus direitos, de organismos internacionais, de órgãos públicos e dos meios de comunicação, como resultado da concorrência dos múltiplos fatores até agora referidos, provocará ativa repercussão no Direito. Seja pela amplitude das alianças e dos resultados obtidos, seja pelas estratégias pouco convencionais adotadas, não há similaridade com outros movimentos sociais, que via de regra pouco privilegiam o embate jurídico.[199]

Se, de um lado, é bem sucedida a canalização para o campo normativo dos anseios e das propostas formuladas, de outro há uma forte circunscrição do debate político e um certo grau de isolamento na sociedade. Não se ganham as ruas com fortes mobilizações,[200] nem se aglutinam forças sociais em torno do tema. Ao diverso, alguns setores, em geral ligados às políticas públicas, reforçam o questionamento da excepcionalidade com que é tratada a aids, agora enfatizando o conjunto robusto de normas especiais de proteção editadas.

Em certos momentos, inverteu-se mesmo a lógica natural da atuação perante o Direito, buscando-se primeiro o enfrentamento judiciário, com o objetivo de gerar sentenças que, ao depois, embasariam projetos de leis sobre os temas veiculados nas ações propostas.[201] Em outras questões sociais, o caminho seguido foi

---

[198] GRUSKIN, Sofia, HENDRIKS, Aart e TOMOSEVSKY, Katarina. *Human rights and responses to AIDS.* **In**: MANN, Jonathan e TARANTOLA, Daniel (Eds.). *AIDS in the World II.* New York: Oxford University Press, 1996, p. 326. Em tradução livre: "Esta nova perspectiva focalizou a vulnerabilidade para a infecção por HIV. Quando foram consideradas as forças pessoais, programáticas e sociais que contribuem para a vulnerabilidade ao HIV/AIDS , tornou-se claro que a falta de respeito aos direitos humanos e à dignidade era a que mais contribuía para o problema HIV/AIDS".

[199] Ao analisar a questão, João Batista Moreira PINTO chega à seguinte conclusão: o "não-conhecimento frente ao jurídico, a falta de 'gente especializada', o desgaste da relação, o imediatismo dos movimentos, aliados à indicação do descrédito e à percepção política prevalecente frente ao jurídico, enriquecem nossa compreensão sobre o não investimento na aproximação com a área jurídica por parte dos novos movimentos sociais, e fazem com que se mantenha uma relação marcada pela distância" (PINTO, João Batista Moreira. Direito e novos movimentos sociais. São Paulo: Editora Acadêmica, 1992, p. 82).

[200] A não ser em espaços bem definidos e momentos específicos, como ocorre com a organização de eventos de discussão do tema e com as manifestações por ocasião do dia internacional de luta contra a aids, em 1° de dezembro, todos os anos. No mais, a atuação é concentrada no trabalho desenvolvido pelas ONGs/AIDS, que conseguem chamar a atenção da mídia através de ações focalizadas e surpreendentes.

[201] Conforme Segundo GALVÃO, Jane. Aids no Brasil: a agenda de construção de uma epidemia. Rio de Janeiro: ABIA; São Paulo: Ed. 34, 2000, p. 170.

preferencialmente o de ganhar espaços políticos e lutar por conquistas legislativas, reservando-se o recurso aos tribunais para as hipóteses de descumprimento dos preceitos aprovados. No Brasil, de forma muito especial, é freqüente o avanço legislativo ser até mais rápido do que a organização e apresentação das reivindicações sociais, dentro do processo de absorção e de cooptação a que os movimentos da sociedade muitas vezes são submetidos.

De qualquer sorte, o período que vai de 1992 a 1999 é marcado pela profusa elaboração de textos legais, nos vários níveis de governo, assim como pela prolação de decisões judiciais em inúmeras questões envolvendo a aids, cuja menção, pela quantidade e diversificação, merece tratamento em tópico apartado.

2. Direito brasileiro e aids

2.1 Respostas legislativas

Para sistematizar a exposição, procurar-se-á referir os textos legislativos segundo os temas por eles disciplinados, sem preocupação com a ordem cronológica de edição, mas sempre tentando relacioná-los com as diversas áreas do Direito abrangidas e privilegiando as normas hoje vigentes em nosso ordenamento.

Do ponto de vista organizativo, são expedidas portarias pelo Ministério da Saúde, visando o estabelecimento do Plano Operativo Anual (POA) do programa nacional de aids,[202] a instituição de Comitê Diretivo de Pesquisa, e a aprovação do respectivo regimento interno,[203] para avaliar projetos de pesquisa submetidos ao programa nacional de aids,[204] o estabelecimento de critérios de elegibilidade para as entidades executoras participarem do Projeto de Controle da Aids e das Doenças

---

[202] BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria n.º 347, de 25 de março de 1993. Estabelece o processo de revisão, aprovação e implementação do Plano Operativo Anual (POA) do programa nacional de aids. **Diário Oficial da União**, Brasília, 26 mar. 1993.

[203] BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria n.º 588, de 19 de junho de 1993. Aprova o Regimento do Comitê Diretivo de Pesquisa, subordinado ao Programa Nacional de Controle das Doenças Sexualmente Transmissíveis e Aids (PNC-DST/AIDS). **Diário Oficial da União**, Brasília, 2 jun. 1993.

[204] BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria n.º 348, de 25 de março de 1993. Institui Comitê Diretivo de Pesquisa, subordinado ao Programa Nacional de Controle das Doenças Sexualmente Transmissíveis e Aids

Sexualmente Transmissíveis, a ser financiado pelo Banco Mundial,[205] a constituição de Comitê de Vacinas, subordinado ao programa nacional de aids, com a finalidade de assessorar o desenvolvimento de vacinas anti-HIV,[206] a reformulação da composição da Comissão Nacional de Aids e o estabelecimento das suas atribuições,[207] a instituição de Comissão Técnica para estudar e propor soluções técnicas e científicas para a distribuição da medicação necessária ao tratamento da aids,[208] a criação do Conselho Empresarial Nacional para Prevenção ao HIV e Aids e o estabelecimento da sua composição e das suas atribuições.[209]

Merece destaque a garantia, expressa em texto de lei,[210] do fornecimento de toda a medicação necessária aos doentes de aids, considerada a medida legislativa mais expressiva adotada pelo Brasil, por colocar à disposição da universalidade dos portadores do HIV e doentes de aids as mais avançadas conquistas terapêuticas, inclusive drogas alto custo, contrariando recomendações expressas das agências internacionais de financiamento, que julgavam ser tarefa dos países não desenvolvidos privilegiar a prevenção e nunca assumir todas as despesas decorrentes do tratamento da aids.[211]

Para orientar a distribuição dos medicamentos, é expedida a Portaria n.° 874, em 3 de julho de 1997, pelo Ministério da Saúde, que contem um guia de condutas

---

(PNC-DST/AIDS), com a finalidade de julgar, selecionar e avaliar projetos de pesquisas submetidos ao referido programa. **Diário Oficial da União**, Brasília, 26 mar. 1993.

[205] BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria n.° 622, de 4 de junho de 1993. Estabelece os critérios de elegibilidade para as entidades executoras participarem do Projeto de Controle da Aids e das Doenças Sexualmente Transmissíveis, a ser financiado pelo Banco Mundial. **Diário Oficial da União**, Brasília, 7 jun. 1993.

[206] BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria n.° 666, de 21 de dezembro de 1993. Constitui o Comitê de Vacinas, subordinado ao programa nacional de aids, com a finalidade de assessorar o desenvolvimento de vacinas anti-HIV. **Diário Oficial da União**, Brasília, 22 dez. 1993.

[207] BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria n.° 1.468, de 19 de julho de 1996. Reformula a composição da Comissão Nacional de Aids e estabelece as suas atribuições. **Diário Oficial da União**, Brasília, 22 jul. 1996.

[208] BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria n.° 2.334, de 4 de dezembro de 1996. Institui Comissão Técnica para estudar e propor soluções técnicas e científicas para a distribuição da medicação necessária ao tratamento da aids. **Diário Oficial da União**, Brasília, 5 dez. 1996.

[209] BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria n.° 3.717, de 8 de outubro de 1998. Cria o Conselho Empresarial Nacional para Prevenção ao HIV e Aids e estabelece sua composição e atribuições. **Diário Oficial da União**, Brasília, 9 out. 1998.

[210] BRASIL. Lei n.° 9.313, de 13 de novembro de 1996. Portadores do HIV e doentes de aids - distribuição gratuita de medicamentos. **Diário Oficial da União**, Brasília, 14 nov. 1996.

[211] "Essa medida, ou política, que reconhecia o direito das pessoas afetadas a ter acesso aos recursos terapêuticos disponíveis nos países mais avançados, veio a contrariar as diretrizes adotadas pelos próprio organismos internacionais, como a OMS e OPS, de que nos países pobres os recursos disponíveis deveriam ser investidos em prevenção" (TEIXEIRA, Paulo Roberto. Políticas públicas e AIDS: enfrentando a epidemia no Brasil. **In**: PARKER, Richard (org.). Políticas, instituições e AIDS: enfrentando a epidemia no Brasil. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed./ABIA, 1997, p. 64). Ver, a esse respeito, Capítulo I, item 1.4, *supra*.

terapêuticas e estabelece o consenso sobre a terapia anti-retroviral para adultos e adolescentes infectados pelo HIV.[212]

De outro lado, com vistas à proteção sanitária e epidemiológica, são editadas as Portarias de n.º 1.100, de 24 de maio de 1996, do Ministério da Saúde, que indica a aids entre as doenças de notificação compulsória,[213] e a de n.º 488, de 17 de junho de 1998, também do Ministério da Saúde, que determina a obrigatoriedade de procedimentos seqüenciados nos testes utilizados para a detecção de anticorpos anti-HIV a fim de evitar ocorrência de resultados falsos e maximizar o respectivo grau de confiabilidade, mediante padronização.[214]

Ademais, a Portaria Conjunta n.º 49, de 8 de junho de 1995, das Secretarias da Vigilância Sanitária e de Assistência à Saúde, do Ministério da Saúde, adota regulamento técnico para confecção de preservativos masculinos de borracha,[215] ao tempo em que a Portaria n.º 30, de 6 de abril de 1994, da Secretaria de Vigilância Sanitária, do Ministério da Saúde, impõe a obrigatoriedade de os motéis, hotéis e similares manterem, em local visível e de fácil acesso, preservativos para os seus usuários.[216]

Em relação ao aleitamento materno, a Portaria n.º 2.415, de 12 de dezembro de 1996, do Ministério da Saúde, introduz uma série de medidas a serem tomadas para prevenir a contaminação pelo HIV, inclusive a proibição de as mulheres soropositivas amamentarem seus próprios filhos.[217]

Para evitar contaminações por via de transfusão de sangue e hemoderivados, o Ministério da Saúde expediu as Portarias n.º 1.376, de 19 de novembro de 1993,[218] e

---

[212] BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria n.º 874, de 3 de julho de 1997. **Diário Oficial da União**, Brasília, 4 jul. 1998.

[213] Confirmando o que já era obrigatório desde a Portaria n.º 542, de 22 de dezembro de 1986, também do Ministério da Saúde (BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria n.º 1.100, de 24 de maio de 1996. **Diário Oficial da União**, Brasília, 29 mai. 1996, republicada, por ter saído com incorreções, em 9 de agosto de 1996).

[214] BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria n.º 488, de 17 de junho de 1998. **Diário Oficial da União**, Brasília, 17 jun. 1998.

[215] BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria Conjunta n.º 49, de 8 de junho de 1995. **Diário Oficial da União**, Brasília, 12 jun. 1995.

[216] BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria n.º 30, de 6 de abril de 1994. **Diário Oficial da União**, Brasília, 8 abr. 1994.

[217] BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria n.º 2.415, de 12 de dezembro de 1996. **Diário Oficial da União**, Brasília, 19 dez. 1996.

[218] BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria n.º 1.376, de 19 de novembro de 1993. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2 dez. 1993.

n.º 2.009, de 4 de outubro de 1996,[219] as quais estabelecem as normas técnicas a serem observadas na coleta, processamento e transfusão de sangue, seus componente e derivados.

Na área de educação, foram recomendados pelos Ministérios da Educação e da Saúde as seguintes normas e procedimentos, além da implantação de projeto educativo que envolva aspectos da transmissão e prevenção da infecção pelo HIV:

> I - A realização de teste sorológico compulsório, prévio à admissão ou matrícula de aluno, e a exigência de testes para manutenção da matrícula de sua freqüência nas redes pública e privada de ensino de todos os níveis, são injustificadas e não devem ser exigidas.
> II - Da mesma forma não devem ser exigidos testes sorológicos prévios à contratação e manutenção do emprego de professores e funcionários, por parte de estabelecimentos de ensino.
> III - Os indivíduos sorologicamente positivos, sejam alunos, professores ou funcionários, não estão obrigados a informar sobre sua condição à direção, a funcionários ou a qualquer membro da comunidade escolar.
> IV - a divulgação de diagnóstico de infecção pelo HIV ou de aids de que tenha conhecimento qualquer pessoa da comunidade escolar, entre alunos, professores ou funcionários, não deve ser feita.
> V - Não deve ser permitida a existência de classes especiais ou de escolas específicas para infectados pelo HIV.[220]

A origem da Portaria foi a ampla repercussão nacional advinda da recusa de matrícula a uma menina de cinco anos de idade, identificada como portadora do HIV, por deliberação da diretoria de instituição privada de ensino, situada no Estado de São Paulo.

Os motivos alegados para a decisão, corroborados pelo Sindicato dos Estabelecimentos de Ensino no Estado de São Paulo, concentraram-se na possibilidade de a criança atentar contra a segurança dos demais alunos, se fosse mantida a convivência. Além disso, argumentou-se que apenas a escola pública teria a obrigação de aceitar os portadores do HIV, que havia obrigatoriedade de notificação de doenças

---

[219] BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria n.º 2.009, de 4 de outubro de 1996. **Diário Oficial da União**, Brasília, 7 out. 1996.

transmissíveis à direção das escolas e, mesmo, que era inútil o estudo para as crianças soropositivas, próximas de uma morte antecipada.

Após inúmeras manifestações de indignação contra a proibição de acesso e do oferecimento de parecer pela Associação Médica Brasileira, indicando a ausência de risco de contaminação na sua permanência na escola, foi proposta ação judicial tendente a garantir o direito ao acesso à escola, cuja sentença foi favorável à criança.[221]

Na área previdenciária, foi autorizada a liberação do saldo das contas do Programa de Integração Social - PIS e do Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público - PASEP aos titulares ainda não aposentados doentes de aids, através da Resolução n.º 2, de 17 de dezembro de 1992, do Conselho Diretor do Fundo de Participação PIS/PASEP.[222]

Em relação ao serviço público federal, foi editada a Portaria Interministerial n.º 869, de 11 de agosto de 1992, em que se proíbe a exigência de teste para a detecção de anticorpos anti-HIV em exames pré-admissionais e em exames periódicos de saúde.[223] Também emitiu-se a Resolução n.º 37 de 20 de setembro de 1995, em que o Tribunal de Contas da União inclui a aids entre as doenças consideradas graves para o efeito de concessão de aposentadoria por invalidez permanente, com proventos integrais.[224]

No campo fiscal, foi promulgada a Lei n.º 8.541, de 23 de dezembro de 1992, que isenta do imposto de renda os proventos de aposentadoria ou reforma percebidos por pessoa física doente de aids, ainda que a doença tenha sido contraída depois da aposentadoria.[225]

---

[220] BRASIL. Ministérios da Saúde e da Educação. Portaria Interministerial n.º 796, de 29 de maio de 1992. **Diário Oficial da União**, Brasília, 3 jun. 1992, art. 1º. Em seu anexo, a Portaria traz interessantes considerações acerca da aids nas escolas, especialmente quanto aos seus riscos de transmissão no ambiente escolar.

[221] "A recusa de matrícula escolar da menina Sheila Cortopassi, em São Paulo, 1992, causou polêmica a nível nacional. O posicionamento do Presidente do Sindicato dos Estabelecimentos de Ensino no Estado de São Paulo provocou inclusive a edição de uma Portaria Interministerial (Saúde e Educação) n.º 796, de 29.05.92, coibindo tal atitude, bem como traçou várias recomendações acerca da AIDS nas escolas. Felizmente, o juiz estadual reconheceu o direito à matrícula no estabelecimento de ensino e o Secretário de Segurança Pública determinou a instauração de inquérito policial, para apurar a violação do Estatuto da Criança e do Adolescente" (SILVA, Miriam Ventura da. Direitos das pessoas vivendo com HIV e aids. Rio de Janeiro: Grupo pela Vidda, 1993, pp. 51-52). No mesmo sentido, RUDNICKI, Dani. Aids e direito: papel do Estado e da sociedade na prevenção da doença. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996, p. 44.

[222] BRASIL. Conselho Diretor do Fundo de Participação PIS/PASEP. Resolução n.º 2, de 17 de dezembro de 1992. **Diário Oficial da União**, Brasília, 21 dez. 1992.

[223] BRASIL. Ministérios da Saúde, do Trabalho e da Administração. Portaria Interministerial n.º 869, de 11 de agosto de 1992. **Diário Oficial da União**, Brasília, 12 ago. 1992.

[224] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Resolução n.º 37, de 20 de setembro de 1995. **Diário Oficial da União**, Brasília, 26 set. 1995.

[225] BRASIL. Lei n.º 8.541, de 23 de dezembro de 1992. **Diário Oficial da União**, Brasília, 23 dez. 1992.

Depois de inúmeras situações de abandono de pacientes com aids e de recusa de atendimento e tratamento, foi aprovada, pelo Conselho Federal de Medicina, a Resolução n.º 1.359/92, de 11 de novembro de 1992, para orientar a atuação dos médicos, em que se estabelece:

> Art. 1º - O atendimento profissional a pacientes portadores do vírus da imunodeficiência humana é um imperativo moral da profissão médica, e nenhum médico pode recusá-lo.
>
> Parágrafo 1º - Tal imperativo é extensivo às instituições assistenciais de qualquer natureza, pública ou privada.
>
> Parágrafo 2º - O atendimento a qualquer paciente, independente de sua patologia, deverá ser efetuado de acordo com as normas de biosegurança recomendadas pela Organização Mundial de Saúde e pelo Ministério da Saúde, razão pela qual não se poderá alegar desconhecimento ou falta de condições técnicas para esta recusa de prestação de assistência.
>
> Parágrafo 3º - As instituições deverão propiciar ao médico e demais membros da equipe de saúde condições dignas para o exercício da profissão, o que envolve, entre outros fatores, recursos para a sua proteção contra a infecção, com base nos conhecimentos científicos disponíveis a respeito.
>
> Parágrafo 4º - É de responsabilidade do Diretor Técnico da instituição a garantia das condições de atendimento.
>
> Art. 2º - O sigilo profissional deve ser rigorosamente respeitado em relação aos pacientes com aids; isso se aplica inclusive aos casos em que o paciente deseja que sua condição não seja revelada sequer aos familiares, persistindo a proibição de quebra de sigilo mesmo após a morte do paciente.
>
> Parágrafo único. Será permitida a quebra do sigilo quando houver autorização expressa do paciente, ou por dever legal (ex.: notificação às autoridades sanitárias e preenchimento de atestado de óbito) ou por justa causa (proteção à vida de terceiros: comunicantes sexuais ou membros de grupos de uso de drogas endovenosas, quando o próprio paciente recusar-se a fornecer-lhes a informação quanto à sua condição de infectado).
>
> Art. 3º - O médico que presta serviços à empresa está proibido de revelar o diagnóstico de funcionário ou candidato a emprego, inclusive ao empregador e à secção de pessoal da empresa, cabendo-lhe informar, exclusivamente, quanto à capacidade ou não de exercer determinada função.
>
> Art. 4º - É vedada a realização compulsória de sorologia para HIV, em especial como condição necessária a internamento hospitalar, pré-operatório, ou exames pré-admissionais ou periódicos e, ainda, em estabelecimentos prisionais.

Art. 5º - Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.[226]

A Resolução disciplina aspectos da mais alta relevância para as pessoas que convivem com o HIV e a aids, consistentes na obrigatoriedade de atendimento, na necessidade de preservação do sigilo quanto aos resultados do exame para detecção de anticorpos anti-HIV e na vedação à realização compulsória desse tipo de exame.

Quanto ao primeiro aspecto, não há sentido em se admitir a negativa de atendimento ou o abandono de quem já se encontra em tratamento, sob a alegação de não possuir o profissional conhecimentos especializados na matéria. Como a aids se caracteriza por ser síndrome, não é imprescindível preparação técnica específica, bastando ao profissional os conhecimentos gerais para prestação de seus serviços.

No que diz respeito ao segundo ponto, não se pode esquecer que o sigilo médico existe para tutelar os interesses do paciente, e não do médico. Na relação que entre eles se estabelece é essencial o vínculo de confiança, pois são reveladas informações que se inserem na esfera pessoal de privacidade, mas são elementos importantes para o equacionamento do problema de saúde constatado. Não poderia o médico, traindo a confiança nele depositada, revelar a quem quer que seja o que veio a saber de seu paciente,[227] máxime em se tratando de moléstia que provoca forte abalo nas relações interpessoais.

Importa ressalvar que essa proibição não tem natureza absoluta, sendo permitida a quebra do sigilo por autorização expressa do paciente, por dever legal ou por justa causa. A justificativa para tanto é a da proteção dos interesses de terceiros, em função de perigo iminente a bens jurídicos do mais alto valor, como o são a vida e a saúde.

---

[226] BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução n.º 1.359/92, de 11 de novembro de 1992. **Diário Oficial da União**, Brasília, 19 nov. 1992. Também no sentido de garantir o atendimento, a Secretaria de Estado da Saúde do Paraná, em 28 de outubro de 1992, expediu a Resolução n.º 83/92, com o seguinte teor: "1. Nenhum hospital no âmbito do SIH-SUS no Estado do Paraná poderá negar internação a qualquer paciente em virtude do mesmo ser portador do vírus HIV. 2. Os hospitais integrantes do SIH-SUS no Estado do Paraná deverão proceder às internações em caráter de emergência, quando se fizer necessário e dentro de sua capacidade resolutiva, de pacientes portadores de Aids - Síndrome de Imunodeficiência Adquirida, cobrando essas internações através de AIH emitida para o procedimento correspondente à intercorrência aguda que gerou a necessidade de internação, ressalvados os códigos de procedimentos da Portaria MS/SNAS - 291/92".

[227] Cumpre observar que, de forma genérica, o art. 102, do Código de Ética Médica, veda ao médico "revelar fato de que tenha conhecimento em virtude do exercício de sua profissão, salvo por justa causa, dever legal ou expressa autorização do paciente", ainda que "o fato seja de conhecimento público ou que o paciente tenha falecido" (BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução n.º 1.246, de 8 de janeiro de 1988. Brasília: Tablóide - Editora e Publicidade, 1990). Em reforço a essa tese, o Código Penal considera crime a inobservância do sigilo profissional (art. 154).

Por último, confrontam-se os direitos de liberdade com as posições de algumas autoridades públicas que, sob a justificativa de exercer o controle sobre a disseminação da infecção, têm intentado realizar testes compulsórios em determinadas comunidades ou grupos de pessoas. Todavia, para a finalidade exposta, bastaria conhecer o número de infectados, pouco importando a identidade de cada um. Se o teste necessariamente importa em identificar as pessoas, o consentimento livre e consciente constitui condição indispensável, acompanhado de aconselhamento e proteção da confidencialidade das informações.[228]

Ainda que não houvesse o óbice legal, não seria recomendável a realização de testes compulsórios por outros motivos, notadamente a ineficácia, os altos custos e a falsa impressão de segurança e controle que suscitam a respeito da infecção. Ineficácia e inutilidade pelos pobres resultados que apresenta: são relativamente poucos os casos detectados dentro da extensa massa de testes levados a efeito.[229] Altos custos exatamente pelo número exorbitante de testes a serem realizados, cujo montante global sempre será bastante expressivo, ao atingir desnecessariamente toda a população. E falsa impressão de segurança pela possibilidade de testes errôneos, notadamente dentro do período conhecido por janela imunológica, durante o qual o organismo não

---

[228] Conforme MANN, Jonathan *et alli*. A AIDS no mundo. Trad. de Outras Palavras. Rio de Janeiro: Relume Dumará; ABIA; IMS; UERJ, 1993, p. 255. Nesse sentido, o art. 46, do Código de Ética Médica, proíbe a realização de "qualquer procedimento médico sem o esclarecimento e o consentimento prévios do paciente ou de seu representante legal, salvo em iminente perigo de vida" (BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução n.º 1.246, de 8 de janeiro de 1988. Brasília: Tablóide - Editora e Publicidade, 1990). De teor idêntico é a Resolução Conjunta n.º 1/92, das Secretarias de Estado da Justiça e da Saúde do Paraná, que determina "que a solicitação de testes seja fundamentada somente em critérios clínicos e epidemiológicos; que os testes sejam realizados com prévio conhecimento e autorização do indivíduo; que seja realizado aconselhamento pré-teste com orientação sobre o seu valor, diagnóstico e prognóstico; que sejam estabelecidas ações educativas sistemáticas junto a indivíduos com comportamento de risco e à população em geral, para evitar a infecção pelo HIV" (PARANÁ. Ministério Público. Ética e Aids: pareceres, resoluções e projetos de lei em tramitação. Curitiba: Associação Paranaense do Ministério Público, 1997, p. 90). Na esfera de proteção da liberdade, também o Código Penal inscreve o delito de constrangimento ilegal (art. 146), excetuando apenas a intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida, ou, ainda, a coação exercida para impedir suicídio.

[229] "Um bom exemplo de ineficácia do teste anti-HIV compulsório foi a introdução e a subseqüente revogação do teste anti-HIV pré-nupcial compulsório. A partir de 1987, os noivos no Estado da Louisiana (Estados Unidos) tiveram que se submeter ao teste anti-HIV. A exigência foi revogada dois anos mais tarde, após a confirmação através de uma análise de que o teste pré-nupcial compulsório era inútil e ineficaz. No Estado de Ilinois (Estados Unidos), o teste pré-nupcial mandatário entrou em vigor em 1º de janeiro de 1988. Em 1988, o número de candidatos a certidões de casamento em Ilinois diminuiu 22%. De 155.000 candidatos que fizeram o teste anti-HIV, apenas 26 eram soropositivos; o custo foi de 208.000 dólares para cada resultado de soropositividade obtido. A obrigatoriedade do teste anti-HIV pré-nupcial em Ilinois foi revogada em 1989" (MANN, Jonathan e outros. A AIDS no mundo. Trad. de Outras Palavras. Rio de Janeiro: Relume Dumará: ABIA: IMS/ UERJ, 1993, p. 263).

produziu ainda anticorpos ao vírus HIV que possam ser detectados nos exames laboratoriais hoje disponíveis.

Em outra oportunidade, o Conselho Federal de Medicina expediu resolução determinando às empresas que exploram planos de saúde a impossibilidade de exclusão de qualquer uma das enfermidades relacionadas no Código Internacional de Doenças da Organização Mundial de Saúde, a fim evitar a sistemática recusa de atendimento a pacientes com aids, que vinha ocorrendo.[230]

Ao encerrar o item, convém lembrar que estados e municípios também emitiram um grande número de textos legislativos vinculados à aids e suas conseqüências. Como são normas particulares, que não têm vigência sobre todo o território nacional, far-se-á apenas menção a algumas delas, cujo conteúdo apresente novidade em relação às já mencionadas.

Assim, prevê-se a instituição do dia municipal dos aidéticos,[231] a proibição de recusa a alunos em razão de sua sorologia,[232] a inclusão, em livros didáticos, de informações a respeito da aids,[233] a punição administrativa de empresas e órgãos públicos que promoverem discriminação de empregados portadores do HIV,[234] a obrigatoriedade da realização de exames para detecção de anticorpos anti-HIV em todos os integrantes da população carcerária, com a finalidade de isolamento dos infectados,[235] a concessão de transporte público gratuito a pessoas carentes portadoras do HIV,[236] o fornecimento gratuito, por motéis e similares, de preservativos masculinos,[237] a fixação de prazo máximo de 45 dias para despacho resolutório e

---

[230] BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução n.º 1.401, de 11 de novembro de 1993. **Diário Oficial da União**, Brasília, 18 nov. 1993.

[231] BRASIL. Salvador (BA). Lei Municipal n.º 4.848, de 13 de janeiro de 1994. **Diário Oficial do Município**, Salvador, 14 jan. 1994.

[232] Nesse sentido: BRASIL. Bahia. Lei Estadual n.º 6.458, de 25 de janeiro de 1993. **Diário Oficial do Estado**, Salvador, 26 jan. 1993; BRASIL. Goiânia (GO). Lei Municipal n.º 7.110, de 10 de setembro de 1992. **Diário Oficial do Município**, Goiânia, 28 set. 1992.

[233] BRASIL. Mato Grosso do Sul. Lei Estadual n.º 1.770, de 27 de agosto de 1997. **Diário Oficial do Estado**, Campo Grande, 4 set. 1997.

[234] Assim o fazem: BRASIL. Vitória (ES). Lei Municipal n.º 4.101, de 30 de novembro de 1994. **Gazeta S. A.**, Vitória, 2 dez. 1994; BRASIL. Salvador (BA). Lei Municipal n.º 5.057, de 6 de outubro de 1995. **Diário Oficial do Município**, Salvador, 9 out. 1995.

[235] BRASIL. Bahia. Lei Estadual n.º 6.338, de 6 de novembro de 1991. **Diário Oficial do Estado**, Salvador, 7 nov. 1991.

[236] Nesse sentido: BRASIL. Distrito Federal. Lei n.º 773, de 10 de outubro de 1994. **Diário Oficial do Distrito Federal**, Brasília, 14 out. 1994; BRASIL. Blumenau (SC). Lei Municipal n.º 5.463, de 16 de maio de 2000. **Diário Oficial do Município**, Blumenau, 17 mai. 2000.

[237] Assim o fazem: BRASIL. Poços de Caldas (MG). Lei Municipal n.º 6.440, de 9 de maio de 1997. **Jornal da Cidade**, Poços de Caldas, 10 mai. 1997; BRASIL. João Pessoa (PB). Lei Municipal n.º 7.629, de 15 de julho de

respectivo cumprimento em procedimentos administrativos, do Poder Executivo estadual, que tratem de interesses de pessoas portadoras do HIV,[238] a isenção do pagamento de IPTU para os imóveis de propriedade de portadores do HIV que ganham até dois salários mínimos,[239] a destinação de porcentagem mínima de leitos hospitalares para pacientes com aids,[240] a declaração dos direitos básicos dos portadores do HIV,[241] a necessária divulgação, em local destacado e visível, dos direitos do paciente de aids em todos os estabelecimentos de saúde, públicos e privados, [242] a expressa proibição de toda e qualquer discriminação aos portadores do HIV,[243]e a destinação específica de recursos públicos para projetos de prevenção à aids.[244]

O elenco, bastante rico e diversificado, permite detectar o movimento legislativo instaurado com a percepção da aids como fonte de atitudes discriminatórias e de dificuldades para os acometidos. Mas a experiência jurídica com a matéria aqui não se esgota, sendo imprescindível a referência aos julgados mais expressivos, como a seguir se fará.

2.2 Respostas judiciais

1994. **Semanário Oficial**, João Pessoa, 15 jul. 1994; BRASIL. Teresina (PI). Lei Municipal n.° 2.296, de 23 de março de 1994. **Diário Oficial**, Teresina, 24 mar. 1994; BRASIL. Porto Alegre (RS). Lei Municipal n.° 6.426, de 21 de julho de 1989. **Diário Oficial do Estado**, Porto Alegre, 24 jul. 1989; BRASIL. São Paulo (SP). Lei Municipal n.° 10.873, de 20 de julho de 1990. **Diário Oficial do Município**, São Paulo, 21 jul. 1990.

[238] BRASIL. Rio de Janeiro. Lei Estadual n.° 2.187, de 2 de dezembro de 1993. **Diário Oficial do Estado**, Rio de Janeiro, 8 dez. 1993.

[239] BRASIL. Natal (RN). Lei Municipal n.° 130, de 11 de setembro de 1995. **Diário Oficial do Município**, Natal, 13 set. 1995.

[240] BRASIL. Santa Catarina. Lei Estadual n.° 1.140, de 25 de março de 1993. **Diário Oficial do Estado**, Florianópolis, 26 mar. 1993; BRASIL. Secretaria da Saúde do Estado de São Paulo. Resolução n.° SS-476, de 6 de dezembro de 1991. **Diário Oficial do Estado**, São Paulo, 7 dez. 1991.

[241] Estabelecem em lei tal elenco de direitos: BRASIL. Poços de Caldas (MG). Lei Municipal n.° 5.423, de 30 de setembro de 1993. **Jornal da Cidade**, Poços de Caldas, 3 out. 1993; BRASIL. Santos (SP). Lei Municipal n.° 1.473, de 11 de março de 1996. **Diário Oficial do Município**, Santos, 15 mar. 1996; BRASIL. São José dos Campos (SP). Lei Municipal n.° 4.860, de 15 de maio de 1996. **Diário Oficial do Município**, São José dos Campos, 16 mai. 1996; BRASIL. Sorocaba (SP). Lei Municipal n.° 5.240, de 21 de outubro de 1996. **Diário Oficial do Município**, Sorocaba, 22 out. 1996.

[242] Nesse sentido: BRASIL. Vitória (ES). Lei Municipal n.° 4.191, de 19 de abril de 1995. **Gazeta S. A.**, Vitória, 29 abr. 1995; BRASIL. Poços de Caldas (MG). Lei Municipal n.° 5.366, de 17 de junho de 1993. **Jornal da Cidade**, Poços de Caldas, 20 jun. 1993; BRASIL. João Pessoa (PB). Lei Municipal n.° 1.550, de 16 de janeiro de 1994. **Semanário Oficial**, João Pessoa, 16 jan. 1994.

[243] Assim dispõem: BRASIL. Goiás. Lei Estadual n.° 12.595, de 26 de janeiro de 1995. **Diário Oficial do Estado**, Goiânia, 1 fev. 1995; BRASIL. Goiânia (GO). Lei Municipal n.° 7.299, de 28 de abril de 1994. **Diário Oficial do Município**, Goiânia, 9 mai. 1994; BRASIL. Natal (RN). Lei Municipal n.° 134, de 12 de setembro de 1995. **Diário Oficial do Município**, Natal, 13 set. 1995; BRASIL. Porto Alegre (RS). Lei Municipal n.° 7.400, de 4 de janeiro de 1994. **Diário Oficial do Estado**, Porto Alegre, 6 jan. 1994.

Para efeito de apresentação das manifestações dos tribunais, foram destacados alguns acórdãos, cuja seleção teve em vista antes a abordagem diversificada dos temas relacionados à igualdade do que a pretensão de exaurimento, inatingível ante a inesgotável riqueza de situações do cotidiano das pessoas que convivem com a aids que podem dar ensejo, direta ou indiretamente, à aplicação do princípio constitucional em questão, fato constatado no levantamento da expressiva jurisprudência existente.[245]

Na seleção efetuada, deu-se ênfase aos pronunciamentos judiciais que constatavam situações jurídicas diferenciadas em razão da presença da aids, sob a forma da doença já manifestada ou pela detecção do HIV.

Dessa forma, há acórdãos que se ocupam de questões relacionadas ao exército, quer prevendo a concessão de reforma, ao invés de simples desincorporação, ao militar doente de aids,[246] como também considerando inválida licença concedida para afastar do serviço militar portador do HIV.[247]

Na área trabalhista, encontrou-se decisões que entendem tanto válida[248], quanto inválida[249], a inclusão da exigência de teste para detecção de anticorpos ao HIV nos procedimentos de admissão a emprego. Ademais, há sério debate acerca da concessão

---

[244] BRASIL. Rio de Janeiro (RJ). Lei Municipal n.° 2.321, de 4 de maio de 1995. **Diário Oficial do Município**, Rio de Janeiro, 5 mai. 1995.

[245] Foram recolhidas decisões oriundas de tribunais estaduais (Tribunal de Justiça da Paraíba, Tribunal de Justiça da Bahia, Tribunal de Justiça de Pernambuco, Tribunal de Justiça do Espírito Santo, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Tribunal de Justiça de Goiás, Tribunal de Justiça de Mato Grosso, Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, Tribunais de Alçada e de Justiça de São Paulo, Tribunais de Alçada e de Justiça do Paraná, Tribunais de Alçada e de Justiça do Rio Grande do Sul e Tribunal de Justiça de Santa Catarina), do Distrito Federal (Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios), federais (Tribunais Regionais Eleitorais, Tribunais Regionais do Trabalho e Tribunais Regionais Federais) e superiores (Tribunal Superior Eleitoral, Tribunal Superior do Trabalho, Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal), perfazendo um total de 1.527 acórdãos referentes ao tema. Nos demais tribunais estaduais e federais, foram pesquisados os respectivos arquivos de jurisprudência disponíveis, mas não foram localizadas decisões que abordassem questões relacionados com a aids.

[246] Nesse sentido: BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Apelação Cível n.° 213.886-95. Relator: Juiz Frederico Gueiros. **Diário da Justiça da União-II**, Brasília, 7 mar.1996, julgado em 27 set. 1995.

[247] Conforme BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Apelação Cível. Relator: Juiz Alberto Nogueira. **Diário da Justiça da União-II**, Brasília, 24 dez.1992, p. 44.592.

[248] Consoante BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível n.° 1998.001.16357. Relator: Desembargador Paulo César Salomão. **Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, julgado em 18 ago. 1999.

[249] Conforme BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível n.° 216.708-1. Relator: Desembargador Mattos Faria. **Diário Oficial do Estado de São Paulo**, São Paulo, julgado em 8 nov. 1994.

de estabilidade ao empregado portador do HIV ou doente de aids, sendo constatados acórdãos que a reconhecem[250] e outros que não a aceitam.[251]

Repercussões mais significativas foram percebidas nas relações familiares, haja vista a existência de pronunciamentos jurisdicionais que decretam a anulação de casamento por erro essencial quanto à pessoa do cônjuge acometido pela aids.[252] Na mesma linha, responsabiliza-se civilmente o portador do HIV que não comunica a sua situação sorológica ao parceiro sexual,[253] expondo-o claramente ao risco de contrair a infecção. Inquietante, porém, é a presença de decisões que determinam a destituição do pátrio poder em razão da soropositividade, [254] fazendo com que pessoas acometidas pela aids sejam privadas do convívio com os próprios filhos, em prejuízo mútuo e recíproco.

Ainda no âmbito das relações privadas, entendeu-se que não configura uso nocivo da propriedade a instalação de casa de atendimento a crianças portadoras do HIV, pela ausência de risco de contaminação dos vizinhos.[255] Reconheceu-se também a capacidade do doente de aids para o pleno exercício dos atos da vida civil,[256] desde que não haja profundo comprometimento das funções físicas e psíquicas, ao ponto de privá-lo de discernimento. Ademais, foi estabelecida a obrigatoriedade no atendimento

---

[250] Nesse sentido: BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n.° 197.134/MG. Relatora: Ministra Cnéa Moreira. **Diário da Justiça da União**, Brasília, 28 fev. 1997, p. 4.380; BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Embargos em Recurso de Revista n.° 205.359/MG. Relator: Ministro Leonaldo Silva. **Diário da Justiça da União**, Brasília, 14 mai. 1999, p. 43; BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Apelação n.° 02960145695. Relator: Juiz José Mollica. **Diário da Justiça do Estado de São Paulo**, São Paulo, 28 mar. 1996; BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Mandado de Segurança n.° 76/93. Relator: Juiz Dárcio Guimarães de Andrade. **Diário da Justiça do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, 17 mar. 1994.

[251] Assim decidiram: BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista n.° 287.010. Relator: Ministro Nelson Antônio Daiha. **Diário da Justiça da União**, Brasília, 24 set. 1999, p. 294; BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Recurso Ordinário n.° 93.019983-9. Relatora: Juíza Rosa Maria Weber Candiota da Rosa. **Diário da Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, 7 mar. 1994.

[252] Assim BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível n.° 1992.001.4652. Relator: Desembargador Lindberg Montenegro. **Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, vol. 18, jun. 1993, p. 101.

[253] Nesse sentido: BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação cível n.° 248.641-1/8. Relator: Desembargador Quaglia Barbosa. **Diário da Justiça do Estado de São Paulo**, São Paulo, 23 abr. 1996.

[254] Nesse sentido: BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível n.° 20.305-0. Relator: Desembargador Ney Almada. **Diário da Justiça do Estado de São Paulo**, São Paulo, 27 abr. 1995.

[255] Conforme BRASIL. 1° Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo. Apelação Cível n.° 523.367. Relator: Juiz Franco de Godoy. **Diário da Justiça do Estado de São Paulo**, São Paulo, 31 ago. 1993.

[256] Assim decidiu BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível n.° 197.900-1. Relator: Desembargador Márcio Bonilha. **Diário de Justiça do Estado de São Paulo**, São Paulo, 5 ago. 1993.

de doentes com aids pelas empresas que exploram planos de saúde,[257] face a inúmeras reclamações apresentadas em juízo pelos usuários do serviço.

Em sentido oposto, determinou-se a exclusão do pagamento da quantia estipulada em contrato de seguro de vida, cujo proponente não tenha informado a sua condição de soropositivo à seguradora no momento da assinatura da proposta.[258]

Há grande número de acórdãos determinando ao poder público o fornecimento da medicação necessária aos doentes de aids, para cumprimento da legislação que prevê a obrigatoriedade dessa concessão.[259]

Em se tratando de responsabilidade civil, foi determinado o pagamento de indenização por danos morais sofridos por trabalhador que passou a ser designado pelos seus superior hierárquico de "a coisa" e "estorvo", pelo simples fato de ser portador do HIV.[260] De igual forma, foi considerada ilícita a conduta da empresa aérea que exige conhecer a situação sorológica de passageiro para embarque na aeronave, a ensejar reparação de danos,[261] assim como da transportadora de passageiros por via terrestre que exige a revelação pública da situação sorológica de passageiro com direito à gratuidade de transporte.[262]

---

[257] Assim decidiram: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 86.095/SP. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. **Diário da Justiça da União**, Brasília, 27 mai. 1996; BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação Cível n.º 4717297/DF. Relator: Desembargador Campos Amaral. **Diário da Justiça do Distrito Federal**, Brasília, 15 abr.1998, p. 60; BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível n.º 279.785-1/6. Relator: Desembargador Álvaro Lazzarini. Julgamento em 13 fev. 1996. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 734, p. 342, 1996.

[258] Nesse sentido: BRASIL. 1º Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo. Apelação cível. Relator: Juiz Barreto de Moura. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 728, jun. 1996, p. 267; BRASIL. 1º Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo. Apelação cível. Relator: Juiz Torres Júnior. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 731, set. 1996, p. 290; BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível n.º 42.815. Relator: Desembargador Paulo Gallotti. **Diário de Justiça do Estado de Santa Catarina**, Florianópolis, 16 jan. 1996, p. 3.

[259] Assim decidiram, por exemplo: BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação n.º 1.141/98. Relator: Desembargador Luiz Roldão. **Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, 5 mai. 1998; BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento n.º 4.208/97. Relator: Desembargador Albano Matos Corrêa. **Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, julgado em 24 mar. 1998.

[260] Assim determinou o Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região: BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região. Apelação n.º 214/98. Relatora: Juíza Geralda Pedroso. **Diário da Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul**, Campo Grande, 27 mar. 1998, p. 63.

[261] Assim decidiu: BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível n.º 1997.001.5632. Relator: Desembargador José Affonso Rondeau. **Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, julgado em 11 nov. 1997.

[262] Nesse sentido: BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível n.º 1995.001.7328. Relator: Desembargador Sylvio Capanema. **Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, vol. 29, abr. 1996, p. 242.

Por fim, foram localizados acórdãos que proíbem visitas íntimas a prisioneiros portadores do HIV,[263] com vistas a evitar o contágio e a transmissão vertical do vírus, que não concedem regime de prisão domiciliar,[264] que dispensam as condições para cumprimento de regime aberto[265] e que indeferem a concessão de indulto a detento doente de aids que não se encontra em estágio terminal.[266]

2.3 Oposições aparentes

Há um claro contraste entre a formulação das políticas públicas, em particular a de saúde, traduzida em normas gerais de cunho abrangente e em prol da sociedade como um todo, e a resolução judicial dos conflitos, vinculada ainda à reivindicação individualizada de direitos e independente das responsabilidades coletivas. Se, do lado do executivo e do legislativo, há a ponderação entre a necessária contenção dos recursos limitados e a qualidade e abrangência da assistência disponibilizada a toda a população, do lado do judiciário se restringe a análise ao confronto intersubjetivo entre o Estado que quer evitar ao máximo realizar despesas e o indivíduo que quer ter acesso à maior gama possível de serviços e bens de qualidade na área da saúde.

Assim, ao não conhecer de recurso extraordinário interposto pelo Estado do Rio Grande do Sul, o Supremo Tribunal Federal colocou a questão nos seguintes termos:

> Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5°, *caput* e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo - uma vez configurado esse dilema - que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humana, notadamente daqueles, como os ora recorridos, que têm

---

[263] Conforme BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo n.° 192.760-3. Relator: Desembargador Cyro Bonilha. **Diário da Justiça do Estado de São Paulo**, São Paulo, julgado em 9 out. 1995.

[264] Nesse rumo: BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Recurso de Agravo n.° 99.012378-2. Relator: Desembargador Nilton Macedo Machado. **Diário Oficial do Estado de Santa Catarina**, Florianópolis, julgado em 31 ago. 1999.

[265] Segundo BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Relator: Juiz André Nabarrete. **Diário da Justiça da União-II**, Brasília, 14 nov.1995, p. 78.311.

acesso, por força de legislação local, ao programa de distribuição gratuita de medicamentos, instituído em favor de pessoas carentes.[267]

A partir daí, nenhuma limitação mais se coloca ao atendimento das pretensões individuais, quer seja de natureza orçamentária,

(Ementa: Saúde pública. Fornecimento gratuito de medicamentos a portadores do vírus da AIDS. Direito legal e constitucional que independe de previsão orçamentária dos Estados-membros para sua execução. Inteligência do art. 196 da CF e da Lei 9.313/96. O direito constitucional à saúde pública, estabelecido no art. 196 da CF, não pode ser considerado como norma programática, que dependa de previsão orçamentária dos Estados-membros para sua execução; assim, cabe ao Poder Público, mormente após a edição da Lei 9.313/96, conceder, gratuitamente, medicamentos, limitados à lista divulgada por órgão oficial, aos portadores do vírus da Aids, impondo-se às administrações estaduais ajustarem suas disponibilidades para o cumprimento de tal previsão legal)[268]

quer seja de ordem programática:

Ementa: Agravo de Instrumento. Decisão que determina entrega de medicamentos indicados por médicos que acompanham os doentes. Pretensão do Município em ceder somente os remédios indicados em padronização do Ministério da Saúde. Inviabilidade face às peculiaridades que somente podem ser aferidas pelos médicos que acompanham os pacientes. Pretende o Município ministrar aos pacientes somente a medicação indicada em documento padronizado pelo Ministério da Saúde. Os médicos que assistem os doentes é que são capacitados para receitar a medicação, devendo o Agravante, se deles discordar, trazer ao feito prova médica no sentido de que a medicação indicada é despropositada, mas nunca pretender furtar-se aduzindo em seu prol norma burocrática e padronizada como se a doença fosse algo imutável e exato. Desprovimento do recurso.[269]

---

[266] Assim decidiu: BRASIL. Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo. Agravo em Execução Penal n.º 923.721. Relator: Juiz França Carvalho. **Diário da Justiça do Estado de São Paulo**, São Paulo, julgado em 3 fev. 1997.

[267] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pacientes com HIV/AIDS. Pessoas destituídas de recursos financeiros. Direito à vida e à saúde. Fornecimento gratuito de medicamentos. Dever constitucional do Estado (CF, arts. 5º, *caput*, e 196). Precedentes (STF). Recurso Extraordinário n.º 267.612/RS. Relator: Ministro Celso de Mello. **Diário da Justiça da União**, Brasília, 23 ago. 2000.

[268] BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação n.º 1.141/98. Relator: Desembargador Luiz Roldão. **Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, 5 mai. 1998.

[269] BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento n.º 1997.002.1966. Relator: Desembargador Joaquim Alves de Brito. **Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, julgado em 11 mai. 1999.

Bem por isso, em geral, não se tem admitido a possibilidade de discussão em juízo do tema em termos coletivos, como o demonstra o excerto da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça a seguir reproduzido:

> A jurisprudência desta colenda Corte de Justiça vem se firmando no sentido de não ser cabível o uso da Ação Civil Pública para fins de amparar direitos individuais, nem se prestar à reparação de prejuízos causados por particulares pela conduta comissiva ou omissiva da parte ré, não revestindo o caso em apreço no conceito constante da Lei n.° 7.347/85. A Ação Civil Pública não se presta como meio adequado a indenizar cidadãos que tenham sido contaminados pelo vírus HIV em transfusões sangüíneas realizadas em quaisquer estabelecimentos do país. Os interesses e direitos individuais homogêneos, de que trata o art. 21, da Lei n.° 7.347/85, somente poderão ser tutelados, pela via da ação coletiva, quando os seus titulares sofrerem danos na condição de consumidores. Ilegitimidade ativa do Ministério Público reconhecida. Precedentes desta Casa Julgadora. Recurso Especial improvido.[270]

À sua vez, o Poder Executivo, através do seu Ministério da Saúde, também ao tratar do fornecimento de medicamentos, adotou estratégia inversa e, sem especificar segmentos determinados da população, muito menos demarcar doenças, preferiu instituir um programa de farmácia básica, amplo e abrangente, em benefício de todos e para o atendimento das moléstias mais comuns, com os seguintes pressupostos:

> Considerando que a saúde é direito fundamental do cidadão, cabendo ao Estado oferecer as condições indispensáveis à sua plena execução;
> Considerando o princípio constitucional da descentralização das ações e serviços de saúde;
> Considerando as diretrizes definidas nas Ações e Metas Prioritárias para o Ministério da Saúde, no biênio 97/98;
> Considerando a importância do aprimoramento das atividades de assistência farmacêutica e a disponibilidade de medicamentos básicos à população;

---

[270] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Processo civil. Ação civil pública. Falta de indicação expressa do dispositivo legal apontado como violado. Indenização por contaminação pelo vírus HIV em transfusões sangüíneas. Relação jurídica estabelecida entre a União e o cidadão. Não aplicabilidade, ao caso, da Lei n.° 7.347/85, posto que a referida ação presta-se à proteção dos interesses e direitos individuais homogêneos, quando os seus titulares sofrerem danos na condição de consumidores. Ilegitimidade ativa do Ministério Público reconhecida. Precedentes desta Corte superior. Recurso Especial n.° 220.256/SP. Relator: Ministro José Delgado. **Diário da Justiça da União**, Brasília, 18 out. 1999, p. 215.

> Considerando a necessidade de racionalizar a distribuição de medicamentos essenciais que permitam o tratamento eficaz às doenças mais comuns que afetam a população brasileira, resolve:
>
> Art. 1° - Instituir o Programa de Farmácia Básica.[271]

A disparidade é resultado da variação de perspectiva adotada pelos poderes públicos. Como se nota, no mais das vezes, o Poder Judiciário tende a apresentar os direitos como absolutos, individuais e independentes de quaisquer responsabilidades em proveito da coletividade. Mais ainda: na contraposição de interesses coletivos e individuais, inclina-se a enfrentar a questão com base em critérios de "tudo ou nada", tornando incontestável a decisão favorável à preservação da vida e da saúde do indivíduo demandante, em detrimento dos interesses econômicos e financeiros do Estado.

A impressão que transparece é que a disputa judicial sobre o tema se dá apenas entre as partes que compõem a relação processual, não importando em nada para o conjunto da sociedade, a não ser como notícia do seu resultado. Não há, assim, preocupação com as causas determinantes do conflito, nem com as conseqüências da decisão originadas, cujo conteúdo se limita a atribuir razão a um ou outro dos contendores.

O Estado é considerado simples detentor de interesses econômicos, que luta para evitar o aumento de suas despesas, como se a sua vitória processual significasse a desoneração de qualquer encargo financeiro correspondente ao fornecimento de medicação ou como se fosse ele contrário ao atendimento somente daquela pessoa em particular. A visão reducionista conforta a decisão, mas mascara a real complexidade da controvérsia.

Criam-se, por conseguinte, condições para a emergência de agudas distorções na distribuição dos benefícios gerados pela sociedade, em prejuízo das pessoas mais vulneráveis, que necessitam da intervenção estatal para usufruírem de uma vida mais digna, mas que não contam com acesso ao aparato judicial. Sofrem invisíveis e em silêncio.

---

[271] BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria n.° 1.660, de 6 de novembro de 1997. Institui o Programa de Farmácia Básica. **Diário Oficial da União**, Brasília, 14 nov. 1997.

O horizonte tomado em consideração por quem formula políticas públicas, traduzida em textos normativos, apresenta dimensões mais largas. No âmbito de uma cultura dos limites, em que a crescente escassez de recursos para o enfrentamento de necessidades cada vez maiores da população impõe a necessidade de serem definidas prioridades, devem prevalecer critérios racionais que possam justificar a distribuição e alocação dos recursos financeiros, materiais e humanos.[272] O conflito de interesses, aqui, nunca é posto em termos de "tudo ou nada", nem contrapõem Estado e indivíduo. Em verdade, a utilização otimizada dos recursos disponíveis consubstancia o interesse de todos, como meio inafastável para o asseguramento dos direitos fundamentais da pessoa humana.

3. Centralidade do princípio constitucional da dignidade humana

As seguidas violações de direitos, indicadas pela jurisprudência e fundamento para a formulação legislativa, referem a perda de dignidade das pessoas que convivem com a aids. Reclamam, portanto, as adoção de estratégias jurídicas para o respectivo enfrentamento.

Como a atuação frente à epidemia importa não só em conter os seus efeitos negativos no âmbito social, mas também em contribuir para refrear sua disseminação, nem sempre é fácil articular ações tão distintas em conformidade às imposições jurídicas. Soropositivos, doentes de aids ou meros suspeitos de estarem infectados são vítimas de forte discriminação, o que torna seus direitos em muitos aspectos desatendidos.

Sob o aspecto da prevenção, já se encontram superadas as expectativas daqueles que apostavam em profundas mudanças comportamentais, empreendidas por força da conscientização e da vontade própria dos cidadãos, individualmente considerados, em se afastarem das situações de risco de contaminação.[273] Em conseqüência, as medidas

---

[272] "Se nos anos 70, o principal problema de Bioética nos Estados Unidos foi o aborto, e nos anos 80, foi a eutanásia, atualmente o debate mais importante se centra na justiça, mas especificamente, na discussão sobre os critérios éticos que se deve utilizar na distribuição dos recursos sanitários" (GAFO, J. Los princípios de justicia y solidariedad en Bioetica. **Cuadernos del Programa Regional de Bioetica**, n.° 6, OMS/OPS, 1998, p. 14).

[273] "*En general, los especialistas coinciden en que, a pesar de la propaganda oficial, los intentos individuales y los de las organizaciones no gubernamentales, la sociedad no está debidamente informada y concientizada, y en*

destinadas a evitar a propagação do vírus devem estar demarcadas pela doutrina dos direitos, aplicando-se-lhes princípios básicos, concernentes à ampla acessibilidade aos serviços de saúde, à diferenciação de tratamento entre os contaminados sintomáticos e os assintomáticos[274] e ao enfrentamento global do problema, mediante o aporte de medidas integrais e adequadas às normas jurídicas.[275]

Tão decisivo é o princípio, que se emprega o termo pessoa para designar aqueles que são dotados de uma dignidade intrínseca.[276] Em outras palavras, o reconhecimento como pessoa importa em ser merecedor de tratamento como um fim em si, em oposição à idéia de coisa, meio ou instrumento.

Há, todavia, algo de misterioso na apreensão do real sentido da dignidade humana, tantas vezes invocada, nas mais diferentes situações.[277] Sem um trabalho intenso de aproximação, gradativo e persistente, permanece enigmático o seu conteúdo

---

que el cambio de comportamiento necesario para satisfacer los requisitos mínimos de una efectiva prevención demandaría, al menos una generación" (PUCCINELLI, Oscar Raul. *Sida, constitución y derechos humanos.* Palestra proferida no Seminário Estadual Direitos Humanos em HIV/Aids, Curitiba, 4 e 5 dez.1997, mimeo).

[274] "*Visto desde la perspectiva del contagio, los asintomáticos provocan un mayor riesgo de transmisión, especialmente por la buena situación física aparente de afectado - lo cual provoca muchas veces el desconocimiento del propio portador. Desde el ángulo de las necesidades que debe atender el Estado en última instancia, los portadores asintomáticos requieren, primordialmente, que se les provea de tratamiento psicológico y contención social. Es importante tener presente que las drogas conocidas solo son útiles desde el momento en que la enfermedad se declara con sintomas externos específicos o cuando el nível de glóbulos blancos se encuentra en niveles muy bajos, y que el primer problema del afectado consiste en digerir el brutal golpe que le produce el conocimiento de su afección, asumir su enfermedad y su casi segura muerte, superar la depresión y mantener la ubicación social que tenta hasta entonces. En el caso de los pacientes sintomáticos, el panorama difiere, pues ya vienen sobrellevando desde hace tiempo la carga, y si bien el tratamiento psicológico sigue siendo imprescindible, se debe acentuar la atención médica, farmacológica y psiquiátrica*" (PUCCINELLI, Oscar Raul. *Sida, constitución y derechos humanos.* Palestra proferida no Seminário Estadual Direitos Humanos em HIV/Aids, Curitiba, 4 e 5 dez.1997, mimeo).

[275] "*Entre las distintas formas en que los diversos sistemas jurídicos han reaccionado ante la aparición de la enfermedad, algunos anteponen la salud pública a los derechos y las libertades de los infectados (China, Rusia, Tailandia y Cuba - este últirmo país con algunos signos recientes de cambio en sentido inverso); en otros predominan los derechos y las libertades individuales sobre la salud pública, y se consagra, como pautas generales, la no obligatoriedad de los tests de detección (excepto en caso de donación de sangre, semen u órganos, donde la obligatoriedad esta obviamente condicionada a la voluntad de donar), el derecho a que el resultado de los exámenes positivos sea registrado en forma codificada, y el resguardo del secreto médico con contadas excepciones. Algunos países (v. gr., Perú y Francia) optan por el que denominaríamos intermedio o mixto, en el cual, si bien se parte de los principios del segundo sistema, se adoptan algunas pautas del primero acerca de la posibilidad de realizar exámenes obligatorios en determinados actos muy puntuales. En los Estados Unidos, las tradicionales normas reguladoras del accionar en materia de salud pública se han complicada y son ahora inciertas, especialmente por los avances de la medicina y los cambios en el tratamiento judicial de los derechos individuales*" (PUCCINELLI, Oscar Raul. *Sida, constitución y derechos humanos.* Palestra proferida no Seminário Estadual Direitos Humanos em HIV/Aids, Curitiba, 4 e 5 dez.1997, mimeo).

[276] Ver, a esse respeito, ANDORNO, Roberto. *Bioética y dignidad de la persona.* Madrid: Editorial Tecnos, 1998, p. 56.

[277] A necessidade de respeito à dignidade da pessoa humana integra textos legais e declarações internacionais, como também aparece em manifestos políticos, em análises das relações sociais e econômicas e em textos literários de grande divulgação. Por exemplo, Viviane Forrester encerra sua obra justamente com a indagação acerca da insensatez ou não de se esperar respeito pela própria dignidade (O horror econômico. Trad. de Álvaro Lorencini. São Paulo: Editora da UNESP, 1997, p. 145).

filosófico e ético.[278] Mais do que isso, corre-se o risco da utilização abusiva, de invocá-lo por tudo e para tudo, numa inflação verbal cujo poder de encantamento ameace o próprio sentido.[279]

Afastada a antiga noção de dignidade social, conferida a todo aquele que ocupa um lugar de destaque por seus méritos pessoais ou pelas funções que exerce,[280] a noção de direitos da pessoa, desenvolvida na modernidade, inspira-se no sentido ontológico da dignidade, intuindo-a como uma qualidade inseparável de todos os seres humanos, que lhes é inerente apenas pelo fato de existir. A despeito de serem percebidas, entre os homens, conformações físicas, capacidades intelectuais e habilidades manuais as mais diversas, há uma natureza que é comum a todos, ainda que eventualmente se encontre diminuída em alguma de suas potencialidades. Por conseqüência, a igualdade entre todos os seres humanos, solenemente afirmada, não é uma simples metáfora, mas algo bastante real, reconhecido pelas características que lhes são comuns.[281]

Do ponto de vista jurídico, a noção de dignidade humana só aparece com o encerramento da Segunda Guerra Mundial, apesar de se alimentar do seu percurso longo e importante na história das idéias. O choque provocado pelas práticas ocorridas durante o evento bélico levou à percepção da insuficiência de a proteção se restringir à vida do homem, pois dever-se-ia estender à sua dignidade.[282] Desde então, a grande maioria dos instrumentos internacionais relativos aos direitos humanos e numerosas constituições proclamaram o princípio e buscaram prover a sua garantia.

Nesse sentido, a Constituição Federal não hesitou em estabelecer como fundamento do Estado Democrático de Direito a dignidade da pessoa humana.[283] Trata-se de princípio indispensável para a nossa viabilidade social e cuja centralidade,

---

[278] Ver, a esse respeito, MAURER, Béatrice. *Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l'homme*. Paris: La Documentation française, 1999, p. 7.

[279] "*Certes, jamais des mots tels que dignité humaine, personne humaine, etc., n'ont été plus continuellement prononcés. Mais ce serait céder à une étrange illusion que de tirer de là une conclusion positive quant à la situation réelle à laquelle ce langage se réfere*" (MARCEL, Gabriel. *La dignité humaine et ses assises existentielles*. Paris: Aubier, 1964, p. 204).

[280] Hobbes, por exemplo, assim se referia à dignidade: "o valor público de um homem, aquele que lhe é atribuído pelo Estado, é o que os homens vulgarmente chamam dignidade. E esta sua avaliação pelo Estado se exprime através de cargos de direção, funções judiciais e empregos públicos, ou pelos nomes e títulos introduzidos para a distinção de tal valor" (HOBBES, Thomas. Leviatã, ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil. Trad. de João Paulo Monteiro e de Maria Beatriz Nizza da Silva. 4ª edição. São Paulo: Nova Cultural, 1988, p. 54).

[281] Conforme ANDORNO, Roberto. *Bioética y dignidad de la persona*. Madrid: Editorial Tecnos, 1998, p. 64.

[282] Nesse sentido, MAURER, Béatrice. *Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l'homme*. Paris: La Documentation française, 1999, pp. 19-20.

na ordem constitucional, suscita sérias reflexões. Dentre elas, não é de menor importância a indagação acerca de sua concreta aplicação, tão expressivo em sua carga simbólica, mas tão negligenciado pelos nossos operadores jurídicos.[284]

Acolhida por nosso texto constitucional, a dignidade humana, em primeiro lugar, deve exercer um papel de princípio material de interpretação, sujeitando o intérprete à sua observância sempre que tratar de matérias a ela relacionadas. Ademais, implica na persecução concreta de sua realização, através de ações que a materializem e de sanções que impeçam a sua violação. Por conseqüência, o seu respeito é imposto tanto ao Estado quanto aos indivíduos.

> *Dans ce système, le respect des droits de l'homme imposera l'obligation de respecter la dignité de la personne à la fois à chaque être humain, tant en ce qui le concerne lui-même qu'en ce qui concerne les autres hommes, qu'au pouvoir chargé de protéger ces droits...* [Em especial, o Estado se encontra progressivamente obrigado] *non seulement de s'abstenir de porter atteinte à ces droits, mais a aussi* [...] *l'obligation de créer les conditions favorables au respect de la personne humaine.*[285]

Finalidades e limites, aqui, não se contradizem: como expressão de fins a serem perseguidos, o princípio apresenta múltiplas feições ao ser aplicado; como expressão de limites à ação, ele bloqueia toda atuação que o viole. Sua indeterminação parcial constitui o seu poder, permitindo-lhe manifestar a riqueza de suas potencialidades e a percepção do real dentro da complexidade, ainda que de um modo incompleto.[286]

A sua realização pressupõe práticas que assegurem, na medida certa, igualdade, liberdade e universalidade. Para tanto, a ordem jurídica assume um papel fundamental, através da proteção e garantia de direitos, cujo respeito e manutenção são pressupostos

---

[283] Constituição Federal de 1988, art. 1°, inciso III.

[284] "*Le respect de le dignité de la personne humaine est considéré aujourd'hui comme un principe général de droit commun à tous les peuples civilisés. Mais cet accord général ne concerne que des notions abstraites, dont le caractère vague, et même confus, apparaîtra immédiatement quand il s'agira de passer de l'accord sur le principe aux applications particulières*" (PERELMAN, Chaim. *Le raisonnable et le déraisionnable en doirt, au delà du positivisme juridique*. Paris: LGDJ, 1984, p. 50).

[285] Em tradução livre: "Neste sistema, o respeito dos direitos do homem imporá a obrigação de se respeitar a dignidade da pessoa de cada ser humano, tanto no que concerne a ele mesmo, quanto no que concerne aos outros homens, que têm o poder de se encarregar da proteção destes direitos... [Em especial, o Estado se encontra progressivamente obrigado] não somente a se abster de atentar contra tais direitos, mas também [...] tem a obrigação de criar as condições que favoreçam o respeito à pessoa humana" (PERELMAN, Chaim. *Le raisonnable et le déraisionnable en doirt, au delà du positivisme juridique*. Paris: LGDJ, 1984, pp. 49-50).

para que se promova o bem-estar dos cidadãos, expressando a atenção ao princípio. De todo modo, dentro do Estado, os objetivos a serem alcançados, tais como o equilíbrio financeiro, a segurança e o desenvolvimento nacional são pontos sempre relevantes para a consecução de vida mais digna. Porém, não esgotam nunca o manancial da ordem jurídica, sem a qual os cidadãos não atingem as condições necessárias para a fruição dos benefícios produzidos pela sociedade.

A visão atual sobre a fundamentação da dignidade humana vem apoiada no cristinianismo, que difundiu a idéia que o homem, sendo o único ser sobre a terra nascido à imagem e semelhança de Deus, tem caráter sagrado por natureza e destino.[287] Porém, o seu valor e a sua dignidade não existem em si e por si mesmas, mas decorrem da participação na essência divina.

A radicalização no reconhecimento do valor distinto da pessoa humana que irá se operar a partir do Renascimento, cunha de tantos humanismos que desde então foram propostos e praticados, com a afirmação de direitos fundamentais e a sua extensão a todos os homens, dando novo significado às preocupações da antigüidade clássica ocidental.

Mas se, por um lado, a consagração dos direitos abriu horizontes valiosos, especialmente no sentido de sua positivação e observância concreta, de outro, projetou a gradativa diluição da certeza transcendental da dignidade humana, com base no racionalismo de matriz cartesiana. Ao radicalizar a distinção entre matéria e espírito, Descartes reduz a dimensão humana ao pensamento e passa a considerar o corpo como *res extensa*, pertencente mais ao mundo das coisas que ao das pessoas. Em suas palavras:

> Compreendi por aí que era uma substância cuja essência ou natureza consiste apenas no pensar, e que, para ser, não necessita de nenhum lugar, nem depende de qualquer coisa material. De sorte que esse eu, isto é, a alma, pela qual sou o que sou, é inteiramente distinta

---

[286] Conforme MAURER, Béatrice. *Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l'homme*. Paris: La Documentation française, 1999, p. 25.

[287] Segundo Jacques Maritain, o que se encontra no mais profundo da dignidade da pessoa humana é que ela não tem com Deus só a semelhança comum, mas algo próprio, por que ela é a imagem de Deus, tendo como princípio de vida uma alma espiritual, capaz de conhecer, de amar e de se elevar pela graça a participar da vida mesma de Deus (*La personne et le bien commun*. Paris: Desclée de Brower, 1947, p. 35).

> do corpo e, mesmo, que é mais fácil de conhecer do que ele, e, ainda que este nada fosse, ela não deixaria de ser tudo o que é.[288]

A visão dualista teve grande influência na modernidade, sendo incorporada por pensadores como Locke[289] e Hume.[290]

Para além da formulação teológica da dignidade, fundada na idéia da criação do homem à imagem e semelhança divina e atualizada pela doutrina social da igreja católica, através das chamadas encíclicas sociais,[291] há outros importantes aportes filosóficos sobre o tema, ainda que sem a limpidez e coerência da posição teológica.

Podem ser referidos, primeiramente, os pensadores que fazem do princípio algo absoluto, inalienável e anterior a tudo, como Pascal,[292] Kant, Lévinas, Gabriel Marcel e outros. Para eles, o ser humano se constitui como pessoa porque possui dignidade própria, a qual não pode ser colocada em questão, muito menos reduzida ou

---

[288] DESCARTES, René. Discurso do método. Trad. de J. Guinsburg e Bento Prado Júnior. São Paulo: Nova Cultural, 1996, p. 92.

[289] A pessoa "é um ser inteligente pensante, que possui razão e reflexão e se pode considerar a si mesma como a mesma coisa pensante em diversos tempos e lugares" (LOCKE, John. Ensaio acerca do entendimento humano. Trad. de Anoar Aiex. São Paulo: Nova Cultural, 1997, p. 133).

[290] "Embora o corpo esteja preso a um planeta sobre o qual se arrasta com dor e dificuldade, o pensamento nos pode transportar no espaço de um instante às mais longínquas regiões do universo - e mesmo além do universo, no caos sem fronteiras, em que se diz que a natureza jaz em total confusão. É possível conceber o que nunca foi visto ou ouvido, e não há nada a que não alcance o poder do pensamento" (HUME, David. Investigação sobre o entendimento humano. Trad. de Antônio Sérgio *et alli*. 2ª ed. São Paulo: Abril Cultural, 1980, p. 140).

[291] O marco inicial da doutrina foi a Encíclica *Rerum Novarum*, de Leão XIII, datada de 1891, onde a dignidade do trabalhador é a chave de leitura e em que se adverte a ilicitude de se "violar impunemente a dignidade do homem". Ao se comemorar 40 anos da encíclica, Pio XI edita outra, denominada *Quadragesimo Anno*, com o intuito de atualizar e reiterar seus conteúdos, ao tempo em que proclama direitos trabalhistas dos operários. Também formula a *Divini Redemptoris*, em 1937. Mais tarde, João XXIII escreve as encíclicas *Mater et Magistra*, em 1961, e *Pacem in Terris*, em 1963, incorporando outras discussões a respeito dos desequilíbrios econômicos e enumerando de forma mais completa e detalhada os direitos da pessoa humana, considerados universais, invioláveis e inalienáveis. "A concepção antropológica desses três Pontífices Romanos considera que a dignidade humana tem sua fonte em Deus. Várias são as passagens que denotam esse entendimento: 'os homens são todos absolutamente nascidos de Deus, seu Pai comum (...) todos eles foram igualmente resgatados por Jesus Cristo e restabelecidos por ele na sua dignidade de filhos de Deus' (*Rerum Novarum*, 16). O homem foi 'elevado pela graça santificante à dignidade de filho de Deus' (*Divini Redemptoris*, 27). Desse fato decorre o reconhecimento da igualdade fundamental de todos os homens, como base dos direitos humanos" (ALVES, Cleber Francisco. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: o enfoque da doutrina social da Igreja. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 33).

[292] "O homem não passa de um caniço, o mais fraco da natureza, mas é um caniço pensante. Não é preciso que o universo inteiro se arme para esmagá-lo: um vapor, uma gota de água, bastam para matá-lo. Mas, mesmo que o universo o esmagasse, o homem seria ainda mais nobre do que quem o mata, porque sabe que morre e a vantagem que o universo tem sobre ele; o universo desconhece tudo isso. Toda a nossa dignidade consiste, pois, no pensamento. Daí é que é preciso nos elevarmos, e não do espaço e da duração, que não poderíamos preencher. Trabalhemos, pois, para bem pensar; eis o princípio da moral" (PASCAL, Blaise. Pensamentos. Trad. de Sérgio Milliet. 2ª edição. São Paulo: Abril Cultural, 1979, pp. 123-124).

desconsiderada.[293] Tal dignidade se revela tanto na grandeza humana, como pretende Kant com a sua concepção de dever moral, quanto na imensa fraqueza de que é portador o homem.[294]

Em especial, Kant[295] irá operar a transformação do fundamento da dignidade mediante a sua elaboração da autonomia moral.[296] O sujeito torna-se elemento decisivo na elaboração do conhecimento, razão pela qual propôs uma revolução copernicana no método de conhecer. Ou seja, ao invés de o sujeito cognoscente girar em torno dos objetos, são estes que giram ao redor daquele.[297] Não se trata mais de o nosso conhecimento se amoldar aos objetos, mas perceber que a construção destes se ajusta ao nosso modo de conhecer.

No entanto, o sujeito transcendental kantiano, dotado da razão universal, é uma estrutura vazia, que, separada da sensibilidade, nada pode conhecer. O pensamento humano passa a ser dependente da sensibilidade e a teoria traduz a dimensão da auto-alienação da razão.[298] Só através da *praxis* a razão se liberta da auto-alienação da teoria, já que está a serviço de si mesma. A razão prática possui primazia sobre a razão teórica e a moralidade significa a libertação do homem e a sua constituição como ser livre, pertencente ao reino dos fins. A pessoa é um ser dotado de dignidade própria, perante a qual tudo o mais tem significação relativa. Em outras palavras, só o homem

---

[293] Nesse sentido MAURER, Béatrice. *Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l'homme*. Paris: La Documentation française, 1999, p. 37; WILS, J. P. *Fin de la dignité humaine en la éthique?* **Concilium**, n.º 223, 1989, pp. 51-67.

[294] Para Gabriel Marcel, a dignidade deve ser procurada entre as antípodas da pretensão e da fraqueza, preferentemente ao lado desta última (*La dignité humaine et ses assises existentielles*. Paris: Aubier, 1964, p. 175).

[295] "A filosofia kantiana mostra que o homem, como ser racional, existe como fim em si mesmo, e não simplesmente como meio, enquanto os seres desprovidos de razão têm um valor relativo e condicionado, o de meios, eis porque se lhes chamam coisas; 'ao contrário, os seres racionais são chamados pessoas, porque sua natureza já os designa como fim em si, ou seja, como algo que não pode ser empregado simplesmente como meio e que, por conseguinte, limita na mesma proporção o nosso arbítrio, por seu um objeto de respeito'. E assim se revela como um valor absoluto, porque a natureza racional existe como fim em si mesma" (SILVA, José Afonso. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, vol. 212, abr./jun. 1998, p. 91).

[296] "Como a moralidade nos serve de lei somente enquanto somos seres racionais, tem ela que valer também para todos os seres racionais; e como não pode derivar-se senão da propriedade da liberdade, tem que ser demonstrada a liberdade como propriedade da vontade de todos os seres racionais, e não basta verificá-la por certas supostas experiências da natureza humana (se bem que isto seja absolutamente impossível e só possa ser demonstrado *a priori*), mas sim temos que demonstrá-la como pertencente à actividade de seres racionais em geral e dotados de uma vontade" (KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes. Trad. de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1997, p. 95).

[297] Ver, a esse respeito, KANT, Immanuel. Crítica da razão pura. Trad. de Valerio Rohden e Udo Baldur Moosburger. São Paulo: Abril Cultural, 1996.

[298] OLIVEIRA, Manfredo. A Filosofia na crise da modernidade. São Paulo: Loyola, 1992, p. 19.

não existe em função de outro e, por isso, pode levantar a pretensão de ser respeitado como algo que tem sentido em si mesmo.[299]

Impregnada pelo individualismo, característico do liberalismo e do individualismo burguês,[300] essa visão compreende um certo modo de se entender os direitos fundamentais. Estes serão, antes de tudo, direitos inatos e anteriores ao Estado, impostos como limite à atividade estatal, que deve se abster, o quanto possível, de se intrometer na vida de cada um. São direitos contra o Estado, denominados direitos de autonomia ou de direitos de defesa, por estabelecerem esferas de restrição à intervenção estatal.[301]

Outro grupo de filósofos, mais heterogêneo, concebe a dignidade em perspectiva histórica, como fundamentação imanente que se desenvolve, se afirma e se projeta no futuro. Esse vir a ser é resultado de condições exteriores ao homem. Há quem centralize a busca no encontro de si mesmo, como Pico della Mirandola, humanista da renascença italiana que narra a condenação do homem a ser artífice de si mesmo, por delegação divina do ato criativo, sem dispor de modelos prévios, nem de uma natureza *a priori*.[302] Bem mais tarde, Hegel dirá que o homem, em sua substância e dignidade, é mais do que o indivíduo, sendo portador de algo maior e mais elevado, cuja forma peculiar é o Estado. Assim, a verdadeira eticidade só existe em forma de coisa pública e o indivíduo só encontra sua dignidade em sua superação a serviço do Estado.[303] Por sua vez, Marx concebe a dignidade como uma conquista histórica do homem, dentro do devir em que, enfim, encontre a desalienação. Para ele, os direitos apregoados pelo liberalismo não ultrapassam o egoísmo do homem como membro da sociedade burguesa, isto é, do indivíduo voltado para si mesmo, para seu interesse particular, arbitrária e privadamente dissociado da comunidade.[304] Distinguindo os

---

[299] OLIVEIRA, Manfredo. A Filosofia na crise da modernidade. São Paulo: Loyola, 1992 , p. 23.

[300] Conforme FARIAS, Edilsom Pereira de. Colisão de Direitos. A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem *versus* a liberdade de expressão e informação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996, p. 47.

[301] CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 505.

[302] Ver em MIRANDOLA, Giovanni Pico della. *Discurso sobre la dignidad del hombre*. Trad. de Adolfo Ruiz Díaz. Mendoza: Instituto de Literaturas Modernas, 1972.

[303] "O Estado é a substância ética consciente de si, a reunião do princípio da família e da sociedade civil, a mesma unidade que existe na família como sentimento do amor, é a essência do Estado; a qual, porém, mediante o segundo princípio da vontade que sabe e é activo por si, recebe também a forma de universalidade sabida. Esta, como as suas determinações e que se desdobram no saber, tem por conteúdo e escopo absoluto a subjectividade que conhece; isto é, quer para si esta racionalidade" (HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. Encyclopedia das Sciencias Philosophicas em Compendio. Rio de Janeiro: Athena Editora, 1936, tomo III, p. 502).

[304] Ver MARX, Karl. A questão judaica. 2ª ed. São Paulo: Editora Moraes, 1991, p. 44.

direitos dos homens dos direitos do cidadão, aqueles nada mais são que os direitos do homem separado do homem e da comunidade. Também Sartre e o existencialismo acreditarão que o homem deve construir a sua dignidade, que é indissociável da sua absoluta liberdade, sem referência a uma natureza humana dada e imutável.[305]

A perspectiva, aqui, ultrapassa o indivíduo, por se entender que é através do bem coletivo que se salvaguardam os interesses individuais. Inexistindo harmonia espontânea entre o bem do indivíduo e o bem do todo, devem preponderar os valores gerais, realizando-se a dignidade da pessoa humana no plano coletivo.[306] Conseqüência lógica será a tendência de interpretar o Direito, que limita a liberdade, em favor da igualdade, com a tendência em identificar os interesses individuais com os da sociedade, privilegiando estes em detrimento daqueles.[307]

A conciliação das concepções individualista e coletivista se dá com a distinção entre indivíduo e pessoa. Se o individualismo exalta o homem abstrato, típico do liberalismo, aqui se procura destacar a sua condição superior à de mera parte. Como uma pedra estruturante do todo, ele assume uma forma do mais alto gênero, uma pessoa em sentido amplo, cuja conformação uma unidade coletiva jamais pode atingir. Se o indivíduo é uma *unità chiusa in se stessa*, a pessoa é uma unidade aberta, perdendo o sentido de se falar, aprioristicamente, no predomínio do indivíduo ou do todo. A solução há de ser buscada em cada caso, de acordo com as circunstâncias e de forma compatível com critérios de valor.

Não se pode esquecer, porém, de um grupo de autores minoritários que negam a dignidade humana, dentre os quais se destaca Lévi-Strauss. Para ele, após os horrores da segunda grande guerra, há que se suprimir a idéia de superioridade do homem em relação aos animais, pois a sua auto proclamada dignidade não passa de um mito, de uma ilusão da civilização.[308] Também Skinner entende que as noções de liberdade e de

---

[305] "O homem, sem qualquer apoio e sem qualquer auxílio, está condenado a cada instante, a inventar o homem. Disse Ponge num belo artigo: 'o homem é o futuro do homem'. É perfeitamente exacto. Sòmente, se se entende por isso que tal futuro está inscrito no céu, que Deus o vê, nesse caso é um erro, até porque nem isso seria um futuro. Mas se se entender por isso que, seja qual for o homem, tem um futuro a criar, um futuro virgem que o espera, então essa frase está certa. Mas em tal caso o homem está desamparado" (SARTRE, Jean-Paul. O existencialismo é um humanismo. Trad. de Vergílio Ferreira. 2ª edição. Lisboa: Editorial Presença, 1965, pp. 254-255).

[306] Conforme REALE, Miguel. Filosofia do Direito. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 278.

[307] Assim se expressa REALE, Miguel. Filosofia do Direito. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 278.

[308] Ver LÉVI-STRAUSS, Claude. *Anthropologie structurale*. Paris: Plon, 1973, tomo II, p. 53.

dignidade são ilusórias, construídas pela mente mas sem existência.[309] Com igual ênfase, asseveram certos biologistas, tais como Wilson e Bateson, que o indivíduo é uma simples combinação evanescente de gens, cujo fim único é manutenção da espécie.[310]

Não obstante, como a esmagadora maioria de autores aponta e os textos jurídicos, nacionais e internacionais, reforçam, há uma dignidade inerente à pessoa humana, que se constitui num *minimun* que nem o Estado, nem qualquer outra instituição, pode ultrapassar.[311] A pessoa humana, enquanto valor e princípio, há de prevalecer, sempre, sobre qualquer outro valor ou princípio.[312]

Mas como fundamentar de modo absoluto a dignidade humana no próprio homem, por definição limitado, contingente e finito? Trata-se de problema em aberto, já que se mantém a crença na dignidade humana e se exige a sua observância em declarações e tratados internacionais.[313]

Ademais, a visão dualista da pessoa proporciona uma ruptura acentuada entre a razão e o corpo, que se converte em objeto exterior sobre o qual é possível o exercício de atos de domínio análogos aos que incidem sobre coisas materiais.[314] Extraindo dessa concepção todas as suas possíveis conseqüências, alguns autores chegam a distinguir as pessoas em sentido estrito e a vida biológica humana. Somente às pessoas em sentido estrito se reconhece as características de autoconsciência, racionalidade, liberdade e capacidade ética, razão pela qual apenas estas são dotadas de autonomia e dignas de mútuo respeito.[315]

---

[309] Assim em SKINNER, B. F. Para além da liberdade e da dignidade. Lisboa: Edições 70, 1999.

[310] A respeito, ver WIDMER, Charles. *Droits de l'homme et sciences de l'homme. Pour une éthique anthropologique*. Genève: Librairie Droz, 1992, p. 154.

[311] Assim se pronunciam FARIAS, Edilsom Pereira de. Colisão de Direitos. A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996; e REALE, Miguel. Filosofia do Direito. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

[312] Em sentido contrário: ALEXY, Robert. Teoria de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 117; FARIAS, Edilsom Pereira de. Colisão de Direitos. A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996, p. 47. Porém, os dois autores, ao final, terminam por aceitar a prevalência do princípio da dignidade da pessoa humana sobre os demais.

[313] Veja-se, por todas, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela resolução n.º 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948 e assinada pelo Brasil na mesma data, cujo preâmbulo reconhece "a dignidade inerente a todos os membros da família humana" e o artigo I estabelece que "todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos".

[314] Conforme ANDORNO, Roberto. Bioética y dignidad de la persona. Madrid: Editorial Tecnos, 1998, p. 67.

[315] "Nem todas as pessoas precisam ser humanas. O que distingue as pessoas é sua capacidade de autoconsciência, racionalidade e preocupação com o merecimento de acusação e elogio. A possibilidade de tais entidades serve de base para a possibilidade da comunidade moral. Oferece-nos um modo de refletir sobre a

Por conseguinte, a mera vida biológica humana, desprovida de dignidade e de direitos, receberá tratamento diverso daquele reservado às pessoas. A sua proteção será limitada a um simples dever de beneficência, se forem capazes de sentir dor e na medida em que constituam seres importantes para pessoas em sentido estrito.[316]

Semelhante concepção contradiz a própria idéia de dignidade humana, já que implica na possibilidade de alguém decidir a respeito da caracterização de outrem como pessoa ou como mera vida biológica humana. Apenas o fato de pertencer à espécie humana já determina o *status* de pessoa e a adoção de critérios outros converteria certos indivíduos em juizes de outros, suprimindo pela raiz a noção de dignidade humana.[317]

Como celebra D. Pedro Casaldáliga,

> Nascemos, fazemos o amor, geramos: somos pessoas!
> Choramos, rimos, trabalhamos: somos pessoas!
> Pensamos, falamos, amamos: somos pessoas!
> Sonhamos, lutamos, conquistamos: somos pessoas!
> Vivemos, morremos, ressuscitamos: somos pessoas![318]

As implicações potenciais do princípio são múltiplas e suscetíveis de evolução, em razão do próprio conteúdo do valor dignidade.[319]

---

propriedade e impropriedade das ações, e sobre o valor ou não dos atores. Por outro lado, nem todos os seres humanos são autoconscientes, racionais e capazes de conceber a possibilidade de acusar e elogiar. Os fetos, os bebês, os deficientes mentais e aqueles que se encontram em coma, sem possibilidade de recuperação, são humanos, mas não pessoas. São membros da espécie humana, mas não desfrutam, por si mesmos, uma posição na comunidade moral secular" (ENGELHARDT JR., H. Tristram. Fundamentos da bioética. Trad. de José A. Ceschin. São Paulo: Loyola, 1998, p. 174).

[316] "O valor dos zigotos, embriões e fetos precisa ser entendido principalmente em termos do valor que têm para as pessoas reais [...] O nível de obrigações que temos com o feto - *ceteris paribus* em moralidade secular geral - é o mesmo que teríamos em relação a um animal com um nível semelhante de integração e percepção motora sensorial [...] Como conseqüência, nossas obrigações morais seculares gerais são simplesmente de garantir que o bem perseguido, como evitar o nascimento de uma criança com síndrome de Down, tem maior peso que o mal da dor causada ao organismo animal que vai ser morto" (ENGELHARDT JR., H. Tristram. Fundamentos da bioética. Trad. de José A. Ceschin. São Paulo: Loyola, 1998, pp. 181-182).

[317] "O valor da pessoa humana que informa todo o ordenamento estende-se, pelo caminho da similitude, a todos os seres humanos, sejam nascidos, ou desenvolvendo-se no útero, ou mantidos em laboratório, e o reconhecimento desse valor dita os limites jurídicos para as atividades biomédicas. A maior ou menor viabilidade em se caracterizarem uns e outros como sujeito de direitos não implica diversificá-los na vida que representam e na dignidade que lhes é essencial. Reconhecer esse dado significa respeitar o ser humano em si mesmo, durante todo o seu desenvolvimento, e para além dele próprio, nos seus semelhantes" (MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. A vida embrionária e sua proteção jurídica. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 224).

[318] CASALDÁLIGA, Pedro. Artigo sexto. **In:** ALENCAR, Chico (org.). Direitos mais humanos. Rio de Janeiro: Garamond, 1998, p. 86.

O significado mais imediato que se lhe atribui refere a dignidade do ser humano enquanto tal, ou seja, a "dignidade inerente a todos os integrantes da família humana", dotados de "razão e consciência",[320] o que exclui a possibilidade de todo tratamento físico, moral ou mentalmente degradante. Assim entendida, a dignidade se insere em linha jusnaturalista, cujas correntes são várias e as origens longínquas.[321]

Naquilo que aqui interessa, o princípio se opõe a tratamentos desumanos ou degradantes, ocorrentes em muitas das situações concretas enfrentadas pela jurisprudência e legislação concernentes à aids.

A dignidade está na base do estatuto jurídico dos indivíduos e confere unidade de sentido ao conjunto de direitos fundamentais que lhes correspondem.[322] Constitui, portanto, "*un* prius *logique et ontologique indispensable à l'existence des autres droits, sans lequel ces derniers ne sauraient se concevoir*",[323] razão pela qual deve ser interpretado como concernente a todos e a cada um dos seres humanos, sem discriminações de qualquer natureza.

Sendo cada homem um fim em si mesmo e estabelecendo o texto constitucional que a dignidade da pessoa humana é fundamento da República Federativa do Brasil, importa concluir que o Estado existe em função de todas as pessoas e não estas em função do Estado. Aliás, para reforçar essa idéia, topograficamente, foi anteposto o capítulo dos direitos fundamentais ao da organização do Estado.

Assim, toda e qualquer ação estatal deve ser avaliada, sob pena de inconstitucionalidade e de violação à dignidade da pessoa humana, sob o prisma de ser cada pessoa tomada como fim em si mesma e não como instrumento para consecução de outros objetivos. Isso não significa, porém, que em todo conflito entre o indivíduo e o Estado, sempre seja o indivíduo privilegiado. Dentro da concepção personalista, há

---

[319] MODERNE, Franck. *La dignité de la personne comme principe constitutionnel dans les constitutions portugaise et française*. **In**: MIRANDA, Jorge (org.). Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, vol. I, p. 211.

[320] Preâmbulo e art. I, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela Resolução n.º 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948 e assinada pelo Brasil na mesma data.

[321] Nesse sentido, PÉREZ, J. González. *La dignidad de la persona*. Madrid: Civitas, 1986, p. 86; MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 1988, tomo IV, p. 169.

[322] Conforme ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. Coimbra: Coimbra Editora, 1987, p. 101.

[323] Em tradução livre: "um *prius* lógico e ontológico indispensável à existência de outros direitos, sem o qual estes últimos não seriam concebíveis" (MODERNE, Franck. *La dignité de la personne comme principe*

que se buscar a compatibilidade entre os valores individuais e coletivos, inexistindo, *a priori*, predomínio do indivíduo ou do coletivo. A solução será buscada em cada caso, de acordo com as circunstâncias, solução que pode resultar tanto na mútua equivalência, como, também, na preeminência de um ou outro valor.

A pessoa, como valor último e supremo da democracia, é quem a dimensiona e humaniza. O Tribunal Constitucional espanhol, ao precisar o significado da primazia da dignidade da pessoa humana (art. 10.1 da Constituição espanhola), sublinhou que a dignidade há de permanecer inalterável, qualquer que seja a situação em que a pessoa se encontre, constituindo, em conseqüência, um *mininum* invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar.[324]

A dignidade da pessoa humana possui duas dimensões que lhe são constitutivas: uma negativa, consistente na vedação de ser a pessoa objeto de ofensas ou humilhações,[325] e outra positiva, a qual presume o pleno desenvolvimento de cada pessoa, supondo, de um lado, o reconhecimento da total autodisponibilidade, sem interferências ou impedimentos externos, das possibilidades de atuação próprias de cada homem e, de outro, a autodeterminação que surge da livre projeção histórica da razão humana, antes que uma predeterminação dada pela natureza.[326]

Vimos que a proclamação do valor distinto da pessoa humana teve como conseqüência lógica a afirmação de direitos específicos de cada homem. A dignidade da pessoa humana é, por conseguinte, o núcleo essencial dos direitos fundamentais.[327] Trata-se da sua fonte ética, que confere unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema dos direitos fundamentais.[328]

---

constitutionnel dans les constitutions portugaise et française. **In**: MIRANDA, Jorge (org.). Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, vol. I, p. 213).

[324] Decisão referida por PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. 3ª edição. Madrid: Tecnos, 1990, p. 318.

[325] Daí o nosso texto constitucional dispor, coerentemente, que "*ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante*" (art. 5°, inciso III). Com efeito, "*a dignidade pressupõe a autonomia vital da pessoa, a sua autodeterminação relativamente ao Estado, às demais entidades públicas e às outras pessoas*" (MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. 3ª edição. Coimbra: Ed. Coimbra, 1991, tomo IV, pp. 168-169).

[326] Conforme CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 363.

[327] Assim PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. 3ª ed. Madrid: Tecnos, 1990, p. 318.

[328] MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. 3ª edição. Coimbra: Ed. Coimbra, 1991, tomo IV, pp. 166-167. Em suma, "*los derechos fundamentales son la expresión más inmediata de la dignidade humana*" (SEGADO, Francisco Fernandez. *Teoria jurídica de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978 y en su interpretación por el Tribunal Constitucional*. **Revista de Informação Legislativa,** Brasília, ano 31, n.°121, jan./mar. 1994, p. 77).

Daí se falar na centralidade dos direitos fundamentais dentro do sistema constitucional, pois se apresentam não apenas com caráter subjetivo, mas também cumprem funções estruturais, como *conditio sine qua non* do Estado democrático.[329]

[329] SEGADO, Francisco Fernandez. *Teoria jurídica de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978 y en su interpretación por el Tribunal Constitucional.* **Revista de Informação Legislativa,** Brasília, ano 31, n.°121, jan./mar. 1994, p. 77.

CAPÍTULO III
DIREITOS NA MODERNIDADE [330]

1. O recomeço da igualdade

Idéia bastante antiga, a igualdade não é produto da modernidade, a qual, se não lhe atribuiu vida, deu-lhe um novo caráter. Na moldura do constitucionalismo moderno, cujos pontos de partida têm sido considerados as constituições norte-americana de 1787 e francesa de 1793,[331] a igualdade recebe novos contornos ao ser erigida em princípio jurídico.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, oriunda da Revolução Francesa, é usualmente tomada como a origem moderna do princípio, ao enunciar que todos os homens "nascem livres e iguais em direitos",[332] que se expressará formal e definitivamente na Constituição Francesa de 1793.[333]

Poucos anos antes, do outro lado do Atlântico, o *Bill of Rights* da Virgínia, de 12 de junho de 1776, e a Constituição do Estado da Carolina do Norte, de 18 de

---

[330] O presente trabalho faz diversas referências a períodos históricos percorridos pela civilização judaico-cristã ocidental. Como antigüidade, é identificada a grande síntese cultural pagã e filosófica estabelecida ao redor do Mar Mediterrâneo, compreensiva principalmente das fontes gregas e romanas e que se estende da gênese da filosofia entre os gregos, por volta do século VI a.C., até 529 d.C., ano em que o imperador romano Justiniano ordena o fechamento das escolas pagãs e a dispersão de seus seguidores. Inicia-se, a partir dessa época, a Idade Média, entendida como o milênio que parte do fim do Império Romano do Ocidente, ocorrido em 476, e se encerra com a queda de Constantinopla, em 28 de maio de 1453. Com o Renascimento e a Reforma, principia a modernidade, por volta do século XVI, e se desenvolve, assumindo vários contornos, até a época atual. Como a modernidade abarca fases distintas, mas preserva um eixo comum em todas as suas etapas, será tratada em consonância com as suas linhas mais expressivas, denotativas de um projeto único (ver, a respeito, CLOUGH, Shepard B. e RAPP, Richard T. *Storia economica d'Europa*. Trad. de Franco Salvatorelli. Roma: Editori Riuniti, 1989; REALE, Giovanni e ANTISERI, Dario. História da filosofia. 3ª ed. São Paulo: Paulus, 1990). Talvez o iluminismo tenha sido o ponto culminante da modernidade, onde se proclamou a centralidade da razão. Essa proclamação buscava tornar o passado constrangedor e o futuro libertador (Kant, Immanuel. *Foundations of the metaphysics of morals*. Trad. de L. W. Beck. Indianápolis: Bobbs-Merrill, 1976, pp. 85 e segs.). Assim, a modernidade será reconhecida pela ambição em garantir, por meio da razão, a essência ética judaico-cristã, juntamente com a sua narrativa fundada em sólidos argumentos racionais. De outro lado, autores há que se utilizam da expressão pós-modernidade para indicar o período atual, caracterizado pelo rápido crescimento das tecnologias do conhecimento, pela perda das grandes narrativas universais capazes de interpretar a experiência humana em sua totalidade e pela incapacidade de justificar ou revelar a essência de tais narrativas (assim LYOTARD, Jean-François. *The postmodern condition*. Trad. de G. Bennington e B. Massumi. Manchester: Manchester University Press, 1984). Apesar da expressividade do termo, prefere-se manter o uso apenas de modernidade para o mundo contemporâneo, com a idéia de que se vive um momento de transição paradigmática, semi-cega e semi-consciente, mas que ainda não revelou seus reais contornos (conferir em SANTOS, Boaventura de Sousa. A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência. São Paulo: Cortez, 2000).

[331] ALBUQUERQUE, Martim de. Da igualdade: introdução à jurisprudência. Coimbra: Almedina, 1993, p. 45.

[332] Art. 1°, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. **In**: MIRANDA, Jorge (org.). Textos históricos do direito constitucional. Lisboa: Imprensa Nacional/Casa da Moeda, 1980, p. 57.

dezembro de 1776, já declaravam a igualdade natural entre todos os homens, sem que pudessem ser admitidos privilégios exclusivos.[334]

Mais do que fixar a primazia histórica de um ou de outro enunciado do princípio jurídico da igualdade, importa referir as possíveis relações entre os textos norte-americanos e o francês, frutos da mesma época. Sem percorrer polêmicas que se tornaram clássicas,[335] deve ser destacado que ambos pertencem a uma só estirpe, o que não obsta o reconhecimento das peculiaridades de cada qual.

Partem os movimentos revolucionários francês e norte-americano de conjunturas diversas. Se o primeiro propõe a destruição e a substituição do sistema político vigente e da ordem social estabelecida, o segundo almeja a libertação do jugo colonial, através da guerra para a independência, mas com vistas à instauração de regime político construído à imagem e à semelhança da pátria de origem.[336]

Coincidem, porém, na preocupação em fazer preceder a constituição de uma declaração de direitos, herdeiras que são da tradição jusnaturalista,[337] do individualismo[338] e do contratualismo.[339] Ao tempo em que as pessoas eram reconhecidas como integrantes de grupos sociais, como a família ou o clã, não eram

---

[333] Conforme NEVES, Castanheira. O instituto dos "assentos" e a função jurídica dos supremos tribunais. Coimbra: s/ed., 1983, pp. 118-119, com indicação bibliográfica ampla.

[334] "No *Bill of Rights* da Virgínia, aprovado, separadamente da Constituição, em 12 de junho de 1776, reconhece-se que 'todos os homens são por natureza igualmente livres e independentes e têm certos direitos inerentes, dos quais ao entrarem em sociedade não podem, por qualquer forma, privar ou desinvestir a sua posterioridade', e na Constituição do Estado da Carolina do Norte nega-se a qualquer homem ou grupo de homens direito a privilégios distintos ou exclusivos, embora se abra ressalva 'em consideração de serviços feitos ao público'" (ALBUQUERQUE, Martim de. Da igualdade: introdução à jurisprudência. Coimbra: Almedina, 1993, p. 46).

[335] "O debate foi particularmente intenso no final do século passado, quando Jellinek - numa conhecida obra publicada em 1896 - negou, através de um exame ponto por ponto, a originalidade da Declaração francesa, provocando vivas réplicas dos que defendiam que a semelhança se devia à inspiração comum; estes, além disso, alegavam que a inspiração direta era improvável, tendo em vista o escasso conhecimento dos vários *Bill of Rights* americanos pelos constituintes franceses" (BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 89).

[336] Conforme BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 114.

[337] "O ponto de partida comum é a afirmação de que o homem tem direitos naturais que, enquanto naturais, são anteriores à instituição do poder civil e, por conseguinte, devem ser reconhecidos, respeitados e protegidos por esse poder" (BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 115).

[338] "É a antítese radical da concepção organicista, segundo a qual - para repetir uma afirmação de Aristóteles que será retomada por Hegel - o todo (a sociedade) é anterior às suas partes. Invertendo essa relação entre o todo e as partes, a concepção individualista da sociedade e da história afirma que primeiro vem o indivíduo, não o indivíduo para a sociedade" (BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, pp. 118-119).

[339] "*El contractualismo influirá notoriamente en la forma de concebir los derechos, situándolos por encima de las decisiones del legislador, y, también, en el valor de las declaraciones y constituciones que igualmente, no podrán ser alteradas por el legislador*" (ROIG, Rafael de Asís e ROIG, Francisco Javier Ansuátegui. *Los*

consideradas livres, porque submetidas à autoridade do pai ou do chefe, nem iguais, porque sujeitas à hierarquia das relações. Apenas com a formulação da hipótese de um estado primitivo, anterior ao estado civil, em que prevaleciam leis naturais, não fundadas na autoridade externa, é que se pôde sustentar o princípio de que os homens nascem livres e iguais, em contraste com a história e com a realidade vivenciada.[340]

Tem-se como certo, ainda, que a experiência norte-americana representou influência decisiva na elaboração do texto francês. Não por acaso, foi um dos heróis da independência norte-americana, Laffayette, quem apresentou o primeiro projeto para a declaração de direitos francesa, com apoio em indicações e conselhos de Thomas Jefferson, embaixador dos Estados Unidos em Paris à época.[341]

De qualquer sorte, a igualdade se transforma em princípio jurídico e será através da declaração francesa que irá exercer decisiva influência nos séculos seguintes, seja para seu enaltecimento e defesa, seja para sofrer a objeção e o desprezo por parte de vários autores.[342]

1.1 Igualdade para os modernos

A inserção do princípio da igualdade nas declarações de direitos e nos textos constitucionais responde ao movimento de idéias então dominante. O ideal de garantir a universalidade das reivindicações por meio da igualdade de direitos tem suas raízes no projeto iluminista, que pretendeu estabelecer princípios universais a partir da racionalidade, para além de qualquer concepção religiosa ou cultural particular. O presente trabalho toma como ponto de partida a frustração desse projeto e se concentra nas implicações daí decorrentes para o tratamento jurídico da igualdade e da diferença.

---

derechos humanos en las colonias de Norteamerica. **In**: MARTINEZ, Gregorio Peces-Barba e GARCIA, Eusebio Fernandez (org.). *Historia de los derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson, 1998, p. 845).

[340] Nesse sentido, ver BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 118.

[341] Conforme GAUCHET, Marcel. Direitos do homem. **In**: FURET, François e OZOUF, Mona (org.). Dicionário crítico da Revolução Francesa. Trad. de Henrique Mesquita. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, p. 680; BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 114.

[342] "Foram os princípios de 1789 que constituíram, durante um século ou mais, a fonte ininterrupta de inspiração ideal para os povos que lutavam por sua liberdade e, ao mesmo tempo, o principal objeto de irrisão e desprezo por parte dos reacionários de todos os credos e facções" (BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 129).

É Hobbes o primeiro pensador moderno a reconhecer uma igualdade natural entre os homens, cuja admissão é indispensável para a obtenção da paz.

> A natureza fez os homens tão iguais, quanto às faculdades do corpo e do espírito que, embora por vezes se encontre um homem manifestamente mais forte de corpo, ou de espírito mais vivo do que outro, mesmo assim, quando se considera tudo isto em conjunto, a diferença entre um e outro homem não é suficientemente considerável para que qualquer um possa com base nela reclamar qualquer benefício a que outro não possa também aspirar, tal como ele. Porque quanto à força corporal o mais fraco tem força suficiente para matar o mais forte, quer por secreta maquinação, quer aliando-se com outros que se encontrem ameaçados pelo mesmo perigo. [... Dados o] constante temor e perigo de morte violenta [...] a vida do homem é solitária, pobre, sórdida, embrutecida e curta.[343]

A igualdade, para esse autor, se baseia na auto-preservação, na busca do que é necessário e cômodo para a preservação da vida. Apesar de estremecer as bases do pensamento antigo e medieval, ao reconhecer a igualdade natural entre os homens, não admite a igualdade no âmbito da sociedade civil. Sustenta, isso sim, a desigualdade de direitos entre os homens, com a instauração do Estado, mediante o contrato social.

A desigualdade institucional se lhe afigura importante para a conservação da paz e da segurança entre os homens, os quais, se assim não procedessem, viveriam em permanente "guerra de todos os homens contra todos os homens".[344]

Também John Locke sustenta que no estado da natureza os homens são todos iguais, especialmente, quanto ao direito à liberdade, cujo exercício pressupõe que um não o tenha em mais larga medida do que outro. Proclama a existência de direitos naturais e inalienáveis do homem, que são conservados mesmo após a constituição do Estado, por meio do contrato social. Assim, inspira as declarações de direitos e o estabelecimento de limites ao poder estatal.[345] As leis, para ele, devem ser igualmente impostas a todos os cidadãos.[346]

---

[343] HOBBES, Thomas. Leviatã, ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil. Trad. de João Paulo Monteiro e de Maria Beatriz Nizza da Silva. 4ª edição. São Paulo: Nova Cultural, 1988, pp. 74 e 76.

[344] HOBBES, Thomas. Leviatã, ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil. Trad. de João Paulo Monteiro e de Maria Beatriz Nizza da Silva. 4ª edição. São Paulo: Nova Cultural, 1988, p. 77.

[345] Conforme LAFER, Celso. *La reconstrucción de los derechos humanos*. Un diálogo com el pensamiento de Hannah Arendt. Trad. de Stella Mastrangelo. México, D. F.: Fondo de Cultura Económica, 1994, p. 141.

[346] "Parece-me que o Estado é uma sociedade de homens constituída unicamente com o fim de conservar e promover os seus bens civis. Chamo bens civis à vida, à liberdade, à integridade do corpo e à sua protecção

Fazendo avançar a idéia de Hobbes de igualdade natural, Rousseau intenta estabelecer a igualdade civil, a igualdade de todos os homens perante a lei. Essa a declarada finalidade da construção do *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*:

> Conclui-se dessa exposição que, sendo quase nula a desigualdade no estado de natureza, deve sua força e seu desenvolvimento a nossas faculdades e aos progressos do espírito humano, tornando-se, afinal, estável e legítima graças ao estabelecimento da propriedade e das leis. Conclui-se, ainda, que a desigualdade moral, autorizada unicamente pelo direito positivo, é contrária ao direito natural sempre que não ocorre, juntamente e na mesma proporção, com a desigualdade física - distinção que determina suficientemente o que se deve pensar, a esse respeito, sobre a espécie de desigualdade que reina entre todos os povos policiados, pois é manifestamente contra a lei da natureza, seja qual for a maneira por que a definamos, uma criança mandar num velho, um imbecil conduzir um sábio, ou um punhado de pessoas regurgitar superfluidades enquanto à multidão faminta falta o necessário.[347]

Discorda, portanto, com veemência da conhecida tese de Aristóteles sobre a escravidão e a natural desigualdade entre os homens, que já nasceriam pré-determinados para a sujeição ou para a dominação. Afirma Rousseau que não é a natureza, mas sim a força que impõe a escravidão e a fraqueza que a conserva.[348]

A igualdade universal e abstrata, inapreensível e fora de qualquer proporcionalidade, constitui o seu ideal para a vida em sociedade, a ponto de não aceitar nenhum dos tradicionais critérios para a distribuição de recompensas aos

---

contra a dor, à propriedade dos bens externos tais como as terras, o dinheiro, os móveis, etc. É dever do magistrado civil assegurar a todo o povo e a cada súbdito em particular, mediante leis impostas igualmente a todos, a boa conservação e a posse de todas as coisas que se relacionam com esta vida" (LOCKE, John. Carta sobre a tolerância. Trad. de João da Silva Gama. Lisboa: Edições 70, 1996, p. 92).

[347] ROUSSEAU, Jean-Jacques. Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens. Trad. de Lourdes Santos Machado. São Paulo: Abril Cultural, 1973, p. 288.

[348] "Aristóteles, antes de todos eles, também dissera que os homens em absoluto não são naturalmente iguais, mas nascem uns destinados à escravidão e outros à dominação. Aristóteles tinha razão, mas tomava o efeito pela causa. Todo homem nascido na escravidão, nasce para ela; nada mais certo. Os escravos tudo perdem sob seus grilhões, até o desejo de escapar deles; ama o cativeiro como os companheiros de Ulisses amavam o seu embrutecimento. Se há, pois, escravos pela natureza, é porque houve escravos contra a natureza. A força fez os primeiros escravos, sua covardia os perpetuou" (ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do contrato social. Trad. de Lourdes Santos Machado. 4ª edição. São Paulo: Nova Cultural, 1987, pp. 24-25).

indivíduos, quer seja o mérito, a classe, o poder ou a riqueza.[349] As desigualdades devem, portanto, ser todas abolidas.

As palavras de Rousseau terão profundo eco entre os revolucionários franceses e influenciarão a respectiva declaração de direitos. Sem a mesma ênfase e a mesma radicalidade, outros autores trarão aportes interessantes à igualdade, por explorarem aspectos particulares do princípio.

Desse modo, ao cuidar da representação dos cidadãos, Sieyés produz apaixonada sustentação da igualdade cívica.[350] Entende como privilegiado todo aquele que pretende se subtrair à disciplina da legislação comum, invocando direitos exclusivos. Para os direitos políticos, adverte, nada interessa além das qualidades comuns aos cidadãos, devendo ser excluídos todos os privilégios.[351]

Condorcet, matemático famoso, membro destacado da Academia Francesa, simbolizava o domínio do iluminismo naquela instituição.[352] Para ele, o homem pode se aperfeiçoar indefinidamente, porque dotado de razão. Esta se constitui no motor do progresso humano, cuja marcha não é mera esperança, mas sim lei da história. Cumpre ao filósofo acelerar o passo, contribuindo para o esclarecimento e a instrução pública. Ao político, por sua vez, cabe iluminar a sociedade governada pela razão, de forma a assegurar a todos os seus direitos e lhes garantir a felicidade. As instituições só serão

---

[349] Assim aponta OZOUF, Mona. Igualdade. **In**: FURET, François e OZOUF, Mona (org.). Dicionário crítico da Revolução Francesa. Trad. de Henrique Mesquita. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, p. 680; BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 743.

[350] "O direito de fazer-se representar só pertence aos cidadãos por causa das qualidades que lhes são comuns e não devido àquelas que os diferenciam. As vantagens pelas quais os cidadãos diferem estão além do caráter do cidadão. As desigualdades de propriedade e de indústria são como as desigualdades de idade, de sexo, de tamanho, etc. Não desnaturam a igualdade cívica. Sem dúvida, essas vantagens particulares estão sob a salvaguarda da lei; mas não cabe ao legislador criar vantagens desta natureza, dar privilégios a uns e negá-los a outros" (SIEYÈS, Emmanuel Joseph. A constituinte burguesa - que é o terceiro estado? Trad. de Norma Azeredo. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1986, pp. 144-145).

[351] "Entendo por privilegiado todo homem que sai do direito comum, porque não pretende estar completamente submetido à lei comum, ou porque pretende direitos exclusivos. Uma classe privilegiada é prejudicial, não só pelo espírito de corpo, mas por sua própria existência. [...] Tudo o que sai da qualidade comum do cidadão não deverá participar dos direitos políticos. A legislação de um povo só está encarregada do interesse geral. Mas, se em lugar de uma simples distinção quase indiferente à lei, existem privilegiados pela natureza, inimigos da ordem comum, eles devem ser positivamente excluídos. Não podem ser nem eleitores, nem elegíveis" (SIEYÈS, Emmanuel Joseph. A constituinte burguesa - que é o terceiro estado? Trad. de Norma Azeredo. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1986, pp. 146-147).

[352] "Racionalizar a vida social e política mediante a elaboração de princípios científicos e mediante a aplicação da análise matemática, transformar uma sociedade de Ordens e Estados numa nação de cidadãos providos de direitos iguais diante da lei, salvar o poder monárquico por meio de uma administração esclarecida e uma deliberação pública racional, tal era o seu ideal, tal era o programa pelo qual se tinha esforçado e combatido durante o Antigo Regime" (BAKER, Keith Michael. Condorcet. **In**: FURET, François e OZOUF, Mona. Dicionário Crítico da Revolução Francesa. Trad. de Henrique de Araújo Mesquita. Rio de Janeiro: Nova

úteis se garantirem os direitos do homem, exigência da liberdade. A sociedade só serve enquanto proporciona a todos os homens o gozo de seus direitos, exigência da igualdade.[353] Ao contrário da maioria de seus contemporâneos, consentia a extensão da igualdade de direitos às mulheres, contra a qual não encontrava nenhuma razão plausível.[354]

Do lado norte-americano, Thomas Jefferson procurava argumentar que a premissa da Declaração de Independência dos Estados Unidos, por ele redigida, segundo a qual "todos os homens foram criados iguais", se constituía em verdade evidente por si mesma.[355] No entanto, a própria forma utilizada para expressá-la ("*we hold these truths to be self evident*"),[356] ao iniciar com "nós consideramos..." já denunciava o caráter histórico e contingente a exigir o consenso e o acordo dos homens para organizar a comunidade política.[357]

Thomas Paine assinala a igualdade não só entre os homens, mas também entre as sucessivas gerações, para enfatizar o caráter homogêneo e a unidade do homem no curso da história e para mostrar que a igualdade se configura na mais antiga das doutrinas registradas.[358]

Fronteira, 1989, pp. 230-239, p. 230). Não previu, todavia, a convocação dos Estados-Gerais, o que frustrou-lhe todas as expectativas, sendo engolfado pelo tumulto revolucionário.

[353] Conforme BADINTER, E. et R. *Condorcet, un intellectuel en politique*. Paris: Fayard, 1988, pp. 251-252. Por outro lado, "as frustrações da carreira política de Condorcet proporcionam a melhor ilustração da crescente incompatibilidade, no interior do discurso revolucionário, entre o discurso racionalista do social, cujas raízes mergulhavam nos fisiocratas e nos teóricos escoceses, e o discurso voluntarista da vontade política, cuja principal fonte de inspiração consistia no republicanismo antigo revisto por Rousseau e na teoria da soberania absoluta. O objetivo fundamental de Condorcet era a redenção do poder mediante a razão; importava-lhe menos o ponto em que residia a vontade soberana do que sua dissolução na livre escolha de indivíduos racionais no interior de uma sociedade esclarecida" (BAKER, Keith Michael. Condorcet. **In**: FURET, François e OZOUF, Mona. Dicionário Crítico da Revolução Francesa. Trad. de Henrique de Araújo Mesquita. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1989, pp. 230-239, p. 235).

[354] "*La igualdad de los derechos establecida entre los hombres, en nuestra nueva constitución, nos ha valido elocuentes declamaciones y continuas bromas; pero, hasta ahora, nadie ha podido presentar una sola razón en contra y no ni por falta de talento ni de celo*" (CONDORCET, Marie-Jean-Antoine-Nicolas de Caritat, Marquês de. Texto de julho de 1790, sobre a admissão das mulheres ao direito de cidadania. Trad. de José María Ortiz-Ibarz. **Persona y Derecho**, Pamplona, Universidad de Navarra/Facultad de Derecho, n.º 34, 1996).

[355] "Nenhum homem tem o direito natural de atentar contra os direitos iguais de outrem, e isso é tudo que as leis devem proibi-los de fazer; e isto é tudo que as leis naturais o devem fazer cumprir; e nenhum homem, tendo direito natural de ser o juiz entre si próprio e outrem, é seu direito natural submeter-se à arbitragem de um terceiro imparcial" (JEFFERSON, Thomas. Escritos políticos. Trad. de Leônidas Gontijo de Carvalho. 2ª edição. São Paulo: abril Cultural, 1979, p. 4).

[356] Em tradução livre: "nós consideramos essas verdades evidentes por si mesmas".

[357] Ver, a respeito, LAFER, Celso. *La reconstrucción de los derechos humanos*. Un diálogo com el pensamiento de Hannah Arendt. Trad. de Stella Mastrangelo. México, D. F.: Fondo de Cultura Económica, 1994, p. 144.

[358] "O princípio iluminador e divino dos direitos iguais do homem (pois sua origem está no Artífice do homem) refere-se não apenas aos indivíduos vivos, mas às gerações de homens que se sucedem mutuamente. Cada geração é igual em direitos à geração que a precedeu, pela mesma regra que cada indivíduo nasce igual em direitos em relação a seus contemporâneos. Toda história da criação e todo relato tradicional, seja do mundo

Alexis de Tocqueville, ao comparar a transformação das sociedades francesa e norte-americana, adota uma interpretação fatalista da história, segundo a qual o mundo caminhava inevitavelmente para a democracia. Na oposição em que opera a economia de seu pensamento, o princípio da nobreza, ponto de partida obrigatório, experiência social primeira, teria sido ultrapassado pelo princípio da democracia, que é inseparavelmente governo do povo, sociedade igualitária e conforme ao espírito de seu tempo. Esse é o sentido da evolução posto em evidência pela Revolução Francesa.[359]

Tal Revolução está inscrita na inevitabilidade, dentro de um sentido histórico que só pode ser compreendido pela paixão por igualdade, pouco importando que esta igualdade não se realize concretamente. Utiliza a denominação de democracia para designar um estado social igualitário, que corresponde, por vezes, a uma sociedade em que desapareceram as barreiras de classes entre os indivíduos, definição a um só tempo maximalista (porque estabelece a igualdade como estado social real) e ingênua (igualdade como a representação que dela fazem os atores sociais). A igualdade de condições é uma das suas expressões favoritas para caracterizar a democracia, mas se trata de uma norma, nunca de uma constatação real e concreta. Trata-se de um objetivo inatingível, fugidio, mas que aguça os desejos e impele os homens a buscá-la.[360]

Assim, a sua idéia de igualdade se confunde com a de democracia, incorporando-lhe as ambigüidades e a polissemia. A igualdade é um valor social que nenhum estado social realiza, sendo justamente a distância entre os valores e os fatos, entre a sociedade e a norma, que se situa a igualdade como paixão social, uma das

---

letrado ou iletrado, embora possam variar em sua opinião ou crença sobre certas particularidades, todos concordam num ponto: a unidade do homem; com isso quero dizer que os homens são todos de um só nível e, conseqüentemente, que todos os homens nasceram iguais e com direitos naturais iguais. [...] Se isso não é de autoridade divina, ao menos é de autoridade histórica, e mostra que a igualdade do homem, longe de ser uma doutrina moderna, é a mais antiga já registrada" (PAINE, Thomas. Os direitos do homem. Trad. de Jaime Clasen. Petrópolis: Vozes, 1989, pp. 55-56).

[359] "Se as sociedades do seu tempo lhe parecem impelidas por uma espécie de fatalidade para uma crença cada vez mais geral na igualdade e para uma igualização cada vez maior das condições, as formas políticas de que essa evolução pode acompanhar-se continuam a depender das opções humanas" (FURET, François. Prefácio. **In**: TOCQUEVILLE, Alexis de. A democracia na América. Trad. de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. XVI).

[360] Afirma que "ainda não se viu uma sociedade em que as condições fossem tão iguais, que não se encontrassem nela nem ricos nem pobres; e, por conseguinte, nem amos nem servidores. A democracia não impede que essas duas classes de homens existam; mas muda seu espírito e modifica suas relações. [...] A igualdade de condições faz, do servidor e do amo, seres novos, e estabelece entre eles novas relações. Quando as condições são quase iguais, os homens mudam sem cessar de posição; há também uma classe de criados e uma classe de amos; mas não são sempre os mesmos indivíduos, nem sobretudo as mesmas famílias que as compõem; e não há mais perpetuidade, nem no mando, nem na obediência" (TOCQUEVILLE, Alexis de. A democracia na América. Trad. de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1998, tomo II, pp. 219 e 223).

características da democracia de Tocqueville. É um problema de difícil solução, que deverá ser gerido em limites compatíveis com a liberdade.

A igualdade atua para igualar as condições. Mas Tocqueville nunca deixou de ser um aristocrata e não interiorizou a igualdade como valor. Apenas constata o fato de que ela se tornou legítima nas sociedades modernas, procurando avaliar isso. Ao estudar a igualdade não como uma situação, mas como um princípio, tenta compreendê-la não pelas suas causas, mas pelas suas conseqüências e desdobramentos, especialmente como um promessa aberta para os países ocidentais.

1.2 Críticas à igualdade dos modernos

Transposta a idéia de igualdade para o Estado e apresentada sob a forma jurídica, tanto os revolucionários quanto os principais intérpretes que lhe foram posteriores compreenderam que a idéia de natureza humana em que se apoiavam resultava insuficiente, por ser excessivamente individual, egoísta e incapaz de justificar uma ordem universal.[361]

A liberdade revolucionária passa a ser vista como puro espontaneísmo, ao passo que a igualdade é tomada como a garantia contra as ameaças à autonomia, traduzindo ambas o ideal de independência. Para construir uma sociedade, julgavam necessário acrescentar um mínimo de solidariedade, que não chegasse a pôr em perigo o egoísmo de cada indivíduo. Assim, liberdade, igualdade e fraternidade se converteram em liberdade, igualdade e constitucionalismo. "A menoridade tem dessas coisas: todos os começos são imperfeitos".[362]

As reações mais intensas às concepções da igualdade no princípio da modernidade foram tanto conservadoras e católicas quanto socialistas, como a seguir se verá em sumária referência.

A reação conservadora

---

[361] Conforme ORTÍZ-IBARZ, José María. *Libertad, igualdad, constitucionalismo*. **Persona y Derecho**, Pamplona, Universidad de Navarra/Facultad de Derecho, n.º 34, 1996, pp. 99-130, p. 128.

[362] Conforme ORTÍZ-IBARZ, José María. *Libertad, igualdad, constitucionalismo*. **Persona y Derecho**, Pamplona, Universidad de Navarra/Facultad de Derecho, n.º 34, 1996, pp. 99-130, pp. 129-130.

Mais do que um posicionamento circunstancial, o conservadorismo[363] se revela em estruturas mentais bastante consistentes construídas pelo poder arbitrário. São concepções de mundo assentadas na desigualdade, na imutabilidade humana e na vontade idealizada; elaborações culturais socialmente determinadas, dogmáticas e previsíveis.

A atitude conservadora normalmente é considerada de forma isolada, dando a impressão de não integrar uma doutrina ou um sistema bem integrado, o que pode ser desmentido por uma abordagem histórica.

No século XVIII, o iluminismo apontava o catolicismo como a base da doutrina conservadora. Mais precisamente, a doutrina católica tem dado origem a posições tradicionalistas, baseada nos costumes e na crença do poder sobrenatural, que prescreve verdades eternas e absolutas. Assim pensa Joseph de Maistre, ancorado em dogmas e convicto de que o mal da modernidade reside na idéia de constante inovação, como se fosse possível surgir algo novo e bom.[364] Para ele, o homem é sempre igual.

Na mesma linha, Visconde de Bonald reafirma a importância da religião como fundamento do poder. Acreditando na supremacia da religião e do poder, apregoa o caráter natural da desigualdade, dada a necessidade de dominação de um homem sobre os demais, sob pena de destruição da sociedade.[365]

É possível perceber duas linhas conservadoras. A primeira, denominada de natural ou tradicionalista tem caráter mais universalista e reage contra a inovação devido ao formalismo mental, pois admite apenas as velhas maneiras de viver, nascidas do hábito, em processo inconsciente. Já o conservadorismo moderno, mais particularista, resulta das condições históricas e sociais, considerado como a conscientização do tradicionalismo.[366]

---

[363] "O conservadorismo é uma atitude baseada em doutrinas, que exprimem concepções de mundo, pertencentes a grupos da sociedade" (VIEIRA, Evaldo. Poder político e resistência cultural. Campinas (SP): Autores Associados, 1998, p. 29).

[364] Conforme VIEIRA, Evaldo. Poder político e resistência cultural. Campinas (SP): Autores Associados, 1998, p. 31.

[365] Em tradução livre: "onde todos os homens consentem em dominar com vontades iguais e forças desiguais, é necessário que um homem domine ou que todos se destruam" (BONALD, Louis de (Visconde). *Théorie du pouvoir politique et religieux*. Paris: U.G.E., 1966, p. 49).

[366] Ver, a respeito, MANNHEIM, Karl. O pensamento conservador. **In**: MARTINS, José de Souza (org.). Introdução crítica à Sociologia Rural. São Paulo: Hucitec, 1981, pp. 77-131.

Para o conservador, a política recebe os influxos da religião e da ética. Nada de igualdade e de uniformidade, pois é a variedade e o enigma da vida que prevalecem. Aceita a existência de ordens e de classes e o princípio da autoridade, indispensável à vida social. Para o conservadorismo, a única e verdadeira igualdade é a igualdade moral.

Faz-se a distinção entre mudança e reforma, para se admitir apenas a mudança, lenta e gradual, sob a orientação divina, em que se substituem apenas elementos individuais e particularidades. O importante é o imediato e o real, abolida toda a abstração e a generalização sistemática do pensamento.

Edmund Burke, escritor e político inglês, é considerado o iniciador e maior representante do conservadorismo moderno. Combateu o poder arbitrário e legou ao liberalismo principalmente a idéia de que a liberdade não significa inovação, mas tradição a ser conservada. Como Locke, reconhece os direitos do homem, devido a sua natureza sagrada, mas não compartilha do caráter metafísico como são eles apresentados.

Sobre a Revolução Francesa, manifesta acerbas críticas, por não a considerar transformadora, mas aniquiladora de um sistema de liberdades e de direitos concretos e imperfeitos em favor de conquistas teóricas e dogmáticas, perfeitas e inexistentes.[367] Propugna abertamente a desigualdade, por entender necessária a existência de diferentes classes sociais. Para ele, os maiores legisladores da antigüidade demonstraram grande talento ao procederem a classificação dos cidadãos, ao passo que os franceses revolucionários revelaram a sua inferioridade.[368]

---

[367] "Considerando-se bem as circunstâncias, a Revolução Francesa é a mais extraordinária que o mundo já viu. Os resultados mais surpreendentes se deram e, em mais de um caso, produzidos pelos meios mais ridículos e absurdos, da maneira mais ridícula, e, aparentemente, pelos mais vis instrumentos. Tudo parece fora do normal neste estranho caos de leviandade e ferocidade, onde todos os crimes aparecem ao lado de todas as loucuras. Diante do espetáculo desta monstruosa tragicomédia, os mais opostos sentimentos se sucedem em nós e, algumas vezes, se confundem. Nós passamos do desprezo à indignação, do riso às lágrimas, da arrogância ao horror" (BURKE, Edmund. Reflexões sobre a revolução em França. Trad. de Renato de Assumpção Faria *et alli.* Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1982, p. 52).

[368] "É nesse aspecto que os legisladores franceses mostraram sua inferioridade e caíram mais abaixo do seu próprio nada. Esse primeiros legisladores [antigos] tinham respeito pelas diferentes espécies de cidadãos e procuravam juntá-los numa mesma república, enquanto que os outros, metafísicos e alquimistas de legislação, tomaram uma direção totalmente oposta. Procuravam reunir, na medida em que estava em seu poder, todas as classes de cidadãos em uma mesma massa homogênea, tendo após dividido esse amálgama em um grande número de repúblicas incoerentes. Reduziram os homens à mera condição de números em uma conta, sem conceder-lhes a importância decorrente dos lugares que ocupam" (BURKE, Edmund. Reflexões sobre a revolução em França. Trad. de Renato de Assumpção Faria *et alli.* Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1982, p. 178).

A compor a união dos ideais liberais com o pensamento tradicionalista, John Adams se tornou pioneiro do conservadorismo nos Estados Unidos. Intenta demonstrar o que há de visionário nas teorias políticas dos franceses e afirma que a liberdade somente será alcançada e mantida por obra de homens sensatos, que vejam a humanidade de modo realista, como ela de fato é.

Ademais, reconhece desigualdades naturais inalteráveis, como em relação às riquezas e ao nascimento. Há uma natural aristocracia entre os homens, que não pode ser desconsiderada na constituição do governo.[369] A natureza, portanto, impõe a desigualdade, as diferenças de poderes e de faculdades, muito embora os homens nasçam iguais e vivam na mesma moral, oriunda de Deus. Não faz uma apologia da aristocracia, mas constata a sua presença ao notar que se processa sempre a substituição de uma aristocracia por outra, sem que se opere o seu desaparecimento.

A reação católica

A princípio, o catolicismo repudiou a Revolução Francesa e as declarações de direitos, tomando-as como dotadas de caráter exclusivamente laico, burguês e liberal e, dessa forma, se posicionando contra as origens do pensamento moderno. Nesse rumo, o Concílio Vaticano I, ocorrido entre 1869 e 1870, e o Papa Pio IX, no 10º parágrafo do *Syllabus*,[370] de 8 de dezembro de 1864, condenaram formalmente todos os artigos

---

[369] Cumpre reconhecer que "há desigualdades que Deus e a natureza ali plantaram e que nenhum legislador humano jamais poderá desarraigar. [...] Estas fontes de desigualdades, comuns a toda gente, não podem ser alteradas porque se fundam na constituição da natureza; discorreu-se sobre esta aristocracia natural entre os homens porque é fato essencial a ser considerado na instituição de um governo. Forma um organismo de homens que contém o maior acervo de virtudes e habilidades num governo livre, é o ornamento e a glória mais brilhantes de uma nação" (ADAMS, John. Escritos políticos. São Paulo: Ibrasa, 1964, pp. 126-127).

[370] "*§ X. Errores relativos al liberalismo de nuestros días: LXXVII. En esta nuestra edad no conviene ya que la Religión católica sea tenida como la única religión del Estado, con exclusión de otros cualesquiera cultos (Alocución Nemo vestrum, 26 julio 1855). LXXVIII. De aquí que laudablemente se ha establecido por la ley en algunos países católicos, que a los extranjeros que vayan allí, les sea lícito tener público ejercicio del culto propio de cada uno (Alocución Acerbissimum, 27 septiembre 1852). LXXIX. Es sin duda falso que la libertad civil de cualquiera culto, y lo mismo la amplia facultad concedida a todos de manifestar abiertamente y en público cualesquiera opiniones y pensamientos, conduzca a corromper más fácilmente las costumbres y los ánimos, y a propagar la peste del indiferentismo (Alocución Nunquam fore, 15 diciembre 1856). LXXX. El Romano Pontífice puede y debe reconciliarse y transigir con el progreso, con el liberalismo y con la moderna civilización (Alocución Jamdudum, 18 marzo 1861)*" (Extraído de LUDEÑA, R. (org.). *Colección de las alocuciones consistoriales, encíclicas y demas letras apostólicas, citadas en la Encíclica y el Syllabus del 8 de diciembre de 1864, con la traducción castellana hecha directamente del latín.* Madrid: Imprenta de Tejado, 1865, páginas 3-52).

da declaração francesa, ao considerá-los nocivos à religiosidade e à sociedade em geral.[371]

A prevalência dos ideais racionalistas, secularizantes e relativistas incomodaram profundamente a antropologia cristã, que pretendia harmonizar a razão natural e a fé. Os direitos, assim, traziam vícios em sua origem, que comprometiam a sua realização prática e acarretavam perniciosas conseqüências sociais, econômicas e políticas.[372]

O aprofundamento das desigualdades sociais e as crises da primeira revolução industrial induzem a alteração das posições oficiais, sendo amenizadas as críticas e abertas linhas de aproximação entre a Igreja Católica e os direitos. Mais tarde, a Doutrina Social assume abertamente a defesa da dignidade da pessoa humana e anuncia as chamadas encíclicas sociais,[373] que incorporam a noção de direitos universais, invioláveis e inalienáveis.

A reação socialista

Os socialistas entreviram, por trás da proclamação igualitária da Revolução Francesa, a desigualdade real, a contradição entre os fatos e os valores defendidos. A igualdade não passaria de uma mentira ideológica, porque só beneficiava uma parte da sociedade e não da maioria, como anunciava.

Segundo Karl Marx, o homem, tantas vezes citado nas declarações de direitos emanadas das revoluções liberais, não seria o ser humano universalmente considerado, mas sim o cidadão burguês, egoísta e apartado dos outros e da comunidade.[374] Impera, na sociedade, a desigualdade material, apesar dos discursos inflamados em favor da igualdade.

> O Estado anula, a seu modo, as diferenças de nascimento, de *status* social, de cultura e de ocupação, ao declarar o nascimento, o *status* social, a cultura e a ocupação do homem como diferenças não políticas, ao proclamar todo membro do povo, sem atender a estas diferenças,

---

[371] Conforme CUNHA, Paulo Ferreira da. Teoria da Constituição. Lisboa: Verbo, 2000, tomo II, p. 131.
[372] Ver, a respeito, ALVES, Cleber Francisco. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: o enfoque da doutrina social da Igreja. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 26.
[373] Podem ser citadas a *Rerum Novarum*, de Leão XIII, publicada em 1891, a *Quadragesimo Anno*, de Pio XI, em 1931, e a *Pacem in Terris*, de João XXIII, em 1963.
[374] Conforme MARX, Karl. A questão judaica. 2ª edição. São Paulo: Moraes, 1991, p. 41.

> co-participante da soberania popular em base de igualdade, ao abordar todos os elementos da vida real do povo do ponto de vista do Estado. Contudo, o Estado deixa que a propriedade privada, a cultura e a ocupação 'atuem a seu modo', isto é, como propriedade privada, como cultura e como ocupação, e façam valer sua natureza 'especial'. Longe de acabar com estas diferenças de fato, o Estado só existe sobre tais premissas. [...] Todas as premissas desta vida egoísta permanecem de pé 'à margem' da esfera estatal, na 'sociedade civil', porém, como qualidade desta. [...] O homem é considerado um ser genérico, ele é o membro imaginário de uma soberania imaginária, acha-se despojado de sua vida individual real e dotado de uma generalidade irreal.[375]

As desigualdades sociais seriam produto do conjunto de relações econômicas, jurídicas, políticas e culturais pautadas pela propriedade privada, a qual, ao refletir a apropriação e a dominação, origina um sistema social baseado na distinção de classes, em que uma produz e a outra domina. Para ele, a noção de direitos iguais herdada das revoluções burguesas reprime o reconhecimento das particularidades de homens e mulheres, cada qual dotado de diversos talentos.[376] É noção que opera como forma de ocultação do verdadeiro conteúdo das desigualdades sociais, através de uma mera formulação legal.

Em realidade, a igualdade burguesa se circunscreve à igualdade para desfrutar a liberdade de ser proprietário. Essa liberdade "não se baseia na união do homem com o homem, mas, pelo contrário, na separação do homem em relação a seu semelhante. A liberdade é o 'direito' a esta dissociação, o direito do indivíduo 'delimitado', limitado a si mesmo. A aplicação prática do direito humano da liberdade é o direito humano à propriedade privada".[377]

---

[375] MARX, Karl. A questão judaica. 2ª edição. São Paulo: Moraes, 1991, pp. 25-27.

[376] "Um homem é superior a outros física ou mentalmente, e assim fornece mais trabalho no mesmo tempo, ou pode trabalhar por mais tempo; e, para servir como medida, o trabalho deve ser definido por sua duração ou intensidade, caso contrário deixa de se constituir um padrão de medida. Tal direito igual é um direito desigual para o trabalho desigual. Não reconhece diferenças de classe, uma vez que cada homem é um trabalhador tanto quanto qualquer outro, mas reconhece tacitamente privilégios desiguais. É por conseguinte um direito de desigualdade em seu conteúdo, como todo direito. Por sua própria natureza, o direito só pode consistir na aplicação de um padrão igual; porém indivíduos desiguais (e eles não seriam indivíduos se não fossem desiguais) são mensuráveis apenas por um padrão igual na medida em que são considerados de um ponto de vista igual, apreendidos por um só aspecto determinado, por exemplo, no caso presente, enquanto forem considerados apenas como trabalhadores e nada mais, sendo tudo o mais ignorado. Além disso, um trabalhador é casado, outro é solteiro; um tem mais filhos que outro, e assim por diante. Desta maneira, com um desempenho igual no trabalho, e portanto com um participação igual no fundo social de consumo, uns receberão efetivamente mais que outros, uns serão mais ricos que outros etc. Para evitar todos estes defeitos, o direito, em vez de ser igual, teria de ser desigual" (MARX, Karl. *Critique of the Gotha Programme*, **apud** EAGLETON, Terry. Marx e a liberdade. Trad. de Marcos de Oliveira. São Paulo: UNESP, 1999, p. 49).

[377] MARX, Karl. A questão judaica. 2ª edição. São Paulo: Moraes, 1991, p. 44.

De outro lado, a igualdade material se constitui em finalidade a ser alcançada, cuja condição de realização é a destruição prévia do capitalismo. Através da denúncia da desigualdade, revelada pela análise das relações sociais capitalistas, busca a concretização de suas promessas, sob a forma da necessidade histórica do comunismo. Não propõe o nivelamento absoluto dos indivíduos, mas o respeito pelas diferenças e pela respectiva realização. Cada um deve ter a possibilidade de desenvolvimento livre de suas identidades pessoais, durante o socialismo, até que se atinja o comunismo, onde a abundância não mais porá a questão da igualdade ou da desigualdade.[378]

Pretende a realização da igualdade real, através da eliminação de todas as desigualdades materiais, econômicas e sociais. As desigualdades persistiriam enquanto houvesse diferentes classes sociais, as quais só se extinguiriam com a coletivização da propriedade sobre os meios de produção, que deixaria de ser objeto de apropriação individual.

1.3 Contraposições e conseqüências

A contraposição de perspectivas levou ao compromisso democrático de uma igualdade relativa, acolhida pelo constitucionalismo ocidental ao rejeitar as correntes que mais aprofundaram o tema da igualdade, quais sejam a de Rousseau, em que se postula a igualdade jurídica sem o complemento da desigualdade e a de Marx, que aspira a idêntico resultado, como igualdade material.[379] Assim, institucionaliza-se a igualdade relativa tanto no Estado liberal quanto no Estado social, com variações próprias de cada modelo.

No Estado de matriz liberal, parte-se da igualdade natural para justificar o poder estatal em uma sociedade fundada no contrato social, com a valorização básica dos fins individuais. A igualdade, tanto quanto a liberdade, são conceitos que servem à delimitação do ordenamento jurídico.[380] Foi, desse modo, a igualdade inscrita nas declarações de direitos e em seguida, convertida em axioma constitucional do

---

[378] Conforme EAGLETON, Terry. Marx e a liberdade. Trad. de Marcos de Oliveira. São Paulo: UNESP, 1999, p. 50.

[379] Segundo BONAVIDES, Paulo. O princípio da igualdade como limitação à atuação do Estado. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo, n.° 16, jun. 1980, p. 78.

[380] Consoante BONAVIDES, Paulo. O princípio da igualdade como limitação à atuação do Estado. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo, n.° 16, jun. 1980, p. 80.

liberalismo, articulada com a liberdade, cuja preeminência e caráter absoluto sempre justificou o sacrifício da primeira.

O desvio é evidente ao se institucionalizar a igualdade política, concebida dentro da fórmula aristotélica de igualdade proporcional, diferenciada ou relativa, que faz da própria desigualdade um complemento imprescindível. Dá-se a cada um o que se lhe deve, segundo o seu mérito e mediante a aplicação institucional de critério para a diferenciação, com base nas aptidões naturais, na capacidade intelectual, no talento e na propriedade de cada um.[381]

A interpretação que os juristas liberais dão ao princípio da igualdade lhe confere um caráter formal, sem considerar as pessoas sobre as quais irá incidir a sua aplicação, quaisquer que sejam a situação ou as condições pessoais, a natureza e a espécie da relação ou estado de fato. Está-se em presença de direito incondicional e absoluto.[382]

Como se defendiam apenas direitos de liberdade, as chamadas liberdades negativas contra a ação do Estado, parece fazer sentido a tentativa de universalização do princípio da igualdade. Apenas ao se tentar garantir os direitos sociais é que as diferenças passam a ser importantes.

No Estado social a igualdade assume novo caráter, conduzindo a um igualitarismo não procura dar a cada um o que é seu, mas de nivelar materialmente a participação na formação riqueza do Estado. A igualdade política assume o critério aritmético, expresso no *slogan* "*one person, one vote*" e se estende a toda população, inclusive mulheres, não proprietários e negros. Cada vez mais áreas emergentes são beneficiadas pelo processo progressivo de igualação, que atua segundo uma dinâmica que lhe é imanente, depois de desencadeado.

Todavia, ao transitar da esfera política para a econômica, o Estado social, mediado pelo Direito Constitucional, desfaz-se do conceito aritmético de igualdade para reincorporar o critério proporcional aristotélico, matriz da justiça distributiva, cujo complemento necessário é a desigualdade. Por via hermenêutica vão ser estabelecidos limites jurídicos consideráveis à ação do Estado, mediante a proporcionalidade na aplicação social do direito, com o reconhecimento de que a igualdade, para ser justa,

---

[381] Assim entende BONAVIDES, Paulo. O princípio da igualdade como limitação à atuação do Estado. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo, n.º 16, jun. 1980, p. 81.

[382] Conforme CAMPOS, Francisco. Direito constitucional. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956, vol. 2, p. 14.

deve estar sempre acompanhada da desigualdade.[383] O critério da igualdade, ao se tornar jurídico, deixou a aritmética e retornou à proporcionalidade de Aristóteles, traduzido pela regra de que os iguais por natureza devem ser tratados com igualdade e os desiguais de forma desigual.

2. Expansão dos direitos

2.1 Trajetórias dos direitos

Para entender o percurso da igualdade no movimento histórico da modernidade, deve ser observada a sua progressiva humanização e a sua crescente racionalização. A humanização supõe aprofundar em cada homem as dimensões de sua condição e generalizar, o mais possível, essa condição, estendendo-a a todos os seres humanos. A racionalização, entre outras coisas, implica a submissão ao poder do Direito, a organização de suas instituições e o estabelecimento de uma moral pública, desde a sua fundamentação ética e a sua positivação histórica.

Constitui ponto de partida a plena compreensão que o fenômeno dos direitos necessita da aproximação histórica, como realidade cultural própria do mundo moderno. Situando-se na raiz da condição humana, com fundamentação ética, precisam ser eficazes no espaço social, o que só é possível de ser alcançado através do jurídico.

Trata-se, portanto, da cristalização histórica de uma concepção moral, cujo centro é a dignidade da pessoa e os valores da liberdade, igualdade e solidariedade como condições para alcançá-la. São direitos que nasceram com o Estado moderno, ao se delinearem os contornos do Estado liberal. No século XX haverá a abertura de seus horizontes, através da internacionalização da formulação e da garantia dos direitos.

Assim como a generalização se refere aos titulares dos direitos, a internacionalização concerne à validade e ao asseguramento desses direitos. Também no mesmo século, será reconhecida a necessidade de proteção concreta de pessoas situadas em posições de inferioridade nas relações sociais, tais como crianças,

---

[383] Ver, a respeito, BONAVIDES, Paulo. O princípio da igualdade como limitação à atuação do Estado. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo, n.º 16, jun. 1980, p. 90.

mulheres, idosos, usuários de serviços públicos, consumidores e pessoas acometidas por certas doenças.

São, portanto, quatro as trajetórias históricas percorridas após o período das revoluções: a positivação, a generalização, a internacionalização e a especificação, sulcos por onde transcorrerá a história dos direitos.

Partindo-se da idéia de que por trás de toda compreensão e interpretação histórica reside uma ideologia com acentuada vocação política, há que se assumir o compromisso da história dos direitos com a sua defesa. Esta carrega em si a tarefa de crítica e de transformação da realidade social e das ideologias, sejam estas conservadoras ou progressistas. É possível, assim, afirmar que determinadas ideologias políticas, ou certos aspectos delas, são superiores a outras, por reconhecerem e garantirem melhor e com maior eficácia os direitos, os quais se converteram em um dos principais indicadores da sua trajetória histórica.[384]

Nascidos de vínculos profundos com a ordem liberal, os direitos consagrados nas primeiras declarações se apresentavam marcados pelo individualismo e centrados na defesa da liberdade, da segurança e da propriedade. Ainda que fossem positivados, mediante a incorporação aos textos constitucionais, restringiam-se aos proprietários, cidadãos, homens e brancos, de forma a excluir extensas camadas da população e a gerar sucessivas críticas e reivindicações.

Inaugura-se período de intensos combates entre os movimentos populares e a repressão estatal, com avanços e retrocessos medidos a régua e sangue. Cada conquista traduzida em direito positivado sintetizou longos embates e a superação de resistências firmemente cravadas.[385] As forças acumuladas pela persistência dos oprimidos termina por arrancar os direitos não só do seu confinamento social, mas sobretudo dos limites conceituais em que a ordem burguesa os retinha.

---

[384] Conforme BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 2.

[385] "Cada conquista - civil, política, econômica, social ou cultural - por mínima que fosse, teve atrás de si histórias de repressão estatal incruenta, intolerância patronal, defesa encarniçada de privilégios por parte das classes dominantes, prisões odiosas, enforcamentos, extradição de sindicalistas, degredo, mortes e mais mortes de trabalhadores e de trabalhadoras. É longo e arrepiante (convenientemente esquecido), em todos os países, esse histórico. O vagaroso aparecimento da legislação social 'não se deve, aliás, de modo algum, à generosidade dos corações burgueses, à súbita conversão moral dos antigos algozes da classe operária'" (TRINDADE, José Damião de Lima. Anotações sobre a história social dos direitos humanos. **In**: SÃO PAULO. Procuradoria Geral do Estado. Grupo de Trabalho de Direitos Humanos. Direitos humanos: construção da liberdade e da igualdade. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1998, p. 138).

Em conseqüência aos movimentos sociais e às demandas emergentes, foram sendo consagrados, além dos direitos clássicos de liberdade (civis e políticos), direitos sociais, econômicos e culturais, nunca antes reivindicados pelas revoluções setecentistas. Os direitos se ampliam, generalizam-se e parecem cada vez mais próximos de realizar a sempre adiada promessa de universalização efetiva.

Alastram-se as revoluções populares, atingindo o México, em 1910, a Rússia, em 1917, e a instalação da efêmera República de Weimar, na Alemanha de 1919. Todas coincidem em inscrever promissores e inéditos direitos em suas respectivas constituições, em favor das classes populares, mas que não perduram, em razão do sucesso e da disseminação, em várias partes do mundo, das muitas variantes dos regimes fascistas.[386] Entram em crise os direitos, não só em face das intensas violações e das atrocidades cometidas em nome de ideais totalitários, mas também pela severa restrição de acesso à sua titularidade.[387]

O processo de reconstrução, somente iniciado com o fim da Segunda Guerra Mundial, atribuiu aos direitos novos caracteres de universalidade, indivisibilidade e interdependência, ao serem consagrados na Declaração Universal dos Direitos do Homem, proclamada pela Assembléia Geral das Nações Unidas de 10 de dezembro de 1948.[388]

Traz ela a marca da contemporaneidade, ao propiciar o encontro ideológico e político das matrizes conceituais do Ocidente sobre os direitos humanos.[389] Tenta-se

---

[386] "O mundo, a partir da década de trinta, havia se tornado desolador, e a desolação só iria aumentar até 1945. O nazismo e os demais fascismos legislaram e agiram contra a Humanidade, praticaram políticas racistas, xenófobas e imperialistas, dividiram pessoas e populações entre as que deveriam viver e as que precisariam ser abolidas, tentaram o extermínio, por métodos industriais, de povos inteiros, e levaram sessenta milhões de seres humanos a morrerem durante a guerra que deflagraram" (TRINDADE, José Damião de Lima. Anotações sobre a história social dos direitos humanos. **In**: SÃO PAULO. Procuradoria Geral do Estado. Grupo de Trabalho de Direitos Humanos. Direitos humanos: construção da liberdade e da igualdade. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1998, p. 155).

[387] "No momento em que os seres humanos se tornam supérfluos e descartáveis, no momento em que vige a lógica da destruição, em que cruelmente se abole o valor da pessoa humana, torna-se necessária a reconstrução dos direitos humanos, como paradigma ético capaz de restaurar a lógica do razoável. A barbárie do totalitarismo significou assim a ruptura do paradigma dos direitos humanos, através da negação do valor da pessoa humana como valor fonte do Direito" (PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional. 2ª edição. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 140).

[388] Adotada pela Resolução n.º 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948 e assinada pelo Brasil na mesma data.

[389] "*La Dichiarazione riposa su quattro pilastri fondamentali. Anzitutto i diritti della persona (diritto di eguaglianza; diritto alla vita, alla libertà e alla sicurezza, ecc.). Vi sono poi i diritti che spettano all'individuo nei suoi rapporti con i gruppi sociali ai quali partecipa (diritto alla riservatezza della vita familiare e diritto di sposarsi; libertà di movimento all'interno dello Stato nazionale, o all'esterno; diritto ad avere una nazionalità; diritto di proprietà; libertà religiosa). Il terzo gruppo è quello dei diritti politici che si esercitano per contribuire*

conciliar o discurso liberal e o discurso social, aproximar o valor da liberdade ao valor da igualdade[390] e reunir, no mesmo texto, direitos pertencentes ao que se convencionou chamar de gerações ou famílias distintas.[391] Substitui-se a idéia de que há uma sucessão de direitos ao longo da história pela noção cumulativa e sincrética, que permite a convivência e a mútua complementariedade entre concepções jurídicas até então antagônicas. São os direitos apresentados como unidade indivisível,

> vale dizer, sem a efetividade dos direitos econômicos, sociais e culturais, os direitos civis e políticos se reduzem a meras categorias formais, enquanto que, sem a realização dos direitos civis e políticos, ou seja, sem a efetividade da liberdade entendida em seu mais amplo sentido, os direitos econômicos e sociais carecem de verdadeira significação. Não há mais como cogitar da liberdade divorciada da justiça social, como também infrutífero pensar na justiça social divorciada da liberdade. Em suma, todos os direitos humanos constituem um complexo integral, único e indivisível, em que os diferentes direitos estão necessariamente inter-relacionados e interdependentes entre si.[392]

---

a formare agli organi statali o per partecipare alla loro attività (libertà di pensiero e di riunione; diritto di elettorato attivo e passivo; diritto di accesso al governo e all'amministrazione pubblica). La quarta categoria è quella dei diritti che si esercitano nel campo economico e sociale, ossia nella sfera dei rapporti di lavoro e di produzione e in quella dell'educazione (diritto al lavoro e ad un'equa retribuzione, diritto al riposo, diritto all'assistenza sanitaria, ecc.). Una quinta sezione [...] *abbraccia disposizioni alquanto disparate. Vi è anzitutto una norma sul diritto ad un 'ordine sociale ed internazionale' nel quale le libertà e i diritti della Dichiarazione possano essere pienamente realizzati (art. 28)*" (CASSESSE, Antonio. Il diritti umani nel mondo contemporaneo. 5ª edição. Roma: Laterza, 1999, pp. 38-39).

[390] "Tanto na concepção liberal como na concepção social, deparam-se a liberdade e a igualdade; porém, na primeira, igualdade é a titularidade dos direitos e demanda liberdade para todos, ao passo que, na segunda, a igualdade é a concreta igualdade de agir e a liberdade a própria igualdade puxada para acção. Na concepção liberal, a liberdade de cada um tem como limite a liberdade dos outros; na concepção social, esse limite prende-se com a igualdade material e situada. Os direitos constitucionais de índole individualista podem resumir-se num direitos geral de liberdade, os direitos de índole social num direito geral à igualdade" (MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 1988, vol. IV, p. 96).

[391] Aos autores que adotam esse critério, constituem direitos de primeira geração as liberdades civis e políticas conquistadas com as revoluções liberais e de segunda geração os direitos sociais e econômicos insertos nas constituições decorrentes das revoluções socialistas. "Ao lado dos direitos sociais, que foram chamados de direitos de segunda geração, emergiram hoje os chamados direitos de terceira geração, que constituem uma categoria, para dizer a verdade, ainda excessivamente heterogênea e vaga, o que nos impede de compreender do que efetivamente se trata. [...] Mas já se apresentam novas exigências que só poderiam chamar-se de direitos de quarta geração, referentes aos efeitos cada vez mais traumáticos da pesquisa biológica, que permitirá manipulações do patrimônio genético de cada indivíduo" (BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 6).

[392] PIOVESAN, Flávia. A Constituição Brasileira de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos. **In**: BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu e ARAÚJO, Nadia (org.). Os direitos humanos e o direito internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 123.

Concomitantemente, apontou-se para uma revisão gradativa da tradicional idéia de soberania estatal e aventou-se a possibilidade de o indivíduo reivindicar direitos junto às posteriormente criadas cortes internacionais de direitos humanos.[393]

Passam os direitos a constituir tema de interesse internacional, transcendendo a competência nacional exclusiva, no curso do denominado movimento pelo Direito Internacional de Direitos Humanos.[394] Reconhece-se que pessoas podem ser titulares de direitos protegidos pelo direito internacional, cuja denegação imputa responsabilidade aos Estados nacionais, independentemente da nacionalidade das eventuais vítimas de violações.[395]

Com a admissão de direitos individuais, emerge a possibilidade de delimitação da tradicional noção de soberania estatal. Desse modo, ao ser constatada a omissão ou a insuficiência das providências tomadas pelo Estado, através de seus órgãos internos, em casos de violação de direitos humanos, abre-se oportunidade para o exercício de controle, vigilância e monitoramento das violações pela comunidade internacional. Introduzem-se garantias adicionais de proteção aos direitos, para as hipóteses em que ocorram falhas ou omissões internas.[396]

Como a Declaração de 1948 assumiu a forma declaratória, e não de tratado internacional, instaurou-se discussão a respeito da sua eficácia jurídica, ante a ausência de compromisso expresso dos Estados em cumprir os seus preceitos. Ainda que fortes argumentos lhe atribuíssem força vinculante,[397] prevaleceu o enfoque mais restritivo,

---

[393] Como, por exemplo, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, criada pela Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), adotada em 22 de novembro de 1969 e ratificada pelo Brasil em 25 de setembro de 1992.

[394] Conforme PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 2ª edição. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 31.

[395] "O direito internacional dos direitos humanos não existia como um ramo distinto do direito internacional antes da segunda guerra mundial. Formou-se, para todos os propósitos práticos, com a entrada em vigor da Carta das Nações Unidas. Expandiu-se e enriqueceu-se substantivamente pelos numerosos instrumentos internacionais de direitos humanos adotados no âmbito das Nações Unidas e de suas agências especializadas, assim como das várias organizações intergovernamentais regionais hoje existentes. O resultado desse processo legisferante é um maciço código internacional de direitos humanos que, somente em volume, supera o de qualquer outro ramo do direito internacional. Este código, como já observei em outros escritos, tem humanizado o direito internacional contemporâneo e internacionalizado os direitos humanos ao reconhecer que os seres humanos têm direitos sob o direito internacional e que a denegação desses direitos engaja a responsabilidade internacional dos Estados independentemente da nacionalidade das vítimas de tais violações" (BUERGENTHAL, Thomas. Prólogo. **In**: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos. São Paulo: Saraiva, 1991, p. XXXI).

[396] Ver, a respeito, PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 2ª edição. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 35.

[397] Consulte-se, a respeito, PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 2ª edição. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 175 e seguintes.

que lhe retirava o caráter jurídico, e se tomaram providências para o asseguramento de sua observância em todo o mundo. Para tanto, são elaborados dois tratados distintos, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, concluídos em 1966, mas que apenas passam a vigorar em 1976, ano em que alcançaram o número de ratificações estabelecido como imprescindível à respectiva vigência.[398]

Os referidos tratados não se limitam a reproduzir os dispositivos constantes da Declaração de 1948, mas os detalham e os estendem, incorporando novos preceitos e criando mecanismos de monitoramento para avaliar a situação dos Estados nacionais em relação à preservação dos direitos humanos, através de relatórios periódicos sobre as medidas legislativas, administrativas e judiciais adotadas no âmbito interno.

Compõem a proteção internacional dos direitos vários outros instrumentos, consubstanciados em declarações, pactos e tratados internacionais, editados na segunda metade do século XX, em seguida à Declaração de 1948. Multiplicam-se em razão do gradativo aumento de bens e interesses reputados como merecedores de tutela e pela especificação dos sujeitos a quem são atribuídos, cada vez mais dotados de concreção social.[399]

Basta referir, além dos pactos já mencionados, em relação à multiplicação de direitos, a Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio, de 1948,[400] a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), de 1969,[401] a Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, de 1984,[402] a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, de 1986[403] e a Declaração e Programa de Ação de Viena, de 1993.[404]

---

[398] O Brasil, por sua vez, apenas em 24 de janeiro de 1992 os irá ratificar.
[399] Conforme BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 68.
[400] Aprovada pela Resolução n.° 260 A (III), da Assembléia Geral das Nações Unidas, de 9 de dezembro de 1948.
[401] Adotada pela Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em San José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969.
[402] Adotada pela Resolução n.° 39/46, da Assembléia Geral das Nações Unidas, de 10 de dezembro de 1984.
[403] Adotada pela Resolução n.° 41/128, da Assembléia Geral das Nações Unidas, de 4 de dezembro de 1986.
[404] Adotada através de consenso, em reunião plenária da Conferência Mundial dos Direitos Humanos, ocorrida em 25 de junho de 1993.

Em outros textos, ocorreu o afastamento do homem genérico e abstrato em favor do homem concreto, tomado em consideração na diversidade das identidades sociais que assume. Assim o fazem, entre outros, a Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados, de 1951,[405] a Convenção sobre os Direitos Políticos da Mulher, de 1952,[406] a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, de 1968,[407] a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979[408] e a Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1989.[409]

No que diz respeito especificamente ao Brasil, apenas o início do processo de transição democrática e a promulgação da Constituição de 1988 puderam dar nova conformação aos direitos no Brasil. Os importantes pactos e tratados, elaborados há anos, foram sendo então ratificados e introduzidos na ordem jurídica interna.[410] O Estado brasileiro atualiza a sua agenda internacional e compõe imagem mais positiva na defesa de direitos.[411] Ao mesmo tempo, o conjunto de direitos fundamentais se expande, com a conjugação das previsões constantes da carta constitucional e dos instrumentos internacionais de proteção.

A questão técnica que se apresentou foi a de assegurar efetividade através de um conjunto de meios e recursos jurídicos, chamados, genericamente, de garantias constitucionais dos direitos humanos. A exigência técnica determinou que o reconhecimento desses direitos se fizesse segundo formulação jurídica positiva, mediante sua inscrição no texto constitucional.

---

[405] Adotada em 28 de julho de 1951 pela Conferência das Nações Unidas de Plenipotenciários sobre o Estatuto de Refugiados e Apátridas, convocada pela Resolução n.° 429 (V) da Assembléia Geral das Nações Unidas, de 14 de dezembro de 1950.

[406] Adotada pela Resolução n.° 640 (VII), da Assembléia Geral das Nações Unidas, de 20 de dezembro de 1952.

[407] Adotada pela Resolução n.° 2.106-A (XX) da Assembléia Geral das Nações Unidas, de 21 de dezembro de 1965.

[408] Adotada pela Resolução n.° 34/180 da Assembléia Geral das Nações Unidas, de 18 de dezembro de 1979.

[409] Adotada pela Resolução n.° L.44 (XLIV), da Assembléia Geral das Nações Unidas, de 20 de novembro de 1989.

[410] Assim, são ratificados, dentre outros, a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, em 20 de julho de 1989, a Convenção contra a Tortura e outro Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes, em 28 de setembro de 1989, a Convenção sobre os Direitos da Criança, em 24 de setembro de 1990, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, em 24 de janeiro de 1992, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em 24 de janeiro de 1992, a Convenção Americana de Direitos Humanos, em 25 de setembro de 1992 e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, em 27 de novembro de 1995.

[411] Sobre as razões apresentadas pelo governo brasileiro para ratificar os pactos e tratados, consultar TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos. São Paulo: Saraiva, 1991, pp. 568-573.

Deu-se a subjetivação e a positivação dos direitos, imprimindo às fórmulas abstratas o caráter concreto de normas jurídicas positivas, válidas para todos os indivíduos. A Constituição Federal de 1988 é resultado da luta pela construção de um Estado Democrático de Direito, próprio ao asseguramento dos direitos fundamentais. Do ponto de vista formal, o objetivo foi atingido, com a reserva de título inicial e destacado para a enunciação dos direitos fundamentais, entendidos em sentido amplo e abrangente de todas as prerrogativas e instituições que concretizam garantias de convivência digna, livre e igual para todos.[412]

Além de estar sintonizada com os modernos desenvolvimentos da doutrina dos direitos humanos, a Constituição Federal de 1988 expressamente incorporou os direitos constantes de tratados internacionais de que o Brasil faça parte.[413] Suplanta-se, também, a tendência em considerar os direitos individuais como contrapostos aos direitos sociais e coletivos, como o faziam as Constituições anteriores,[414] adotando o entendimento que os direitos se integram num conjunto harmônico, enriquecido pelas influências mútuas e recíprocas. Considera-se, então, que houve transição de uma democracia formal para uma democracia de conteúdo social, em que a anterior antítese entre direitos individuais e sociais tende a se diluir na síntese operada pela autêntica vigência do princípio democrático, na medida em que os últimos forem enriquecendo-se de conteúdo e eficácia.

2.2 Resistências e fracassos

Hegemônico o capitalismo de cunho neoliberal e absolutizada a idéia de mercado, o que passa a importar são os mecanismos de geração de riquezas, em

---

[412] Ver Título II, arts. 5° a 17, da Constituição Federal.

[413] Conforme dispõe o art. 5°, parágrafo 2°, da Constituição Federal: "os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte".

[414] Todas as constituições brasileiras anteriores à de 1988 dedicaram artigos específicos para as declarações de direitos: 1824 (art. 179), 1891 (art. 72), 1934 (art. 113), 1937 (art.122), 1946 (art. 141), 1967 (art. 150) e 1969 (art. 153). Sofreram, porém, forte influência do pensamento liberal e só se preocuparam em elencar direitos de natureza individual, com severas restrições em mais de uma oportunidade, como o fizeram as Constituições de 1937, de 1967 e de 1969.

proveito dos mais capazes e eficientes e em detrimento da grande maioria da população, submetida em nosso país a condições cada vez mais brutais de mera subsistência.

O Brasil, mais do que subdesenvolvido, é um país injusto, com profundas e arraigadas desigualdades.[415] Os seus indicadores sociais e econômicos revelam disparidades inaceitáveis, por qualquer ângulo que se observe a nossa realidade.[416]

Os seres humanos, portanto, deixaram de ser preponderantes e não mais entram em linha de conta. Na desordem das relações espontâneas, dirigidas pela mão invisível do mercado, há poucos agentes que se beneficiam da lógica de seu funcionamento, por conhecerem e dominarem melhor os instrumentos que o dirigem.[417]

A esta minoria estão garantidos os direitos fundamentais em sua plenitude, além da faculdade de indicar aqueles que são titulares e aqueles que não são titulares de direitos, no seio de um sistema cuja dinâmica prima pela seletividade e marginalização. Tal realidade se contrapõe às promessas constantes das declarações e dos pactos relativos aos direitos, do ponto de vista internacional, bem assim ao próprio texto constitucional brasileiro. Por paradoxal que pareça, os esforços para o seu reconhecimento em benefício da humanidade em seu todo dependem da respectiva

---

[415] "A tendência à concentração regional da renda é fenômeno observado universalmente, sendo amplamente conhecidos os casos da Itália, da França e dos EUA. Uma vez iniciado esse processo sua reversão espontânea é praticamente impossível. Em um país da extensão geográfica do Brasil, é de esperar que tal processo tenda a prolongar-se extremamente" (FURTADO, Celso. Formação econômica do Brasil. 27ª edição. São Paulo: Companhia Editora Nacional: Publifolha, 2000, p. 250).

[416] "O Brasil tem o 8º PIB do mundo; no entanto, se dividirmos esse produto *per capita*, o País passa para o 34º lugar. O índice de desigualdade social do Brasil, medido pelos economistas por meio de um índice que se chama Gine, é o mais alto do mundo. A pobreza neste país, medida pelos critérios da Organização Mundial de Saúde, que considera pobres aqueles que recebem menos do que US$ 70, atinge a 54% dos brasileiros; isto é, 85 milhões de brasileiros são pobres. No Nordeste, eles representam 80%; e no Sudeste, 39%. Já se vê aí a enorme desigualdade interna. Não há apenas um grande volume de pobres, mas há também a grande desigualdade regional. Com relação ao analfabetismo, há ainda quase 15% de analfabetos no Brasil. No Nordeste, esse índice é de 29%, enquanto no Sudeste é de 8,6%. Há outro centro de desigualdade. No Nordeste rural, esse índice chega a 46%; no Sudeste rural é de 25%, ou seja, a metade. No que se refere à desigualdade por raça, o analfabetismo dos brancos é de 9%; dos negros, 22%; e dos pardos, 22%. Pelo critério econômico, na faixa de até um salário mínimo de renda, os brancos representam 33%; os negros, 58%; e os pardos, 61%. A partir de cinco salários mínimos, inverte-se a pirâmide: brancos, 15%; pretos, 3%; e pardos, 3,7%. Com relação à renda média em salários mínimos: brancos, 4,9%; pretos, 2,4%; e pardos, 2,2%. Esses dados são apenas para reforçar, esclarecer e dar uma evidência, mesmo que seja rápida, para esse ponto que levantei de a desigualdade ser hoje o grande obstáculo à construção de uma nação brasileira" (CARVALHO, José Murilo. Quatro pecados capitais e uma nação impenitente. **Revista do Legislativo**, Rio de Janeiro, n.º 27, jan./mar. 2000, pp. 30-33).

[417] "*Nuestras condiciones y nuestras posibilidades de vida no entran como variables de cálculo. Están a merced de esos elementos artificiales que imponen un orden tras ser edificados sobre un desorden de relaciones espontáneas. Eso sí, hay pequeños agentes que se benefician de su lógica de desarrollo. Es más, incluso simultáneamente ellos son los mejores instrumentos de ejecución de toda la maquinaria*" (RUBIO, David Sánchez. *Derechos humanos y democracia: absolutización del formalismo e inversión ideológica.* **Crítica**

inserção no ordenamento jurídico de cada país, restando garantidos apenas para os cidadãos, dentro das fronteiras territoriais de seu Estado.

À medida em que o capitalismo se desenvolve e expande seus limites, aumentam os índices de desigualdade, de pauperização e de degradação social. O compromisso maior não reside na garantia dos direitos, mas sim na lógica do mercado e na racionalidade de seus agentes, o que leva a supor a impossibilidade real de ser a generalidade da população beneficiária de eficaz proteção jurídica.

O quadro se agrava pela forma particular que o capitalismo assumiu no Brasil, orientado pela visão patrimonialista daqueles que detém o poder, cuja legitimidade reside mais no tradicionalismo (assim é porque sempre o foi) do que em processos democráticos de escolha popular.[418]

Bem mais evidente têm sido as conseqüências perversas do modelo, intencionalmente buscadas ou não, representadas pela crescente marginalização de amplas porções da sociedade.[419] Ainda que se tenha alcançado a democracia formal e a garantia de direitos em textos legais, esse conjunto de direitos instituídos e sonegados tende a aumentar. Por isso, resulta desastrosa a desvinculação do ordenamento jurídico e dos processos sociais que o envolvem. Se é positivo que se tenha uma constituição, não o é ignorar as formas pelas quais foi ela aprovada, sendo muito grave desconhecer os modos de participação política diferenciada dos indivíduos e os contextos nacional e internacional em que ela se aplica.[420]

Jurídica - Revista Latinoamericana de Política, Filosofia y Derecho, n.° 17, Curitiba, Crítica Jurídica A.C. (México)/Fundación Iberoamericana de Derechos Humanos (Espanha)/Faculdades do Brasil, 2000).

[418] "O capitalismo politicamente orientado - capitalismo político, ou o pré-capitalismo - centro da aventura, da conquista e da colonização moldou a realidade estatal, sobrevivendo, e incorporando na sobrevivência, o capitalismo moderno, de índole industrial, racional na técnica e fundado na liberdade do indivíduo - liberdade de negociar, de contratar, de gerir a propriedade sob a garantia das instituições. A comunidade política conduz, comanda, supervisiona os negócios, como negócios privados seus, na origem, como negócios públicos depois, em linhas que se demarcam gradualmente. O súdito, a sociedade, se compreendem no âmbito de um aparelhamento a explorar, a manipular, a tosquiar nos casos extremos. Dessa realidade se projeta, em florescimento natural, a forma de poder, institucionalizada num tipo de domínio: o patrimonialismo, cuja legitimidade assenta no tradicionalismo - assim é, porque sempre foi" (FAORO, Raymundo. Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro. 10ª edição. São Paulo: Globo: Publifolha, 2000, vol. II, p. 363).

[419] Ver, a esse respeito, RUBIO, David Sánchez. *Derechos humanos y democracia: absolutización del formalismo e inversión ideológica.* **Crítica Jurídica - Revista Latinoamericana de Política, Filosofia y Derecho**, n.° 17, Curitiba, Crítica Jurídica A.C. (México)/Fundación Iberoamericana de Derechos Humanos (Espanha)/Faculdades do Brasil, 2000.

[420] Conforme RUBIO, David Sánchez. *Derechos humanos y democracia: absolutización del formalismo e inversión ideológica.* **Crítica Jurídica - Revista Latinoamericana de Política, Filosofia y Derecho**, n.° 17, Curitiba, Crítica Jurídica A.C. (México)/Fundación Iberoamericana de Derechos Humanos (Espanha)/Faculdades do Brasil, 2000.

Tornou-se lugar comum a afirmação do caráter perfeito dos textos legais e da dificuldade em lhes dar efetividade, parecendo revolucionária a tarefa de aplicá-los.[421] Todavia, não se trata de ordenamento jurídico perfeito, pois há inúmeras normas que, ao serem aplicadas, importam em acentuar a exclusão e ampliar as desigualdades sociais, gerando por vezes profundas injustiças.

É nesse cenário que se desenrola o drama dos direitos. Se há consenso acerca da necessidade genérica de sua previsão legislativa, não ocorre o mesmo em relação às questões que daí decorrem. Devem ser investigadas as razões pelas quais alguns direitos são reconhecidos e outros não. Também devem ser conhecidos quais os procedimentos e atores logram a aprovação de normas relativas aos direitos, bem como as influências exercidas pelas outras esferas de poder, notadamente as mediações econômicas.[422]

Não é novidade que toda concepção acerca dos direitos esteja condicionada também por mecanismos econômicos. Do modo como são concebidos hoje em dia, em nossa cultura, há uma clara ordem de preferência entre os direitos, de forma a quebrar a indivisibilidade e a ausência de hierarquia que os caracteriza. E, ao ser eleita qualquer escala de valores, seja em termos de princípios, seja com base no direito natural ou no ordenamento jurídico estatal, repetem-se velhas práticas de eleição ideológica de um certo discurso simbólico, que se tem como correto e com capacidade de justificar todo o conjunto. Em realidade, não passam de fórmulas vazias que cumprem a função de legitimar determinado poder instituído.[423]

---

[421] "Uma coisa é proclamar esse direito, outra é desfrutá-lo efetivamente. A linguagem dos direitos tem indubitavelmente uma grande função prática, que é emprestar uma força particular às reivindicações dos movimentos que demandam para se e para os outros a satisfação de novos carecimentos materiais e morais; mas ela se torna enganadora se obscurecer ou ocultar a diferença entre o direito reivindicado e o direito reconhecido e protegido. Não se poderia explicar a contradição entre a literatura que faz a apologia da era dos direitos e aquela que denuncia a massa dos 'sem-direitos'" (BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 10).

[422] Consoante afirma RUBIO, David Sánchez. *Derechos humanos y democracia: absolutización del formalismo e inversión ideológica.* **Crítica Jurídica - Revista Latinoamericana de Política, Filosofia y Derecho**, n.° 17, Curitiba, Crítica Jurídica A.C. (México)/Fundación Iberoamericana de Derechos Humanos (Espanha)/Faculdades do Brasil, 2000.

[423] Assim pensa RUBIO, David Sánchez. *Derechos humanos y democracia: absolutización del formalismo e inversión ideológica.* **Crítica Jurídica - Revista Latinoamericana de Política, Filosofia y Derecho**, n.° 17, Curitiba, Crítica Jurídica A.C. (México)/Fundación Iberoamericana de Derechos Humanos (Espanha)/Faculdades do Brasil, 2000.

Dado o princípio da impossibilidade, nunca e em nenhum lugar se verificou a proteção de todos e de cada um dos direitos, de forma plena e total,[424] seja pela dimensão histórica que lhes é inerente, impeditiva do conhecimento completo dos direitos passados, presentes e futuros, seja pela incompatibilidade às vezes observada entre os próprios direitos,[425] a impossibilitar o gozo simultâneo de cada um deles.[426]

Estes problemas indicam a necessidade de serem definidos critérios de solução dos eventuais conflitos, através da restrição de alguns dos direitos pela via legislativa ou da atuação da autoridade judiciária.[427]

Não se pode esquecer, ainda, que estamos diante de limites materiais para o atendimento de todas as necessidades humanas.[428] Daí a importância que assumem as formas de acesso aos bens materiais e sociais, realizado nos limites da produção social, e condicionante da realização concreta de muitos dos direitos. No atual contexto econômico e social, em que se priorizam certos direitos em detrimento de outros, bem se percebe a facilidade com que certos setores da sociedade alcançam respeito a seus direitos fundamentais, ao passo que a grande maioria se ressente dessa concretização.[429]

---

[424] "*Chacun des prétendus droits de l'homme est la négation d'autres droits de l'homme et pratiqué séparément est génératur d'injustices*" (VILLEY, Michel. *Le Droit et les droits de l'homme*. Paris: P.U.F., 1983, p. 13).

[425] "São bem poucos os direitos considerados fundamentais que não entram em concorrência com outros direitos também considerados fundamentais, e que, portanto, não imponham, em certas situações e em relação a determinadas categorias de sujeitos, uma opção" (BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 20).

[426] "Neste contexto, torna-se freqüente a eclosão de conflitos entre as normas da Lei Fundamental, máxime em países que, como o Brasil, adotaram constituições compromissórias. Estas são cartas nas quais o processo constituinte não se desenvolveu sob o signo do consenso, traduzindo, ao revés, a síntese dialética de concepções e ideais políticos diversificados. Assim, tais Constituições acabam hospedando normas derivadas de matrizes ideológicas antagônicas, refletindo, no plano normativo, o pluralismo axiológico vigente na sociedade" (SARMENTO, Daniel. A ponderação de interesses na Constituição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 22).

[427] Ver, a esse respeito, FARIAS, Edilsom Pereira de. Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem *versus* a liberdade de expressão e informação. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1996, p. 95.

[428] "O capitalismo seria, nessa perspectiva, o mundo da escassez tendo em vista que aí as pessoas têm necessidades escassas e, mesmo assim, não são satisfeitas. [...] No capitalismo, economia de consumo desigual, ocorre um processo de reificação das necessidades que se tornam estranhas ao sujeito e o dominam de forma artificial" (GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. Das necessidades humanas aos direitos: ensaio de sociologia e filosofia do direito. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 214).

[429] "*En el actual contexto de la globalización, que se prioricen unos derechos humanos sobre otros, que se precaricen y se vulneren un tipo específico frente a otros – caso de los derechos sociales y económicos - e incluso que los que se consideran prioritarios sólo puedan obtenerse mediante determinados y específicos procedimientos de acceso, es provocado por la capacidad de ejercer el poder que determinados actores poseen frente al resto*" (RUBIO, David Sánchez. *Derechos humanos y democracia: absolutización del formalismo e inversión ideológica*. **Crítica Jurídica - Revista Latinoamericana de Política, Filosofia y Derecho**, n.º 17, Curitiba, Crítica Jurídica A.C. (México)/Fundación Iberoamericana de Derechos Humanos (Espanha)/Faculdades do Brasil, 2000).

Além das dificuldades materiais, a análise dos direitos vai acumulando críticas e reticências contemporâneas na doutrina jurídica. Sem pretensão a percorrer todas as vertentes, podem ser referidos alguns autores que destacaram pontos de questionamento bastante precisos e agudos.

Assim o fez Michel Villey, que critica nos direitos o seu caráter de irrealidade, cuja impotência os transformou em promessas não cumpridas e utópicas e cujas fórmulas vagas os tornaram inconsistentes.[430] Aponta os riscos da atual banalização do discurso dos direitos, invocado por todos e a todo momento, com exagerada e injustificável freqüência, de forma a enfraquecê-los e diluí-los na vida contemporânea.

Carlos Massini-Correas também julga que há uma inflação de direitos, cada vez mais contraditórios entre si, que vão dos direitos de liberdade aos direitos sociais e difusos, podendo logo chegar, por exemplo, aos eróticos e aos infra-humanos, referidos aos animais e minerais. Sem suporte filosófico, temendo todo compromisso com sua fundamentação, estão assentados os direitos em uma antropologia inadequada, cujo imanentismo pode levar, no limite, ao seu desaparecimento.[431] Para ele, apenas a esquecida doutrina jusnaturalista está habilitada a fundamentá-los.

Do ponto de vista metodológico, Alejandro Guzmán Brito expõe a tese que o direito, desde sempre, reconheceu e protegeu os bens éticos hoje subjacentes aos chamados direitos humanos e que estes, em certa medida, constituem apenas a recepção jurídica de concepções ideológicas historicamente determinadas.[432] Para ele, não se deve confundir o direito com a sua violação, pois sempre houve atrocidades e atentados à ordem jurídica, inclusive na atualidade, sem que o direito tenha deixado de existir. Ainda, é de se destacar que as declarações de direitos sempre visaram a inauguração de uma nova ordem, substitutiva da anterior, considerada iníqua, o que as desveste de caráter verdadeiramente jurídico.[433]

---

[430] Ver, a respeito, VILLEY, Michel. *Le Droit et les droits de l'homme*. Paris: P.U.F., 1983.

[431] "*Lo paradójico de nuestra conclusión radica en que en el mismo momento en que se proclaman y defienden com más énfasis los 'derechos humanos', es cuando menos las principales corrientes de pensamiento se encuentran habilitadas para fundarlos. Dicho de outro modo, la capacidad de justificación racional de los 'derechos' por parte de las doctrinas que nos son contemporáneas es inversamente proporcional a la insistencia y notoriedad alcanzada por la retórica 'derechohumanista'*" (MASSINI-CORREAS, Carlos. *Los derechos humanos, paradoja de nuestro tiempo*. Santiago do Chile: Ed. do Autor, 1989, p. 113).

[432] Conforme BRITO, Alejandro Guzmán. *Sobre la naturaleza de la teoría de los derechos del hombre*. Separa da **Revista de Derecho Público**, Madrid, 1987, p. 78.

[433] "*Para un jurista, que como tal no es un reformador social, lo importante es examinar científicamente la materia de su ciencia: mi respuesta como jurista es que la teoría de los derechos del hombre no es una teoría*

Álvaro D'Ors coloca a questão dos deveres naturais, por ser o direito natural constituído por deveres, e não por direitos subjetivos, como modernamente se parece pretender.[434] Para boa parte dos aprendizes de juristas, prisioneiros da bilateralidade e habituados com as relações jurídicas sinalagmáticas, moldadas pelos direitos subjetivos, não bem percebem como se possa falar de deveres sem que isso seja outra forma de falar de direitos, pelo lado inverso.[435]

Por fim, no mundo em que as guerras étnicas, agora dentro de uma mesma nação, e as guerras moleculares dentro dos mesmos grupos sociais, étnicos e raciais predominam, parece que as teias da sociabilidade no espaço privado se esgarçaram e as da civilidade no espaço público se desmantelaram. Há tantos focos reticulares de violência que não se consegue discernir o sentido do mal cometido contra a humanidade na época atual.

2.3 Consolidação do modelo

Com base na firme convicção de que há um conjunto de direitos universais, reconhecidos através da reflexão racional, o Ocidente exportou seus catálogos a todo o mundo, valendo-se do sucesso de seus empreendimentos científicos, tecnológicos, imperialistas e comerciais. Depois de haver construído as teorias que os fundamentam, o Ocidente as difundiu por todo o globo, especialmente através das declarações, pactos e tratados internacionais concernentes aos direitos humanos.

---

jurídica sino un programa de aspiraciones de reforma social en sentido amplio [...] *Claro ello, podemos utilizar para el derecho lo que de ahí sea conciliable com su método y fines. Pero el jurista debe antes reconocer la verdadera naturaleza de las cosas*" (BRITO, Alejandro Guzmán. *Sobre la naturaleza de la teoría de los derechos del hombre*. Separa da **Revista de Derecho Público**, Madrid, 1987, p. 93).

[434] Ver D'ORS, Álvaro. *Derecho y sentido común. Siete lecciones de derecho natural como límite del derecho positivo*. Madrid: Civitas, 1995, p. 17.

[435] "*Se dice muy corrientemente que a todo deber corresponde un derecho correlativo, pero esto no es así. Los llamados 'derechos subjetivos' pueden ser un reflejo de deberes que determinadas personas puedan exigir, pero hay muchos deberes que sólo pueden ser exigidos por una organización despersonalizada - por ejemplo, la Administración pública - a los que no corresponde ningún derecho subjectivo, precisamente por la indeterminación personal del que puede exigir su cumplimiento. Sería absurdo decir que al deber de no contaminar los ríos pueda corresponder un derecho subjetivo... del río.* [...] *Hay que tener muy presente, pues, que el derecho natural, como todo lo moral y, en concreto, como los Diez Mandamientos, iluminados por el Evangelio, consiste en deberes y no en derechos subjetivos*" (D'ORS, Álvaro. *Derecho y sentido común. Siete lecciones de derecho natural como límite del derecho positivo*. Madrid: Civitas, 1995, p. 24).

Também os meios de comunicação social, em franca expansão e capilarizados por todo o globo, permitiram a circulação de idéias e de denúncias concernentes às violações de direitos, a ponto de gerar indignações e facilitar a aculturação.

Todavia, a aparente unanimidade que os cerca é apenas superficial. Há muito de dito e de não dito na ideologia ocidental que hoje percorre o planeta, sendo aceita a idéia de direitos fundamentais por razões táticas, em alguns casos, e por desconhecimento de suas conseqüências, em outros.[436]

O sucesso de sua aceitação também decorre da impossibilidade atual das grandes narrativas e do conseqüente desencanto e ceticismo dos cidadãos em relação às utopias políticas. Os direitos funcionam como uma espécie de "ideologia de substituição", com a vantagem de se apresentar como moderna, pouco exigente, politicamente correta e insuspeita frente às posições mais tradicionais.[437] Apesar dos esforços em torná-la mais clara, "a linguagem dos direitos permanece bastante ambígua, pouco rigorosa e freqüentemente usada de modo retórico".[438] Há acordo verbal, mas muitos desacordos práticos.

3. Redescoberta da diferença

3.1 Direito à diferença

As últimas décadas do século XX assistem a profunda crise das grandes narrativas e o sentimento generalizado de frustração para com as propostas emancipatórias da modernidade. Esboroou-se a esperança de perpetuação do projeto moderno, fundado em racionalidade única, a qual deu lugar ao surgimento de várias e distintas filosofias, orientadas por racionalidades concorrentes. Fragmentaram-se as perspectivas, com a instalação do rico caos da diversidade e da cacofonia das numerosas narrativas particulares.[439]

---

[436] Conforme CUNHA, Paulo Ferreira da. Teoria da Constituição. Lisboa: Verbo, 2000, tomo II, p. 126.
[437] Ver, a esse respeito, CUNHA, Paulo Ferreira da. Teoria da Constituição. Lisboa: Verbo, 2000, tomo II, p. 127.
[438] BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 9.
[439] Conforme TUGENDHAT, Ernst. Lições sobre ética. Trad. de Róbson Ramos Reis *et alli*. 2ª ed. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 30.

Destacado entre os princípios universais postos em questão, o desafio da igualdade se torna cada vez mais complexo e contraditório, especialmente a partir da emergência de movimentos sociais de caráter identitário, cujas reivindicações colocam em questão princípios universais.[440] Se o direito à igualdade, na forma como era até então concebido, constituía uma conquista importante a ser expandida, esses movimentos organizados buscam a sua revisão, a fim de evitar que venha a funcionar como obstáculo ao reconhecimento e à incorporação de direitos especiais em favor de grupos e indivíduos diferenciados, justamente para o atendimento de necessidades alternativas.

Confrontam-se duas visões de mundo, com profundas e inafastáveis repercussões no campo jurídico. De um lado, defende-se a posição unitária e universal, em que a aquisição diferenciada de direitos é condenada como privilégio ou discriminação. Por outro, o discurso essencializa a fragmentação social, reivindicando direitos conforme as especificidades de cada identidade existente ou proposta.

Para justificar a nova conformação do Direito, são aduzidas críticas à tradicional padronização de direitos que embasam modelos abstratos do homem, os quais, por gerais e universais, compreenderiam os sujeitos integrantes de todas as relações humanas. Não mais se aceita, nem se pretende, semelhante igualdade apenas formal, apesar das diferenças, mas sim a garantia do próprio direito à diferença, consistente no reconhecimento e valorização jurídica das especificidades pessoais ou de grupo.

O mecanismo criado pelo constitucionalismo norte-americano é a ação afirmativa, composta por políticas públicas e iniciativas privadas dirigidas à realização do princípio da igualdade substancial e à compensação dos efeitos concretos da discriminação por raça, sexo, idade, nacionalidade ou compleição física.[441] Com forte

---

[440] PINTO, Céli Regina Jardim. A democracia desafiada: presença dos direitos multiculturais. **Revista USP**, n.º 42, jun./ago. 1999, São Paulo: USP/CCS, 1999, p. 56.

[441] "Atualmente, as ações afirmativas podem ser definidas como um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidos com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero e de origem nacional, bem como para corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego. Diferentemente das políticas governamentais antidiscriminatórias baseadas em leis de conteúdo meramente proibitivo, que se singularizam por oferecerem às respectivas vítimas tão somente instrumentos jurídicos de caráter reparatório e de intervenção *ex post facto*, as ações afirmativas têm natureza multifacetária, e visam a evitar que a discriminação se verifique nas formas usualmente conhecidas - isto é, formalmente, por meio de normas de aplicação geral ou específica, ou através de mecanismos informais, difusos, estruturais, enraizados

cunho pedagógico e com destaque para casos exemplares, são impostas ou sugeridas medidas aptas a afastar manifestações discriminatórias. Envolvem-se todos os órgãos e instituições públicas, inclusive o sistema judiciário, organizações privadas e a população em geral, cuja adesão é imprescindível para o sucesso das medidas a serem implementadas.[442]

Para operacionalizar o princípio, procurou-se esclarecer com precisão em que consiste a discriminação a ser combatida. Em linhas gerais, discriminar significa criar diferenças, reais ou imaginárias, para valorizá-las, como forma de justificar e legitimar privilégios. Mais que isso, toda forma de discriminação funda-se na competitividade, como uma tentativa de sobrepor as perspectivas de uns em detrimento de outros e, assim, criar abismos intransponíveis para a garantia do *status quo*.

Há discriminações que são intencionais, mais comuns, em que as vítimas são propositadamente tratadas de forma desfavorável em razão de características que as diferenciem da maioria dominante. Para enfrentá-las, tem-se mostrado insuficiente a mera proibição, pois esse tipo de discriminação possui aspectos culturais que a torna presente em práticas cotidianas e banais, ocorrentes em forma dissimulada, muitas vezes como resultado da herança cultural da sociedade, escravocrata e patriarcal no caso brasileiro. Como depende da demonstração da intencionalidade, atribui-se o ônus da prova à vítima, recolocando-a em situação ainda mais vexatória. Daí o fracasso das políticas de combate à discriminação ancoradas no Direito Penal, sempre exigente em matéria probatória.

Outra forma de discriminação reconhecida pelo Direito constitui importante inovação norte-americana, denominada de discriminação por impacto desproporcional ou adverso (*Disparate Impact Doctrine*). Ela é indireta, resultante de práticas administrativas, empresariais ou de políticas públicas legítimas, mas que possuem um grande potencial discriminatório. A prática discriminatória provém como conseqüência

---

nas práticas culturais e no imaginário coletivo" (GOMES, Joaquim Barbosa. Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: o Direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pp. 40-41).

[442] Conforme GOMES, Joaquim Barbosa. Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: o Direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 6.

dos atos sobre determinados grupos e categorias de pessoas, perpetuando situações de desigualdade que resultam de fatores histórico-culturais.[443]

Diz-se manifesta ou presumida a discriminação cuja constatação é flagrante, incontestável e que, por conta disso, isenta as vítimas do ônus da prova ao recorrerem ao Poder Judiciário. Tal exceção não se aplica nas ações de cunho indenizatório, onde se faz necessário individualizar o dano sofrido. A sua certificação normalmente se dá por meio de dados empíricos, robustos o suficiente para que reste clara, como é o caso, por exemplo, da disparidade estatística, que possibilita demonstrar a ausência ou a precária representação de minorias em determinados setores sociais ou institucionais. Via de regra esse elemento estatístico é utilizado em conjunto com outros fatores aptos a provar a prática discriminatória.

Por exceção, são admitidas situações de discriminação legítima, ao se perceber a necessidade de diferenciação, amparada pela lei, com caráter de inevitabilidade. Pode constituir tema de ação afirmativa, a fim de conferir tratamento diferenciado a um grupo historicamente discriminado, impedindo que o princípio da igualdade formal se torne um mecanismo de perpetuação da desigualdade.

Como possui nítido caráter distributivo, o seu objetivo é promover a igualdade efetiva, através de práticas que desigualem positivamente os indivíduos e grupos que sempre ocuparam posição marginal na sociedade. Em conjunto com a necessidade de concretizar a igualdade de oportunidades, coibindo a discriminação do presente, tem em vista a necessidade de promover mudanças estruturais de ordem cultural, psicológica e pedagógica sobre as discriminações passadas, na tentativa de eliminar do imaginário coletivo a idéia de dominação, seja de uma raça sobre outra, seja do sexo masculino sobre o feminino.

Além disso, constitui meta a consolidação de maior representatividade dos grupos minoritários nas diversas esferas públicas e privadas, principalmente em

---

[443] Como marco dessa prática relata-se o caso Griggs v. Duke Power Co., julgado pela Suprema Corte Americana, concernente a uma empresa que, em razão da pressão exercida por movimentos pelos direitos civis, resolveu instituir mecanismos para viabilizar a promoção de empregados negros, que costumeiramente exerciam trabalhos subalternos, a posições de maior prestígio e remuneração, aplicando "testes de inteligência" em lugar da apresentação de diplomas escolares. A prática, embora revestida de uma aparente neutralidade, demonstrava que os negros, obrigados por força da lei vigente a freqüentar escolas segregadas e de qualidade inferior, não lograriam competir em igualdade de condições com os empregados brancos (GOMES, Joaquim Barbosa. Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: o Direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 25).

posições que impliquem poder e prestígio, através da eliminação de obstáculos que impedem o avanço e da criação de exemplos de mobilidade social ascendente, modelares para as gerações vindouras.

As ações afirmativas originadas no Direito norte-americano podem ser classificadas em três modalidades, conforme decorram de políticas públicas concebidas pelo Poder Executivo, com apoio do Poder Legislativo, ou estejam inseridas na ação do Poder Judiciário ou, ainda, vinculem-se a iniciativas de natureza privada.

A viabilidade das ações afirmativas seria mínima, se não houvesse o empenho dos órgãos a que é atribuído o poder político, especialmente, da administração pública. Para viabilizar sua atuação, são estabelecidas, em contratos públicos, obrigações para as empresas contratantes que consistem não só em impedir práticas discriminatórias, mas também em ser adotadas medidas afirmativas, sob o pressuposto de que os recursos públicos devem servir a causas de interesse coletivo.

Outra forma de intervenção do Poder Executivo visa promover o acesso de minorias a entidades de ensino público e privado, utilizando-se, também nesse caso, de seu poder de barganha e de argumentos de ordem financeira. O Estado compele as instituições educacionais que recebem recursos financeiros federais a considerar fatores como sexo e raça quando da seleção de seus alunos.

As decisões do Poder Judiciário são a ocasião em que as características de redistribuição e de reparação das ações afirmativas se entrecruzam, como no caso em que os programas sociais são concebidos e implementados em decorrência de decisão judicial. Ressalte-se que o estabelecimento de cotas não é a única possibilidade dessa atuação, embora ocorra na maioria dos casos. Veja-se as chamadas *court-ordered affirmative action programs*, que são ações nas quais o juiz, ao reconhecer suficientemente provada a discriminação, determina sua cessação, impondo a medida afirmativa adequada, que poderá ser, inclusive, a instituição de cotas.

A terceira modalidade é denominada de *Voluntary Affirmative Action Plans*, ou seja, apresentam-se como planos de ação afirmativa de iniciativa voluntária por parte de pessoas e entidades privadas. Por essa via, permite-se a particulares a tomada de

providências corretivas das injustiças e discriminações praticadas no passado, tendo natureza nitidamente promocional.[444]

Aproveitando muitos dos aportes teóricos das ações afirmativas, o direito europeu irá desenvolver o conceito de discriminação positiva, atento às insuficiências da igualdade formal. O ponto de partida pode ser a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de dezembro de 1948, que, ao proibir expressamente toda forma de diferenciação,[445] estabeleceu o princípio geral de interdição a discriminações de qualquer espécie.

Como antes referido,[446] as regras gerais proibitivas se mostraram insuficientes para o adequado atendimento dos direitos humanos, à medida que foram sendo positivados e internacionalizados. Temperou-se, então, o princípio da igualdade com a aplicação da fórmula aristotélica que manda tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais. Essa é a baliza para a introdução paulatina de medidas compensatórias, indispensáveis ao asseguramento da igualdade material. Passam a ser admissíveis tratamentos legais diferenciados, com apoio em critérios objetivos e razoáveis, na implementação de medidas positivas para a superação e correção de desigualdades de fato.

No processo de especificação dos direitos, são instituídas diretrizes especiais e normas de tratamento preferencial, aplicáveis tanto a grupos determinados, quanto a indivíduos a eles pertencentes. Trata-se, bem se vê, de desenvolvimento e de apuração do conceito de discriminação, que deixa de ser meramente negativo e assume características também positivas, identificadas com as providências tendentes a alcançar a igualdade material. Surge a expressão discriminação positiva para referir

---

[444] "A questão central reside, pois, em saber se esses agentes econômicos privados (e semi-privados) podem por iniciativa própria, se auto-impor medidas de ação afirmativa, especialmente aquelas revestidas de maior rigidez - como é o caso das cotas. Ao julgar o caso United Steelworkers of America v. Weber, a Corte Suprema decidiu que nenhum dos dispositivos supramencionados e supratranscritos tem o condão de inibir um empregador privado de instituir, a título de iniciativa voluntária, um plano de ação afirmativa visando à admissão e à promoção de negros no respectivo quadro de empregados" (GOMES, Joaquim Barbosa. Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: o Direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 201).

[445] "Artigo II - 1. Toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição. 2. Não será tampouco feita nenhuma distinção fundada na condição política, jurídica ou internacional do país ou território a que pertença uma pessoa, quer se trate de um território independente, sob tutela, sem governo próprio, quer sujeito a qualquer outra limitação se soberania" (Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada pela Resolução n.° 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948).

essas providências, embora sejam também empregados outros termos, como, por exemplo, discriminação reversa e obrigação de diferenciação.[447]

A consideração da diferença embasa os mecanismos de discriminação positiva, por receberem certas especificidades econômicas, sociais, culturais ou físicas recebem proteção jurídica especial. Por uma questão de justiça, "todos os bens e valores sociais - liberdade e oportunidade, renda e riqueza, assim como as bases do auto-respeito - devem ser distribuídos igualitariamente, a não ser que uma distribuição desigual de algum ou de todos esses bens e valores seja vantajosa para todos".[448]

Não se trata de privilégios, os quais nascem justamente da impossibilidade de discriminação entre cidadãos que estejam em situações de igualdade.[449]

Como parte da função protetiva do Estado, o princípio da igualdade se reveste de sua dimensão social, através da inserção das discriminações positivas. Estas são positivas em duplo sentido: ao se oporem às obrigações negativas de não discriminação e traduzirem ações compensatórias às desigualdades reais, bem assim ao se contraporem à carga negativa da palavra discriminação. Implicam ações positivas de compensação e não se resumem às clássicas omissões estatais, para o livre exercício das liberdade públicas.

A discriminação reversa realiza a igualdade desde que possua uma razão evidente e se concretize em vista da igualação de oportunidades ou de tratamento de fato.[450] A condição de preferência, apreciável nas situações em que há igualdade de condições, é uma das formas de discriminação positiva, legitimadora de tratamento diferenciado, com o escopo de alcançar a igualdade substancial, sem ultrapassar os limites toleráveis.[451]

---

[446] Capítulo III, item 2.1, *supra*.

[447] Como o faz o Tribunal Constitucional Português, para evitar a carga negativa da palavra discriminação (Acórdão n.º 76/85, no Processo n.º 72/84, **in** ALBUQUERQUE, Martim de. Da igualdade: introdução à jurisprudência. Coimbra: Almedina, 1993, p. 175).

[448] "*Todos los valores sociales - libertad y oportunidad, ingreso y riqueza, así como las bases del respecto a sí mismo - habrán de ser distribuidos igualitariamente a menos que una distribución desigual de alguno o de todos estos valores redunde en una ventaja para todos*" (RAWLS, John. *Teoría de la justicia.* Trad. de María Dolores González. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 1997, p. 69).

[449] Assim pensa, por exemplo, TORRES, Ricardo Lobo. Os direitos humanos e a tributação - imunidades e isonomia. São Paulo: Renovar, p. 340.

[450] Conforme ALBUQUERQUE, Martim de. Da igualdade: introdução à jurisprudência. Coimbra: Almedina, 1993, p. 337

[451] Assim entende ALBUQUERQUE, Martim de. Da igualdade: introdução à jurisprudência. Coimbra: Almedina, 1993, p. 341.

No Brasil, a acolhida da discriminação positiva só irá ocorrer, de forma mais substantiva, após a redemocratização da nossa sociedade, durante a década de 1980. A efervescência social provocada pela ação dos movimentos sociais repercute nos trabalhos de elaboração do texto constitucional de 1988.

A Constituição então promulgada, ao diverso das anteriores, resulta no desaguadouro das aspirações dos mais diferentes segmentos da nossa sociedade. Daí o seu caráter compromissório, albergando correntes de pensamento e conjuntos de reivindicações os mais diversos. A abertura do texto constitucional permitirá a sucessiva edição de textos legislativos, em sua maioria comprometidos com visões parciais da sociedade, conforme a perspectiva inaugurada pelo 'direito da diferença'.

Desse modo, são editadas leis concernentes a recortes específicos do tecido social, tendo em vista identidades politicamente reconhecidas como merecedoras de tratamento diferenciado, como são os casos dos consumidores,[452] das crianças e adolescentes,[453] dos idosos,[454] das pessoas portadoras de deficiência,[455] dos índios,[456]

---

[452] Principalmente através do Código de Defesa do Consumidor, editado pela Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990. "Por ter a vulnerabilidade do consumidor diversas causas, não pode o Direito proteger a parte mais fraca da relação de consumo somente em relação a alguma ou mesmo a algumas das facetas do mercado. Não se busca uma tutela manca do consumidor. Almeja-se uma proteção integral, sistemática e dinâmica. E tal requer o regramento de todos os aspectos da relação de consumo, sejam aqueles pertinentes aos próprios produtos e serviços, sejam outros que se manifestam como verdadeiros instrumentos fundamentais para a produção e circulação destes mesmos bens: o crédito e o *marketing*. É com os olhos postos nesta vulnerabilidade do consumidor que se funda a nova disciplina jurídica" (GRINOVER, Ada Pellegrini *et alli*. Código brasileiro de defesa do consumidor pelos autores do anteprojeto. 6ª edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999, p. 7).

[453] Através do Estatuto da Criança e do Adolescente, estabelecido pela Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990, tendo em vista "as óbvias fragilidade e vulnerabilidade das crianças, os recursos limitados de que dispõem tanto no plano das capacidade físicas como de natureza cognitiva, emocional e social. [...] Importantes diferenças entre crianças e adultos são ignoradas ou desdenhadas, a começar do próprio lar em que a criança nasce, redundando em procedimentos, medidas e concepções que infelicitam, desencaminham e agravam problemas individuais e sociais" (CURY, Munir, MENDEZ, Emílio Garcia e SILVA, Antônio Fernando do Amaral e (org.). Estatuto da Criança e do Adolescente comentado. São Paulo: Malheiros, 1992, pp. 15-16).

[454] Ver, por exemplo, a Lei n.º 8.842, de 4 de janeiro de 1994, que dispõe sobre a política nacional do idoso e estabelece uma série de diretrizes relacionadas à proteção dos seus direitos.

[455] Entre vário diplomas legais, destaca-se a Lei n.º 7.853, de 24 de outubro de 1989, que estabelece o apoio às pessoas portadoras de deficiência para a sua integração social, instituindo a tutela de seus interesses individuais, coletivos e difusos.

[456] "A Constituição democrática de 1988 revolucionou a relação entre o Estado e os povos indígenas porque reconheceu o direito de permanecerem para sempre como índios; parecia ser o fim de cinco séculos de política integracionista. O texto aprovado avançou significativamente em relação a todo o sistema anterior porque (1) ampliou os direitos dos índios reconhecendo sua organização social, seus usos, costumes, religiões, línguas e crenças; (2) considerou o direito à terra como originário, isto é, anterior à lei ou ato que assim o declare; (3) conceituou terra indígena incluindo não só aquelas necessárias à habitação, mas à produção, preservação do meio ambiente e as necessárias à sua reprodução física e cultural; (4) pela primeira vez, em nível constitucional, admitiu-se no Brasil que existem direitos indígenas coletivos, seja reconhecendo a organização social indígena, seja concedendo à comunidade o direito de opinar sobre o aproveitamento dos recursos naturais e o de postular em juízo; (5) tratou com mais detalhes, estabelecendo assim melhores garantias, da exploração dos recursos naturais, especialmente os minerais, para o que exige previa anuência do Congresso Nacional; (6) proibiu a remoção de grupos indígenas, dando ao Congresso Nacional a possibilidade de estudo das eventuais e

das mulheres,[457] dos negros,[458] dos homossexuais,[459] entre outros. Todavia, nem tudo ocorre como desejado.

> Em nenhum Estado Democrático, até a década de 60, e em quase nenhum até esta última década do século XX se cuidou de promover a igualação e vencerem-se os preconceitos por comportamentos estatais e particulares obrigatórios pelos quais se superassem todas as formas de desigualação injusta. Os negros, os pobres, os marginalizados pela raça, pelo sexo, por opção religiosa, por condições econômicas inferiores, por deficiências físicas ou psíquicas, por idade etc. continuam em estado de desalento jurídico em grande parte do mundo. Inobstante a garantia constitucional da dignidade humana igual para todos, da liberdade igual para todos, não são poucos os homens e mulheres que continuam sem ter acesso às iguais oportunidades mínimas de trabalho, de participação política, de cidadania criativa e comprometida, deixados que são à margem da convivência social, da experiência democrática na sociedade política. Do salário à internet, o mundo ocidental continua sendo o espaço do homem médio branco. Das prisões às favelas, o mundo ocidental continua marginalizando os que são fisicamente desiguais do modelo letrado e chamado civilizado e civilizatório pelos que assim os criaram. Sem oportunidades sociais, econômicas iguais, a competição - pedra de toque da sociedade industrial capitalista - e, principalmente, a convivência são sempre realizadas em bases e com resultados desiguais.[460]

Apesar de promissora e representar significativos avanços em certos setores da ordem jurídica, ainda resta muito a caminhar antes de a discriminação positiva proporcionar resultados transformadores na ordem social.

---

estabelecidas exceções; (7) mas acima de tudo chamou os índios de índios e lhes deu o direito de continuarem a sê-lo" (SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. O renascer dos povos indígenas para o Direito. Curitiba: Juruá, 1998, pp. 90-91).

[457] A legislação anterior à Constituição Federal de 1988 se ocupou, basicamente, de resgatar as mulheres brasileiras da posição de subalternidade que o direito lhes havia conferido, sendo de se destacar o Estatuto da Mulher Casada (Lei n.º 4.121, de 27 de agosto de 1962), que alterou vários dispositivos do Código Civil, para afastar a incapacidade relativa das mulheres casadas. O texto constitucional brasileiro, depois de enfatizar que "homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações", (art. 5º, inciso I), estabelece tratamento diferenciado para homens e mulheres em pelo menos três aspectos: prevê licença maternidade para a mulher com prazo superior à licença paternidade (art. 7º, incisos XVIII e XIX); impõe incentivo ao trabalho da mulher, mediante a edição de normas protetivas (art. 7º, inciso XX); concede aposentadoria por tempo de serviço em prazo inferior à mulher, comparada ao homem, tanto no que concerne ao serviço público, quanto privado (art. 40, inciso III, letras *a*, *b*, *c* e *d*, e art. 201, incisos I, II, III e parágrafo 1º).

[458] Há legislação penal que considera crime a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional (Lei n.º 7.716, de 5 de janeiro de 1989).

[459] Está em trâmite no Congresso Nacional projeto de lei que reconhece, para certos efeitos, a união de pessoas do mesmo sexo.

3.2 Ciladas da diferença

Parece oportuno, neste momento, lembrar que a bandeira das diferenças, hoje com tanto ânimo empunhada pelos movimentos sociais mais contemporâneos, esteve sempre ligada às tendências conservadoras. A convicção de que as pessoas não nascem iguais e de que o Direito não lhes deve conferir tratamento igualitário foi primeiro manifestada na modernidade pela reação conservadora à Revolução Francesa.[461]

O conservadorismo, antes de mais nada, propõe um projeto de sociabilidade antagônico ao projeto da ilustração, combinando idéias e práticas, muitas das quais vinculadas à discriminação, ao desprezo, à hierarquização, à agressão e à segregação.[462]

Aliás, outra não era a intenção de Aristóteles ao criar a famosa fórmula de aplicação do princípio da igualdade. Ao enunciar a regra de que os iguais devem ser tratados com igualdade e os desiguais com desigualdade,[463] tinha em vista justamente a preservação dos privilégios de certos setores da sociedade e a hierarquização dos seres humanos.[464] Para ele, "mandar e obedecer são condições não somente inevitáveis mas também convenientes. Alguns seres, com efeito, desde a hora de seu nascimento são marcados para ser mandados ou para mandar, e há muitas espécies de mandantes e mandados".[465]

---

[460] ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 33, n.º 131, jul./set. 1996, p. 284.

[461] Ver, a respeito, Capítulo III, item 1.2, *supra*.

[462] Conforme PIERUCCI, Antônio Flávio. Ciladas da diferença. São Paulo: USP: Editora 34, 1999, p. 18.

[463] "Se as pessoas não forem iguais, elas não terão uma participação igual nas coisas, mas isto é a origem de querelas e queixas (quando pessoas iguais têm e recebem quinhões desiguais, ou pessoas desiguais recebem quinhões iguais). Além do mais, isto se torna evidente porque aquilo que é distribuído às pessoas deve sê-lo 'de acordo com o mérito de cada uma'; de fato, todas as pessoas concordam em que o que é justo em termos de distribuição deve sê-lo de acordo com o mérito em certo sentido, embora nem todos indiquem a mesma espécie de mérito; os democratas identificam a circunstância de a distribuição dever ser de acordo com a condição de homem libre, os adeptos da oligarquia com a riqueza (ou nobreza de nascimento), e os adeptos da aristocracia com a excelência" (ARISTÓTELES. Ética a Nicômacos. Trad. de Mário da Gama Kury. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1985, p. 96).

[464] "Para ele, o varão livre de Atenas é o 'homem', os varões escravos não são homens, segundo sua natureza; segundo seu ser. O sujeito de direito na sua Política é o homem como cidadão livre e senhor da casa" (LUDWIG, Celso. A alternatividade jurídica sob a perspectiva da libertação. Dissertação de Mestrado em Direito, apresentada junto à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, 1993, p. 76).

[465] ARISTÓTELES. Política. Trad. de Mário da Gama Kury. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1985, p. 18.

Entre os seres inferiores, a quem a sujeição era devida e conveniente, o filósofo incluía as mulheres e os escravos,[466] os quais seriam tratados pela justiça com desigualdade, mediante a supressão de direitos e a preservação da inferioridade social.

Observa com precisão Hannah Arendt que, mesmo para Aristóteles, "ser escravo significava, afinal, ter uma qualidade diferente, mas sempre com um lugar na sociedade, portanto, algo mais do que a abstrata nudez de ser unicamente humano e nada mais".[467] O homem abstrato e universal da modernidade resulta de um despojamento histórico de suas diferenças culturais.

A vinculação do tratamento discriminatório com a idéia de rejeição da diferença, de recusa de outrem em nome de alguma diferença nele percebida,[468] revela uma parte da verdade, mas não permite que se preste a devida atenção à origem da discriminação, que é celebração da certeza da diferença. Todo racismo, por exemplo, procede da visão de mundo que privilegia a diferença racial e, em razão dela, repudia o diferente. A rejeição do diferente deriva da afirmação da diferença, e não da sua negação.

Assim, os primeiros modernos, ao negarem a diferenciação, suscitaram a reação dos conservadores, que sempre afirmaram que os homens são diferentes entre si e, por isso mesmo, devem ser desigualmente tratados pelo Direito. Entre a igualdade e a diferença, os conservadores já escolheram, desde sempre, a diferença, entendida como dado incontornável da natureza.[469]

Ao retomarem o discurso da diferença, os movimentos sociais de hoje avocam tarefa complexa, que compreende defendê-la sem abrir mão da igualdade. Ao contrário dos conservadores, não podem ir até o fim nas diferenciações. Há o risco que os argumentos em favor da diferença, para igualação das pessoas em posição mais

---

[466] "Entre os sexos também, o macho é por natureza superior e a fêmea inferior; aquele domina e esta é dominada; o mesmo princípio se aplica necessariamente a todo o gênero humano; portanto, todos os homens que diferem entre si para pior no mesmo grau em que a alma difere do corpo e o ser humano difere de um animal inferior (e esta é a condição daqueles cuja função é usar o corpo e que nada melhor podem fazer), são naturalmente escravos, e para eles é melhor ser sujeitos à autoridade de um senhor, tanto quanto o é para os seres já mencionados. [...] Na verdade, a utilidade dos escravos pouco difere da dos animais; serviços corporais para atender às necessidades da vida são prestados por ambos, tanto pelos escravos quanto pelos animais domésticos. [...] É claro, portanto, que há casos de pessoas livres e escravas por natureza, e para estas últimas a escravidão é uma instituição conveniente e justa" (ARISTÓTELES. Política. Trad. de Mário da Gama Kury. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1985, pp. 19-20).

[467] ARENDT, Hannah. O sistema totalitário. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1978, p. 382.

[468] De acordo com MEMMI, Albert. *Le racisme*. Paris: Gallimard, 1982, p. 118.

[469] Conforme PIERUCCI, Antônio Flávio. Ciladas da diferença. São Paulo: USP: Editora 34, 1999, p. 29.

vulnerável, sejam utilizados em outros contextos, distintos daqueles para os quais foram originariamente desenvolvidos, muitas vezes em prejuízo daqueles que se procura beneficiar. As antíteses, se reciprocamente excludentes ou disjuntivas, armam ciladas intelectuais ao forçarem a escolha.[470]

A diferença como causa emancipatória obriga a raciocínios sofisticados, repletos de sutilezas e nuances, em permanente risco de interpretações indevidas, a dificultar o êxito na prática política cotidiana de seus defensores. É um campo minado, em que o efeito de retorsão está presente em todo momento. Os conservadores se sentem à vontade para ingressar no terreno discursivo dos adversários e os combater com os próprios argumentos destes últimos, os quais, ao se voltarem contra estes, deixam de lhes pertencer e reforçam as posições contrárias à igualdade.

A retorsão do direito à diferença o transforma em "direito de um povo de permanecer como é, em sua terra natal e sem misturas". Trata-se da "translação de um operador de prestígio, de um catalisador de sublime - a saber, a palavra direito - do lugar universalista dos direitos iguais do homem para o lugar nacionalista dos direitos preferenciais dos povos".[471] Como se percebe, o campo semântico da diferença se mostra particularmente suscetível de retorsão, por ambos os lados. "E, na medida em que tais relações, assiméticas que de fato são, se tornam conflitivas, há sempre a máxima probabilidade de partir-se a corda do lado mais fraco".[472]

Além de propiciar a retorsão, a diferença produz socialmente outras diferenças. O anseio por reconhecimento político e jurídico de uma dada identidade social traz sempre dentro de si a possibilidade de serem construídas outras identidades sociais, através de processo equivalente. É um processo infinito, cuja repetição não aumenta nem diminui a diferença, mas a leva adiante indefinidamente ao se tornar objetivo de si mesma.[473]

---

[470] Ver, a respeito, SCOTT, Joan. *Gender and Politics of History*. New York: Columbia University Press, 1988.
[471] TAGUIEFF, Pierre-André. *L'identité nationale saisie par les logiques de racisation. Aspects, figures et problèmes du racisme différentialiste*. **Mots**, Paris, vol. 12, mar. 1986, p. 98.
[472] PIERUCCI, Antônio Flávio. Ciladas da diferença. São Paulo: USP: Editora 34, 1999, p. 54.
[473] "O ideal democrático quis lutar contra a desigualdade social afirmando que éramos todos semelhantes e que chegaria o dia em que seríamos todos cidadãos do mundo; hoje afirma o contrário, que somos todos diferentes, mas que, cada um à sua maneira, nos esforçamos em combinar livremente, em nossa experiência de vida, atividades técnicas e econômicas comuns a todos com a particularidade da identidade pessoal e coletiva de cada um" (TOURAINE, Alain. Igualdade e diversidade: o sujeito democrático. Trad. de Modesto Florenzano. Bauru: EDUSC, 1998, p. 99).

> Num caso representativo, mulheres negras acionaram a General Motors por tê-las discriminado como mulheres negras. Entretanto, o tribunal rejeitou a queixa dizendo que elas não poderiam combinar raça e gênero no mesmo caso. Elas não puderam provar discriminação de gênero porque a General Motors tinha empregado mulheres brancas, e não puderam provar que havia discriminação racial porque a General Motor empregou homens negros. Basicamente não se deu provimento à ação delas porque suas experiências não eram as mesmas dos homens negros ou das mulheres brancas.[474]

Ao se fixar o olhar em uma dada diferença, esta se torna essencial e constitui um novo padrão universal, dentro do qual vão ser os indivíduos inseridos. Eis a armadilha e o limite, pois para fugir do homem abstrato e universal, cria-se uma nova essência e uma nova universalidade em seu lugar, qual trabalho de Sísifo, nela aprisionando a diferença apontada como relevante. Sendo infinitas as diferenças, não há saída, mas reiteração do mesmo raciocínio.

> A crescente desconjunção - ou disjunção - entre pertenças sociais de todo tipo e duração, nem sempre conciliáveis apesar (ou por causa) da experimentada inconsistência das 'identidades' sócio-culturais [...] dinamizadas pela lógica da compressão de tempo-espaço, exponenciadas pela simultaneidade dos processos de sincretismo global-local, parece não ter outro fim, outro desaguadouro, que o de produzir novas identificações por sua vez provocadoras de ulteriores diferenciações. Novas diferenças coletivas e individuais sendo assim possíveis a todo instante e em qualquer lugar. Novas e muitas, múltiplas e mutáveis diferenças.[475]

A diferença vai diferindo cada vez mais, na sociedade contemporânea, e o enfoque vai se dirigindo para a interação e as interconexões das muitas identidades, decisivas no marco do multiculturalismo. O caminho da modernidade se inicia com a igualdade, passa pela diferença e desemboca nas diferenças, agora plurais.

Para o bem ou para o mal, a diferença proliferante é o destino do nosso tempo.

3.3 Diversidade e multiculturalismo

---

[474] CRENSHAW, Kimberle. A construção jurídica da igualdade e da diferença. **In**: DORA, Denise Dourado. Feminino - Masculino: igualdade e diferença na justiça. Porto Alegre: sulina, 1997, p. 24.
[475] PIERUCCI, Antônio Flávio. Ciladas da diferença. São Paulo: USP: Editora 34, 1999, p. 154.

Não pode ser desconsiderado o fato que a aids e o desafio de sua busca pela igualdade se insere no debate contemporâneo acerca do multiculturalismo e seus compromissos com a diversidade, que se apresenta a partir dos movimentos em defesa do direito à diferença. Constitui, em verdade, uma das marcas das sociedades atuais a complexa e tensa convivência entre indivíduos considerados diferentes, segundo múltiplas identidades, sejam elas sociais, culturais, raciais, econômicas, jurídicas ou políticas.

Muito embora sua importância tenha sido acentuada a partir da segunda metade do século XX, o multiculturalismo parece recobrir boa parte da história ocidental. Em suas manifestações pré-modernas, caracterizou-se pela visão etnocêntrica e como justificativa para a dominação do outro, do diferente, do portador de uma identidade externa e diversificada aos grupos das nacionalidades em construção. Nesse rumo, por exemplo, Aristóteles elaborou justificativas para a escravidão, para a submissão das mulheres e para a hierarquização da sociedade com base em leis naturais.[476] De igual modo, a era medieval, fortemente estratificada, conheceu tantas atrocidades praticadas em razão da diversidade cultural que seria demasia lhes fazer menção em detalhe.[477]

Já a modernidade irá percorrer distintas trilhas ao problematizar o multiculturalismo. Inaugurada a fase das expedições e descobrimentos, a partir do século XV, os confrontos entre culturas e civilizações antes desconhecidas passam a ser freqüentes. Os espantosos encontros e as perplexidades decorrentes instigam os europeus colonizadores a pensar o outro, ainda que de início reputado selvagem, bárbaro ou primitivo, a partir das diferenças observadas, fazendo nascer estudos voltados à compreensão dessa diversidade.

A primeira linha desenvolvida teve cunho evolucionista, baseada na idéia de progresso, em que a necessária sucessão de etapas a serem percorridas pelas civilizações, desde estádios primitivos até outros mais avançados, revelaria o homogêneo desenvolvimento das potencialidades humanas.[478] Lamentavelmente, esse

---

[476] Os elementos fornecidos podem ser encontrados, especialmente, na Política (ARISTÓTELES. Política. Trad. de Mário da Gama Kury. Brasília: Universidade de Brasília, 1985) e na Ética a Nicômacos (ARISTÓTELES. Ética a Nicômacos. Trad. de Mário da Gama Kury. Brasília: Universidade de Brasília, 1985).

[477] Nesse sentido, consulte-se ROBINSON, Cedric. *Ota Benga's flight through geronimo's eyes: tales of science and multiculturalism*. **In:** GOLDBERG, D. T. (org.). *Multiculturalism: a critical reader*. Oxford: Blackwell Publishers, 1996, p. 388-389.

[478] Em sua obra clássica, Lewis MORGAN assevera que "*así como es innegable que ciertas porciones de la familia humana hayan existido en estado de salvajismo, otras en estado de barbarie, y todavía otras en estado*

discurso manteve a hierarquia entre raças superiores e inferiores, apta a justificar os regimes de conquista, de colonialismo, de escravidão e de imperialismo.[479]

O contraponto será fornecido pelas escolas difusionistas, que rompem a centralidade do padrão europeu ocidental e abrem a possibilidade de múltiplas abordagens das culturas humanas, desde os seus particulares aspectos.[480] Grupos irão investigar as relações entre a cultura e o ambiente em que se insere; outros irão relacionar a personalidade dos indivíduos com a cultura em que vivem; ainda outros se ocuparão das fortes implicações da linguagem na cultura.

Gradativamente, portanto, o etnocentrismo absoluto vai se relativizando, permeado por múltiplos aportes teóricos e confrontado com formas incomensuráveis de dar solução aos limites existenciais do homem. Desde então, etnocentrismo e relativismo irão medir forças na arena da modernidade, no debate multiculturalista.

O uso do termo comporta vários significados, conforme a perspectiva ideológica de quem o adote.[481] Na visão liberal, por exemplo, pode denotar uma pluralidade desvinculada de qualquer contexto histórico, na qual as contradições decorrentes da raça, classe social ou gênero devem ser harmonizadas dentro da estrutura de poder dominante.[482] Em não o sendo, configurar-se-ia em poderosa força desagregadora, desestabilizando perigosamente a sociedade.[483]

---

de civilización, también parece serlo que estas tres condiciones distintas están vinculadas entre sí por una sucesión, tan natural como necesaria, de progreso. Además, que esta sucesión ha sido históricamente verdadera en la totalidad de la familia humana hasta el estadio alcanzado por cada rama respectivamente, aparece como probable ante las condiciones bajo las cuales se produce todo progreso y el conocido adelanto de varias ramas de la familia a través de dos o más de tales condiciones" (*La sociedad primitiva*. Trad. de Luis María Torres *et alli*. Buenos Aires: Editorial Lautauro, 1946, p. 21).

[479] Nesse sentido, ver SILVÉRIO, Valter Roberto. O multiculturalismo e o reconhecimento: mito e metáfora. **Revista USP**, n.º 42, jun./ago. 1999, São Paulo: USP/CCS, 1999, p. 46.

[480] Expressão importante dessa corrente de pensamento, Gilberto Freyre vai revelar a cultura brasileira fora dos parâmetros de uma evolução universal e linear, através da análise microscópica do cotidiano e do estudo detalhado das práticas econômicas e sociais vigentes ao longo de nossa história. Entendeu fundamental diferenciar raça e cultura, discriminando "entre os efeitos de relações puramente genéticas e os de influências sociais, de herança cultural e de meio". Ainda, admitiu a "influência considerável, embora nem sempre preponderante, da técnica da produção econômica sobre a estrutura das sociedades" (Casa grande e senzala. 14ª edição. Recife: Imprensa Oficial, 1966, pp. XXV-XXVI).

[481] "O multiculturalismo pode ser definido através de uma variedade de constructos ideológicos e de significados como um terreno de luta em torno da reformulação da memória histórica, da identidade nacional, da representação individual e social e da política da diferença" (SILVÉRIO, Valter Roberto. O multiculturalismo e o reconhecimento: mito e metáfora. **Revista USP**, n.º 42, jun./ago. 1999, São Paulo: USP/CCS, 1999, p. 46).

[482] Há, mesmo, quem sustente a inevitabilidade do reconhecimento universal dos princípios constitutivos da democracia capitalista liberal. Nesse sentido, a conjugação da habilidade do capitalismo em satisfazer desejos e ambições com os avanços da ciência moderna na promoção de meios para superar as dificuldades inerentes à vida humana teria transformado a história, fazendo com que as aparentes diferenças entre os povos, linguagens e culturas se apresentem com meros estágios no curso do desenvolvimento histórico rumo ao *american way of life*,

Num mundo irremediavelmente pluralista, a coexistência da multiplicidade pode levar a conflitos, pois o encontro de diferenças não é pacífico.[484] Somente a tolerância diante da diferença e a liberdade de viver as próprias especificidades possibilita a convivência pacífica. Ainda que os indivíduos não possam compartilhar padrões éticos gerais, universais e completos, poderão ser estabelecidos mínimos éticos pelos quais os integrantes de diferentes grupos possam criar teias de mútua compreensão para empreendimentos comuns.[485]

A diversidade não é sedutora, porque muitas vezes ofende os padrões dela divergentes e, em outras, atrai o julgamento negativo sobre certas condutas diferenciadas. E isso porque as visões universalistas da experiência humana pretendem determinar não só o comportamento dos seus adeptos, mas também de todas as outras pessoas, condenando como heresia ou perversão as atitudes independentes.

Em verdade, a tolerância não tem sido a diretriz mais freqüente no enfrentamento da diversidade, sendo inúmeros os assassinatos perpetrados em razão de diferentes visões acerca da justiça, da dignidade humana, da correção ideológica, da pureza étnica e de outros motivos nem tão expressivos.[486] A repressão diminui na medida em que as pessoas se dispõem a aceitar as escolhas alheias, apesar de considerá-las equivocadas, pois só faz sentido a tolerância em relação àquilo que é considerado errado ou impróprio.

Isso não significa que a diversidade seja necessariamente algo bom em si mesmo. Segundo a versão bíblica, o mal é centrífugo, dispersante, separador e

---

futuro - eterno presente - de toda a humanidade (FUKUYAMA, Francis. *The end of history and the last man.* New York: Free Press, 1992, pp. 333 e segs.).

[483] Conforme sustenta GIROUX, Henry. *Insurgent multiculturalism and the promise of pedagogy.* **In:** GOLDBERG, D. T. (org.). *Multiculturalism: a critical reader.* Oxford: Blackwell Publishers, 1996, p. 336.

[484] Durante o século XX, em numerosas ocasiões houve tentativas de destruir grupos culturais, políticos ou étnicos diferenciados, através de métodos massivos e cruéis (assim agiram Hitler na Alemanha nazista, Stalin na União Soviética comunista, Pol Pot na Coréia, dentre outros). Porém, apesar das repressões brutais, a diversidade persiste, não sendo bem sucedida nenhuma dessas estratégias.

[485] Conforme ENGELHARDT JR., H. Tristram. Fundamentos da bioética. Trad. de José A. Ceschin. São Paulo: Loyola, 1998, p. 16. Este autor designa de 'estranhos morais' as "pessoas que não compartilham premissas ou regras morais de evidência e inferência suficientes para resolver as controvérsias morais por meio de uma sadia argumentação racional, ou que não têm um compromisso comum com os indivíduos ou instituições dotados de autoridade para resolvê-las" (p. 32). Ao inverso, "amigos morais são aqueles que compartilham uma moralidade essencial, de maneira que podem resolver as controvérsias morais por meio de um argumento moral sadio recorrendo a uma autoridade com reconhecida jurisdição" (p. 32).

[486] Nesse sentido, ENGELHARDT JR., H. Tristram. Fundamentos da bioética. Trad. de José A. Ceschin. São Paulo: Loyola, 1998, p. 46.

pessoal.[487] Também se apresentam situações atuais em que a diversidade é perversa, por incluir uma série de estilos de vida discordantes e comunidades alternativas, muitas das quais xenófobas, excludentes, agressivas e intransigentes.

O constitucionalismo moderno sofreu os influxos da diversidade especialmente através das alterações do clássico conceito político de nação, impulsionador de preconceitos estereotipados. "O novo auto-entendimento como nação foi com freqüência empregado para hostilizar todas as coisas estrangeiras, para menosprezar as demais nações e para discriminar ou excluir minorias nacionais, étnicas ou religiosas".[488]

A coexistência, em um mesmo território, de variados grupos étnicos, culturais e religiões, põe em questão a tradicional visão liberal de igualdade que sempre ignorou as diferenças sociais, econômicas e culturais presentes na população.

> O multiculturalismo é a expressão da afirmação e da luta pelo reconhecimento desta pluralidade de valores e diversidade cultural no arcabouço institucional do Estado democrático de direito, mediante o reconhecimento dos direitos básicos dos indivíduos enquanto seres humanos e o reconhecimento das 'necessidades particulares' dos indivíduos enquanto membros de grupos culturais específicos.[489]

Por tradição, somente são considerados cidadãos as pessoas nascidas em determinado país. A cidadania é vista como relação de filiação, de sangue, entre os membros de uma nação, e implica a exclusão dos imigrantes e estrangeiros dos benefícios inerente à cidadania. Há também a visão republicana, que funda a cidadania no contrato social, por considerar inaceitável a restrição a determinações de ordem biológica. A Revolução Francesa, por exemplo, em exceção histórica, concedeu cidadania aos estrangeiros. Como se lê na inscrição de sua estátua em Paris, Thomas Paine era cidadão do mundo, inglês por nascimento, cidadão francês por decreto e americano por adoção.

---

[487] Jesus, ao indagar ao diabo, quando o expulsou do geraseno, qual era o seu nome, este respondeu: "meu nome é legião".

[488] HABERMAS, Jürgen. O Estado-Nação europeu frente aos desafios da globalização. **Novos Estudos Cebrap**, n.º 43, novembro, 1995, p. 90.

[489] COSTA, Sérgio. Categoria Analítica ou *Passe-Partout* Político-Normativo: Notas Bibliográficas sobre o Conceito de Sociedade Civil". **BIB – Revista Brasileira de Informação Bibliográfica em Ciências Sociais**, n.º 43, 1997, p.159.

A dissociação entre nacionalidade e cidadania confere a esta última uma dimensão puramente jurídica e política, afastando-a da dimensão cultural existente em cada nação. A cidadania poderia gozar de proteção transnacional, com base nos direitos humanos. Por esta concepção, seria possível pertencer a uma comunidade política e nela ter participação, independentemente de ser ou não nacional.

A dissociação do conceito de cidadania da identidade nacional possibilita políticas mais amplas em relação à imigração e à proteção de direitos. Apenas um sistema constitucional democrático pode assegurar a coexistência e igualdade de diferentes modos de vida que, entretanto, devem ajustar-se a uma cultura política comum. Apenas a cidadania democrática pode abrir caminho a uma cidadania mundial.[490]

Observando as pessoas que vivem com a aids, percebe-se a construção de uma identidade pessoal e de grupo, moldada pelo conhecimento do que significa experienciar a infecção e a doença e da compreensão que os outros dela fazem. A descoincidência entre os dois planos da elaboração da identidade pode provocar danos profundos se as pessoas ou a sociedade em estão inseridos se comportarem reflexivamente, impingindo-lhes um perfil limitativo, degradante ou depreciativo de si mesmos.[491]

O reconhecimento falso ou a recusa em reconhecer pode vir a ser uma espécie de opressão aprisionadora dentro de um modo de ser falso, deformado e reduzido.[492] Assim é por não ser o reconhecimento simples cortesia, mas uma necessidade humana vital.

Desse modo, o debate contemporâneo acerca do multiculturalismo assume especial significado para esse grupo, pois persegue a desconstrução das hierarquias entre as diferentes identidades sociais e individuais, propugnando igual valor para as formas de vida e condições de todos, sejam quais forem as especificidades de cada

---

[490] HABERMAS, Jürgen. *Citizenship and National Identity: Some Reflections on the Future of Europe.* **In:** BEINER, R. (org.). *Theorizing Citizenship.* New York: State University of New York Press, 1995, p. 264.

[491] Conforme SILVÉRIO, Valter Roberto. O multiculturalismo e o reconhecimento: mito e metáfora. **Revista USP**, n.º 42, jun./ago. 1999, São Paulo: USP/CCS, 1999, p. 48.

[492] Conforme TAYLOR, C. *The politics of recognition.* **In:** GOLDBERG, D. T. (org.). *Multiculturalism: a critical reader.* Oxford: Blackwell Publishers, 1996, p. 75.

qual.[493] Procura-se radicalizar a democracia no que diz respeito às diferenças, retirando destas o caráter de exclusão e as transformando em locais de luta franca e aberta, a fim de criar condições para a expansão da heterogeneidade e para o diálogo crítico entre as diversas comunidades políticas constituintes do espaço público.[494]

4. Constitucionalismo e igualdade

Os percursos modernos do princípio da igualdade, até agora referidos, irão contaminar, decisivamente, a sua hermenêutica jurídica. Sociedades multiculturais, permeadas pelas diferenças, reguladas por um modelo internacionalizado e imersas em contradições e ambigüidades, são também marcadas pela formação e consolidação do constitucionalismo, hoje prevalente nos países ocidentais.

Se a referência moderna ao princípio da igualdade se encontra na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, através do reconhecimento de que "os homens nascem e são livres e iguais em direitos",[495] o seu desenvolvimento se dá com a sua reprodução nos textos constitucionais modernos, em diferentes redações, segundo os momentos históricos vividos, mas dentro da mesma matriz conceitual.[496]

A linguagem peremptória adotada pela Constituição Federal de 1988 e as seguidas menções ao princípio[497] não permitem pôr em questão a proeminência da igualdade em nosso ordenamento jurídico.

Não obstante, a simples enunciação do princípio não significa que tudo esteja resolvido. Ao contrário, muito há com que se preocupar, desde a elaboração da

---

[493] Conforme SILVÉRIO, Valter Roberto. O multiculturalismo e o reconhecimento: mito e metáfora. **Revista USP**, n.º 42, jun./ago. 1999, São Paulo: USP/CCS, 1999, p. 51.

[494] Nesse sentido, SILVÉRIO, Valter Roberto. O multiculturalismo e o reconhecimento: mito e metáfora. **Revista USP**, n.º 42, jun./ago. 1999, São Paulo: USP/CCS, 1999, p. 51.

[495] Art. 1º, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789 (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, GRINOVER, Ada Pellegrini e FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Liberdades públicas: parte geral. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 58).

[496] "A despeito de se tratar de princípio [...] clássico, a cada reforma do sistema constitucional o legislador constituinte sente a necessidade de reescrevê-lo com tintas mais veementes e com maior abrangência, atento a que a idade avançada da isonomia não tem garantido suficientemente a igualdade de tratamento a que se propõe" (LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. Isonomia entre os sexos no sistema jurídico nacional. São Paulo: Editora RT, 1993, p. 12).

[497] "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza" (art. 5º, *caput*), "garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito [...] à igualdade" (art. 5º, *caput*) e "homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações" (art. 5º, inciso I), todos da Constituição Federal.

legislação infraconstitucional, que muitas vezes não é compatível com o princípio, até a construção das normas jurídicas para a solução dos casos concretos, que suscitam dúvidas muitas vezes insuperáveis.

Há que se observar, antes de mais nada, que o princípio da igualdade, conforme a sua compreensão moderna, traduz uma preocupação normativa e não descritiva. Isso significa que a igualdade é um princípio e se localiza no plano da prescrição, não da asserção. Em outros termos, a igualdade deve ser percebida como norma e a diferença como fato, pois no sentido descritivo é inconcebível a igualdade absoluta entre todos os seres humanos.

Na qualidade de norma constitucional, a igualdade não descreve, mas prescreve e, assim como todas as demais normas jurídicas, sujeita-se a certo grau de inefetividade, manifestada por uma variedade de discriminações que se contrapõem ao Direito.

O igual respeito pelo Direito, o núcleo do princípio da igualdade, ainda é, infelizmente, irrealizado, na medida em que suas violações são observadas pelos aspectos sociais, econômicos, políticos e culturais dominantes. No entanto, isso não o torna inútil ou sem valor jurídico. Existem aspectos teóricos da normatividade do princípio da igualdade e outros práticos da efetividade do mesmo princípio. Desta maneira, o impasse se situa na construção e implementação da sua garantia, apta a diminuir o hiato que existe entre normatividade e efetividade, entre valor jurídico e a realidade efetiva. Perceber esta diferenciação significa criticar o fato, e não a norma. Ou seja, deve ser atacada a violação ao princípio e não o princípio em si, o qual, apesar de muitas vezes inefetivo, não merece ser abolido apenas pela constatação da sua inobservância concreta.

O problema é que a noção de igualdade é ambígua, comportando análises tanto sob o enfoque de atos a serem praticados quanto das conseqüências concretas deles advindas. Coexistem a igualdade de fato e a de direito, dentro do assim chamado paradoxo da igualdade:

> *Quien desee crear igualdad de hecho tiene que aceptar una desigualdad* de iure. *Por outra parte, debido a la desigualdad fáctica de las personas, la igualdad* de iure *deja siempre que existan algunas desigualdades de hecho y, a menudo, hasta las refuerza. Si se adscribe al*

> *artículo 3 párrafo 1 LF tanto un principio de la igualdad* de iure *como así también un principio de la igualdad de hecho, se produce ya dentro del marco de la máxima de igualdad una colisión fundamental: lo que según uno de los principios es un tratamiento igual es, según el outro, un tratamiento desigual y vice versa. Por ello, si se unen ambos principios en un principio superior de igualdad, puede decirse que este principio amplio de la igualdad implica una 'paradoja de la igualdad'.*[498]

Apesar da sua expressão ser relativamente simples, a igualdade não é de fácil apreensão, revelando pontos de extrema dificuldade na sua concreta elucidação. A igualdade não é uma, são muitas.[499] Parece que a conquista real da igualdade sempre remanesce refém da diversidade humana, não conseguindo o direito, com sua apreciação redutora, conformar a realidade.

Pelo destaque que se lhe dá nos textos constitucionais brasileiros, percebe-se a sua importância e a sua complexidade, cuja compreensão tem desafiado juristas e filósofos. Talvez o aspecto mais denso de seu conteúdo resida na sua polaridade interna. Ao diverso de outros princípios, também importantes, em que os respectivos opostos representam a sua negação, o contrário da igualdade, a diferença, não a nega, mas a integra e a consubstancia. Assim o expressa Alexy:

> *Por lo tanto, el principio general de igualdad dirigido al legislador no puede exigir que todos deban ser tratados exactamente de la misma manera y tampoco que todos deban ser iguales en todos los respectos. Por outra parte, no puede permitir toda diferenciación y toda distinción si há de tener algún contenido. Cabe preguntarse si y cómo puede encontrarse una via media entre estos extremos.*[500]

---

[498] Em tradução livre: "quem deseja criar igualdade de fato tem de aceitar a desigualdade *de iure*. Por outra parte, devido à desigualdade fática entre as pessoas, a igualdade *de iure* deixa sempre que permaneçam algumas desigualdades de fato e, com freqüência, até as reforça. Se se relaciona ao artículo 3°, parágrafo 1°, da LF, tanto um princípio de igualdade *de iure* como também um princípio de igualdade de fato, produz-se já dentro do marco da máxima de igualdade uma colisão fundamental: o que conforme um dos princípios é um tratamento igual, é, conforme o outro, um tratamento desigual e vice-versa. Por isso, se se unem ambos os princípios num princípio superior de igualdade, pode se dizer que este princípio amplo da igualdade implica um 'paradoxo da igualdade' (ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Trad. de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 404).

[499] Como refere Castanheira Neves, "é um daqueles que, pela densa carga ideológica que lhes vai imanente, não permanecem inalterados no seu sentido autêntico ao longo do tempo, apesar da constância das fórmulas, e antes terão de ser sempre compreendidos no contexto histórico e social em que se proclamem" (**apud** CORREIA, Fernando Alves. O plano urbanístico e o princípio da igualdade. Coimbra: Almedina, 1997, p. 395).

[500] Em tradução livre: "Portanto, o princípio geral de igualdade dirigido ao legislador não pode exigir que todos devam ser tratados exatamente da mesma maneira e, tampouco, que todos devam ser iguais em todos os aspectos. Por outra parte, não pode permitir toda diferenciação e toda distinção, necessitando possuir algum conteúdo.

A fórmula geral e tradicional, de que todos são iguais perante a lei, durante muito tempo foi entendida como igualdade na concreção do Direito, ou seja, o princípio só vincularia os órgãos que operam o Direito, mas não ao legislador.[501]

Apesar de ser complexa em seus detalhes, apresentando conceitos vagos, ambíguos e valorativamente abertos, o seu núcleo essencial é relativamente simples, exigindo que toda norma jurídica seja aplicada, sem considerar as pessoas envolvidas, a todas as hipóteses que recaiam no seu âmbito de incidência e, de outro lado, a nenhum caso que nele não incida. Em outras palavras, as normas jurídicas devem ser obedecidas.[502]

Contra essa limitação de significado do direito de igualdade pesam fortes argumentos. O primeiro deles diz respeito ao fato que está ele incluído entre os direitos fundamentais e, por isso, vincula também o legislador, conforme disposição expressa constitucional. Em segundo lugar, seria contrário ao espírito do texto constitucional que, de pronto, teria vinculado o legislador justamente ao princípio de igualdade e que teria renunciado a uma formulação tal só porque ela seria supérflua em vista da referida disposição.[503]

O mandado de igualdade na formulação do Direito exige que todos sejam tratados igualmente pelo legislador. Isso não significa que todos devam ser considerados igualmente em todas as situações jurídicas, o que conduziria a normas não só disfuncionais, desbaratadas e injustas, mas também eliminaria os pressupostos para o exercício de atribuições legais.

Cabe se perguntar se e como pode se encontrar uma via intermédia entre estes extremos" (ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Trad. de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 385).

[501] De acordo com ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Trad. de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 382.

[502] Conforme ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Trad. de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 382.

[503] Discernindo igualdade na lei e igualdade perante a lei, assim se pronunciou o Supremo Tribunal Federal: "A igualdade na lei - que opera numa fase da generalidade puramente abstrata - constitui exigência destinada ao legislador que, no processo de sua formação, nela não poderá incluir fatores de discriminação, responsáveis pela ruptura da ordem isonômica. A igualdade perante a lei, contudo, pressupondo lei já elaborada, traduz imposição destinada aos demais poderes estatais, que, na aplicação da norma legal, não poderão subordiná-la a critérios que ensejem tratamento seletivo ou discriminatório" (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção n.° 58. Relator: Ministro Celso de Mello. **Revista Trimestral de Jurisprudência**, n.° 134, p. 1.025, dez. 1990).

Baseado na concepção proporcional de Aristóteles,[504] Rui Barbosa estabeleceu a equação que vem sendo seguidas vezes repetida pelos juristas:

> A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios de inveja, do orgulho ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real. Os apetites humanos conceberam inverter a norma universal da criação, pretendendo, não dar a cada um, na razão do que vale, mas atribuir o mesmo a todos, como se todos se equivalessem. Esta blasfêmia contra a razão e a fé, contra a civilização e a humanidade, é a filosofia da miséria, proclamada em nome dos direitos do trabalho; e, executada, não faria senão instaurar, em vez da supremacia do trabalho, a organização da miséria.[505]

Aqui reside o grande problema, consistente em determinar até que ponto a desigualdade é tolerável ou desejável, através da indicação das diferenças que podem ser levadas em conta na aplicação do princípio.[506] Mas uma coisa parece certa:

> reduzido a um sentido formal, o princípio da igualdade acabaria por se traduzir num simples princípio de prevalência da lei em face da jurisdição e da administração. Conseqüentemente, é preciso delinear os contornos do princípio da igualdade em sentido material. Isto não significa que o princípio da igualdade formal não seja relevante nem seja correcto. Realça-se apenas o seu carácter tendencialmente tautológico, uma vez que o cerne do problema permanece irresolvido, qual seja, saber quem são os iguais e quem são os desiguais.[507]

---

[504] Ver, a respeito, ARISTÓTELES. Política. Trad. de Mário da Gama Kury. Brasília: Universidade de Brasília, 1985 e ARISTÓTELES. Ética a Nicômacos. Trad. de Mário da Gama Kury. Brasília: Universidade de Brasília, 1985.

[505] BARBOSA, Ruy. Oração aos moços. São Paulo: Edições de Ouro, s/d, pp. 72-73.

[506] "Sabemos que esta igualdade material não se oferece, cria-se; não se propõe, efectiva-se; não é um princípio, mas uma conseqüência. O seu sujeito não a traz como qualidade inata que a Constituição tenha de confirmar e que requeira uma atitude de mero respeito; ele recebe-a através de uma série de prestações, porquanto nem é inerente às pessoas, nem preexistente ao Estado. Onde bastaria que o cidadão exercesse ou pudesse exercer as próprias faculdades jurídicas, carece-se doravante de actos públicos em autónoma discricionariedade. Onde preexistiam direitos, imprescindíveis, descobrem-se condições externas que se modificam, se removem ou se adquirem. Assim, o conteúdo do direito à igualdade consiste sempre num comportamento positivo, num *facere* ou num *dare*" (MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 1988, vol. IV, pp. 96-97).

[507] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. 6ª edição. Coimbra: Livraria Almedina, 1995, p. 564.

Acresce observar que a admissão de diferenciações é histórica e ideologicamente condicionada.[508] Na falta de uma resposta correta e segura, são apresentadas fórmulas diversas.

Inexistentes igualdade e desigualdade absolutas e universais, a respeito de todos os aspectos possíveis, ambas devem ser relativizadas e entendidas com base em valorações. Em primeiro lugar, deve ser uma igualdade relativa a certas igualdades fáticas e parciais. Ademais, deve ser relativa a certos tratamentos e, em terceiro, a relativização se dá com respeito ao critério de valoração que permita dizer o que é valorativamente igual ou desigual.[509] A valoração deve ser realizada com base na razoabilidade, de forma a afastar toda arbitrariedade.[510]

Pode-se dizer, no constitucionalismo alemão, que a igualdade consiste na proibição de arbitrariedade, de excesso ou de desproporcionalidade, ou seja, o critério para se estabelecer as diferenciações deve ser razoável e proporcional aos valores constitucionais. Trata-se de um problema de valoração, portanto.

A admissibilidade ou não de diferenciações está limitada à presença de razões suficientes que as justifiquem. Se não houver razões suficientes para permitir um tratamento desigual, é obrigatória a igualdade de tratamento. Se, ao diverso, estiverem presentes razões suficientes para determinar um tratamento desigual, este passa a ser não só possível, como também obrigatório.[511] É o que a doutrina portuguesa tem denominado de desdobramento do princípio da igualdade, em proibições às

---

[508] Conforme TORRES, Ricardo Lobo. Os direitos humanos e a tributação - imunidades e isonomia. São Paulo: Renovar, p. 263.

[509] Consoante ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Trad. de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 387-388.

[510] O Tribunal Constitucional alemão desenvolveu alguns princípios para detectar desigualdades: um critério material, na década de 50, segundo o qual há ofensa à igualdade se não é apresentado um fundamento racional, material ou derivado da natureza das coisas para a diferenciação ou igualação estabelecidas; um critério pessoal, na década de 80, entendendo que a igualdade é desrespeitada ao se tratar um grupo de pessoas de forma diferente em comparação a outro grupo, sem que estejam presentes diferenças de qualidade ou peso que justifiquem o tratamento desigual (TORRES, Ricardo Lobo. Os direitos humanos e a tributação - imunidades e isonomia. São Paulo: Renovar, p. 263).

[511] Segundo as fórmulas apresentadas por Robert ALEXY: "*si no hay ninguna razón suficiente para la permisión de un tratamiento desigual, entonces está ordenado un tratamiento igual*"; "*si hay una razón suficiente para ordenar un tratamiento desigual, entonces está ordenado un tratamiento desigual*" (*Teoria de los derechos fundamentales*. Trad. de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 395-397).

arbitrariedades e aos tratamentos discriminatórios injustificáveis, e em obrigações de diferenciação.[512]

No Brasil, Bandeira de Mello produziu estudo aprofundado dos critérios admissíveis para a desigualação, identificando-os através da análise pormenorizada de três questões:[513] o elemento tomado como fator de desigualação; a correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido em critério de discrímen e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado; e a consonância desta correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional e destarte juridicizados.

Em relação ao fator de discriminação, há requisitos a serem considerados.[514] Em primeiro lugar, a lei não pode erigir em critério diferencial um traço tão específico que singularize no presente e definitivamente, de modo absoluto, um sujeito a ser colhido pelo regime peculiar, para efetiva garantia individual contra perseguições, por um lado, e para tolher favoritismos, de outro. Ademais, traço diferencial adotado, necessariamente, há de residir na pessoa, coisa ou situação a ser discriminada, ou seja, elemento algum que não exista nelas mesmas poderá servir de base para sujeitá-las a regimes diferentes.

Quanto ao vínculo de conexão lógica ou relação de pertinência lógica entre o fator de discrime e a desequiparação procedida, é considerado como o cerne do exame de correção de uma norma em face do princípio isonômico, pois nenhuma discriminação pode ser gratuita ou fortuita. Há de se ter uma razão para tanto.[515]

Em conseqüência, o igual não deve ser tratado arbitrariamente de modo desigual, pois existe uma igualdade essencial apenas e tão somente quando se qualifique de arbitrário o tratamento com base na desigualdade.[516]

Nesse sentido, conforme o valor prevalente, assume a igualdade diferentes feições. No liberalismo, a liberdade é o signo que orienta a identificação das discriminações, sendo considerada contrária à igualdade toda conduta que imponha

---

[512] Conforme ALBUQUERQUE, Martim de. Da igualdade: introdução à jurisprudência. Coimbra: Almedina, 1993, p. 334.

[513] Tais questões são fornecidas por MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. 3ª ed. São Paulo, Malheiros, 1999, p. 21.

[514] Segundo MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. 3ª ed. São Paulo, Malheiros, 1999, p. 23.

[515] Conforme MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. 3ª ed. São Paulo, Malheiros, 1999, p. 39.

[516] De acordo com ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Trad. de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 391-392.

interferências na liberdade. No socialismo, ao diverso, a igualdade se traduz na justa distribuição dos bens sociais e as discriminações residem na falta de acesso a esses bens.

O seu arcabouço, portanto, seria vazio, a ser preenchido pelo conteúdo advindo dos diversos valores constitucionais, harmonizados em suas comparações subjetivas.[517] Dele participam, decisivamente, as idéias de justiça, segurança e liberdade.[518]

Se houver fundamento suficiente na justiça, na segurança ou na liberdade não se está diante de um privilégio ou de uma discriminação negativa, mas sim de um direito legítimo, garantido pelo ordenamento jurídico.[519] Estabelecer proteções especiais aos idosos, às crianças e adolescentes, às pessoas portadoras de deficiência, aos doentes, às regiões mais empobrecidas representa a aplicação dos objetivos fundamentais da nossa República,[520] com vistas à equalização de situações concretas.

Ao se falar em justificativas suficientes para o tratamento desigualador e, na respectiva ausência, na imposição do tratamento igualitário, está-se no terreno da igualdade referida aos atos a serem praticados, e não voltada para as conseqüências que deles possam advir. Manifestam uma preferência básica em benefício do princípio da igualdade *de iure*.

Todavia, ao se buscar a igualdade de fato, é imprescindível a identificação de razões aptas a fundamentarem um determinado tratamento desigual *de iure*, necessário para a obtenção da igualdade fática. Aqui se encontra o ponto crítico, em que se revela o conflito entre as duas formulações da igualdade.

Na construção da possível solução, há de se ter em conta que são princípios que se opõem e o tratamento a ser dado à colisão de princípios remete à aplicação da proporcionalidade ou da proibição de excesso.

Contra a idéia de igualdade de fato há toda uma argumentação jurídica solidamente construída ao longo da trajetória do Estado liberal. Segundo seus

---

[517] Assim se expressa TORRES, Ricardo Lobo. Os direitos humanos e a tributação - imunidades e isonomia. São Paulo: Renovar, p. 266.

[518] Conforme TORRES, Ricardo Lobo. Os direitos humanos e a tributação - imunidades e isonomia. São Paulo: Renovar, p. 266.

[519] Como exemplo, pode ser referida a Constituição do Canadá que, ao vedar desigualdades e discriminações, ressalva: "O parágrafo 1° não proíbe os programas e as atividades destinados a melhorar a situação dos indivíduos ou grupos desfavorecidos, principalmente em razão da raça, origem nacional ou étnica, cor, religião, sexo, idade ou deficiências mentais ou físicas" (art. 15, 1).

[520] "Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais" (Constituição Federal, art. 3°, inciso III).

opositores, a igualdade de fato seria uma base demasiada insegura para sustentar o reconhecimento judicial, pois os tribunais precisariam incursionar por questões não suscetíveis de tratamento judicial e levar a cabo a elaboração de uma política social, mediante a ultrapassagem de suas competências. Não só ingressaria no campo de ação do legislador, mas determinaria, de forma direta e considerável, medidas de cunho financeiro e orçamentário, com todas as suas implicações jurídicas.[521]

Em favor da igualdade de fato pode ser lembrado o princípio da dignidade humana e a correspectiva necessidade de se garantir um mínimo vital a todos os indivíduos. Esse é um conceito relativo, cujo conteúdo é preenchido pela comparação com as condições gerais da sociedade onde será aplicado. A partir da determinação de seu conteúdo, podem ser identificadas razões suficientes para a concretização de medidas jurídicas determinantes da igualdade de fato.[522]

---

[521] Assim expõe ALEXY, Robert. Teoria de los derechos fundamentales. Trad. de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 410-411.

[522] Conforme ALEXY, Robert. Teoria de los derechos fundamentales. Trad. de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 414.

CAPÍTULO IV
IGUALDADE E DIREITOS EM TEMPOS DE AIDS

Com base na visão inicial da igualdade formal, o Direito foi construindo alguns modelos de operacionalização do princípio, que traduzem as possibilidades abertas pelo reconhecimento das diferenças e da construção de novos direitos. É interessante observar que os padrões de atuação da igualdade, embora respondam a fundamentos teóricos distintos, coexistem e operam concomitantemente na realização do Direito.

É o caso da aids, que provocou respostas legislativas e judiciais segundo parâmetros diversos de igualdade, ora estabelecendo diferenciações, ora não as admitindo.

Como visto, as idéias de igualdade e de diferença são ambíguas e têm sido objeto de crítica por variados motivos. Não tanto em relação ao valor igualdade, mas sim quanto ao conceito que o expressa, tal como vem sendo compreendido dentro da tradição do pensamento ocidental, em especial a partir da origem do Estado moderno.

As críticas quase nunca propõem o afastamento do princípio, porém a sua apreensão sob diferentes enfoques.[523] Com a reivindicação do direito à diferença, contesta-se a concepção concernente à igualdade como falsa universalização do homem, mediante a exclusão de tratamento normativo das várias diferenças passíveis de constatação, bem como através da identificação de uma parcela privilegiada de seres humanos com a sua totalidade. É a igualdade homologatória das diferenças, por assimilação ao sujeito abstrato e universal, ou seja, uma ficção de igualdade que deixa a desigualdade sobreviver de fato como produto do desconhecimento da diferença.

Nesse sentido, a igualdade se opõe às diferenças entendidas não como valores, mas sim como fatos concretamente observados; não como princípios normativos, mas sim como descrições da realidade; não como expressões do dever ser, mas sim como manifestações da esfera do ser. A igualdade é negada por existirem diferenças ou é afirmada, porque inexistem, por ficção, as diferenças. Erige-se uma hipótese empírica que nega ou ignora as diferenças, fazendo indevida abstração delas, cujo resultado é uma mistificação.

---

[523] FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil.* Trad. de Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. Madrid: Editorial Trotta, 1999. p. 73.

Com as declarações de direitos, inverteu-se a lógica e passou-se a defender a igualdade no plano normativo. Não mais como tese descritiva, mas como prescrição a ser obrigatoriamente atendida. A grande inovação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, foi transformar a aspiração da igualdade em norma jurídica.[524] Desde então, a igualdade passa ser um valor a ser garantido, e não um fato observável na realidade. Quer dizer, reconhece-se a diversidade dos indivíduos e se quer impedir a sua transformação em fator de desigualdade.

O uso assertivo tornou o princípio da igualdade contraditório, pela simples constatação de que as pessoas são diferentes. A contradição só desaparece ao se reconhecer a igualdade enquanto norma. Existe, portanto, assimetria entre igualdade e diferença, por se localizarem em planos distintos. A igualdade é termo normativo, que implica no tratamento dos diferentes como iguais em direitos, impondo-se conseqüências jurídicas para a eventual inobservância do princípio. À sua vez, a diferença é termo descritivo, que constata o fato de haver diferenças entre as pessoas e elas devem ser consideradas, na aplicação do princípio da igualdade. Não é devida, então, a contraposição direta entre igualdade e diferença.

Ademais, só com a aceitação da igualdade como norma e da diferença como fato é que o princípio da igualdade adquire sentido como critério de valoração que permite reconhecer e contestar a inefetividade da primeira frente à verificação concreta da segunda.

Serão aqui consideradas, portanto, a igualdade e a desigualdade como pólos divergentes no plano jurídico, ao passo que a diferença e a identidade representarão as oposições do nível social.

Como se sabe, do ponto de vista social, vão sendo culturalmente construídas identidades entre as pessoas, a partir de certas características consideradas especialmente relevantes, compondo agrupamentos com semelhanças físicas, culturais, religiosas, econômicas, políticas e étnicas bem demarcadas.[525] Passa-se a conviver com

---

[524] O art. 1°, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, assevera que "os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos" e "as distinções sociais somente podem se basear na utilidade comum" (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, GRINOVER, Ada Pellegrini e FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Liberdades Públicas: parte geral. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 57).

[525] Como indica Alain TOURAINE, "não se trata mais de reconhecer o valor universal de uma cultura ou de uma civilização, mas, de maneira bem diferente, de reconhecer em cada indivíduo o direito de combinar, de articular em sua experiência de vida pessoal ou coletiva, a participação no mundo dos mercados e das técnicas com uma identidade cultural particular. O que é preciso reconhecer não é a inspiração universalista de uma cultura, mas a

a figura do outro, do diferente, que se expressa no reconhecimento de dessemelhanças em indivíduos não integrantes do grupo. Aqui residem as diferenças, que podem ou não ser observadas na formulação do direito.

No plano jurídico, contrapõem-se diretamente igualdade e desigualdade. A igualdade jurídica é a igualdade em direitos, podendo ser manifestada pela assertiva de que "todos são iguais perante a lei".[526]

As desigualdades jurídicas são as disparidades entre indivíduos produzidas pela diversidade de seus direitos, assim como de suas posições de poder e de sujeição. Formam as diferentes esferas jurídicas das pessoas e, como toda e qualquer norma, podem resultar, em maior ou menor grau, ineficazes. Tanto formal, quanto substancialmente, podem ser, através de múltiplas discriminações, violadas no plano fático. Consubstanciam discriminações aquelas desigualdades que contrariam o direito, pois consistem em desigual tratamento das diferenças tuteladas e valorizadas pelo ordenamento jurídico.

Cumpre observar que as múltiplas identidades[527] que os indivíduos assumem na sociedade moderna importam em fragmentação,[528] podendo o princípio da igualdade considerar ou não cada uma dessas diferentes facetas para atuar, ao impor tratamento igualitário, quando este for o mais adequado, ou diferenciador, quando este se apresentar devido.

A aids, em particular, gera e vivencia a diferença, fator importante tanto para a verificação de comportamentos discriminatórios, quanto para promover medidas protetivas aos infectados.

---

vontade de individuação de todos os que procuram reunificar o que o nosso mundo, economicamente globalizado e culturalmente fragmentado, tende sempre mais fortemente a separar" (TOURAINE, Alain. Igualdade e diversidade: o sujeito democrático. Trad. de Modesto Florenzano. Bauru: EDUSC, 1998, p. 65).

[526] Art. 5°, *caput*, da Constituição Federal de 1988.

[527] "A construção das identidades sociais tem sempre lugar no interior de relações sociais antagônicas. A multiplicação e sobreposição dos vínculos de identificação - a que hoje assistimos - particulariza as relações e, com isso, faz proliferar os inimigos e, de algum modo, trivializá-los, por mais cruel que seja a opressão por eles exercida. Quanto mais incomunicáveis forem as identidades, mais difícil será concentrar as resistências emancipatórias em projectos coerentes e globais" (SANTOS, Boaventura de Sousa. Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade. 2ª edição. São Paulo: Cortez, 1996, p. 147).

[528] "O que une os seres humanos, e os torna iguais entre si, é que todos, independentemente dos seus níveis de renda ou de educação e do país em que vivem, são lançados num mundo de mercados e de técnicas que ultrapassa o seu meio de origem, seus valores e suas formas de organização e no qual cada um corre o risco de ser reduzido a viver acontecimentos fragmentados, a ziguezaguear de uma situação a outra, perdendo a unidade da própria personalidade" (TOURAINE, Alain. Igualdade e diversidade: o sujeito democrático. Trad. de Modesto Florenzano. Bauru: EDUSC, 1998, p. 69).

Na perspectiva emancipatória, igualam-se as posições em que a doença poderia ser fator de tratamento discriminatório (recusa no atendimento médico, por exemplo) e desigualam-se, favoravelmente ao infectado, as posições em que a doença revela vulnerabilidades sociais, não sendo suficiente o tratamento igualitário para a preservação da dignidade (possibilidade de levantamentos do depósitos na conta do FGTS, por exemplo). Mas é importante que essa diferenciação não vá ao ponto de propiciar vantagens excessivas em situações nas quais não havia risco para a dignidade (utilização da doença como causa excludente da ilicitude penal, por exemplo).

Em outro sentido, sob a ótica redutora de direitos, pode-se tratar igualmente os doentes nas situações em que a doença é fator que compromete a posição social do indivíduo (não se autoriza o acesso a tratamentos especiais necessários, por exemplo) e discrimina-se o doente nas situações em que a doença não interfere nas relações sociais (demitindo o empregado acometido pela doença, por exemplo).

A igualdade investiga as situações sociais, compara as posições dos indivíduos e opera as correções, ou rebaixa os identificados como diferentes. Não há, assim, uma só possibilidade de atuação do princípio, mas várias, e algumas delas contrapostas entre si. Podem ser referidos pelo menos cinco padrões operacionais para a aplicação do princípio:

a. irrelevância jurídica das diferenças, sem que haja necessidade de atuação do princípio da igualdade, prevalecendo apenas as forças sociais em disputa;
b. presunção de igualdade absoluta perante o direito, sem a possibilidade de reconhecimento de qualquer fator diferencial, de modo a homogeneizar a sociedade artificialmente, ao menos dentro da ótica jurídica;
c. reconhecimento de diferenças para estabelecer seletivamente vantagens a grupos determinados, ao tempo em que se mantém todos os demais em situação inferior para o direito;
d. reconhecimento de diferenças para fixar tratamento negativo e discriminatório a grupos considerados inferiores ou perigosos;
e. reconhecimento de diferenças para emancipar aqueles que se encontram em situações de vulnerabilidade social, restaurando-lhes os direitos fundamentais e a dignidade humana.

A seguir, são apresentados as aplicações dos padrões de configuração jurídica, em maior detalhe, no que concerne aos direitos das pessoas que convivem com o HIV e a aids.

Na primeira operação do princípio, as diferenças constatadas no âmbito social não são valorizadas, nem desvalorizadas pelo direito, ou seja, não são tuteladas, protegidas, nem reprimidas se violadas, porque são simplesmente ignoradas. Esse é o paradigma que pode ser encontrado em autores como Hobbes, ao descrever o estado da natureza.[529]

Sendo um modelo quase anarquista, as suas formas mais extremadas irão retratar a ausência do direito e de direitos e as suas configurações intermediárias coincidem com os modelos liberais antigos, em que o Estado era mínimo, no que se refere ao atendimentos das necessidades fundamentais das pessoas, e prevalecia o livre jogo dos poderes privados, em especial nas relações de mercado. Aqui, o destino das diferenças se liga ao resultado das correlações de força presentes na sociedade.

Ao se adotar o segundo padrão, as diferenças passam a ser reconhecidas, mas, ao mesmo tempo, negadas, não porque algumas sejam concebidas como vantajosas e outras como desvantajosas, mas sim porque todas resultam desvalorizadas em nome de uma abstrata afirmação de igualdade. É a igualdade restrita ao seu aspecto formal, universal sem conteúdo, que elimina toda a possibilidade de distinção qualitativa e restringe a diferenciação ao plano fatual. "O princípio da igualdade formal, definitivamente, entrega o mundo das diferenças e, portanto, a individualidade implícita dos mundos vitais, à pura contingência e à eterna irrelevância".[530]

---

[529] "A natureza fez os homens tão iguais, quanto às faculdades do corpo e do espírito que, embora por vezes se encontre um homem manifestamente mais forte de corpo, ou de espírito mais vivo do que outro, mesmo assim, quando se considera tudo isto em conjunto, a diferença entre um e outro homem não é suficientemente considerável para que qualquer um possa com base nela reclamar qualquer benefício a que outro não possa também aspirar, tal como ele. Porque quanto à força corporal o mais fraco tem força suficiente para matar o mais forte, quer por secreta maquinação, quer aliando-se com outros que se encontrem ameaçados pelo mesmo perigo". Dados o "constante temor e perigo de morte violenta [...] a vida do homem é solitária, pobre, sórdida, embrutecida e curta" (HOBBES, Thomas. Leviatã, ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil. Trad. de João Paulo Monteiro e de Maria Beatriz Nizza da Silva. 4ª edição. São Paulo: Nova Cultural, 1988, pp. 74-76).

[530] BARCELLONA, Pietro. O egoísmo maduro e a insensatez do capital. Trad. de Sebastião José Roque. São Paulo: Ícone, 1995, p. 73. Ainda o mesmo autor afirma que "a função da abstração da igualdade, mesmo porque se resolve na indiferença para com a qualidade, não consente distinção, nem identificação do indivíduo que não seja puramente contingente e quantitativa. Nesses termos, pode-se afirmar que a universalidade sem conteúdo tende a resolver-se, ou antes, se resolve na organização concreta e na prática do sistema atual" (BARCELLONA, Pietro, *op. cit.*, p. 39).

As diferenças são deslocadas, reprimidas e violadas, dentro de um quadro geral de homologação, neutralização e integração. Apesar de socialmente percebidas, não são elas cristalizadas, mas anuladas em seus efeitos jurídicos, ou seja, existem socialmente, mas não importam para o direito. Há uma desvalorização das especificidades dos vários grupos que compõem a sociedade, ao ser assumida uma determinada identidade como normal e, ademais, normativa, enquanto definidora dos parâmetros a serem obrigatoriamente observados.

Propõe-se uma seriação das pessoas, como, por exemplo, ocorreu durante os regimes socialistas reais e burocráticos e como hoje fazem os regimes liberais, por assimilação inclusiva apenas daqueles que se enquadram no sujeito universalizado (*homos medio*). Por via da assimilação, as discriminações não desaparecem, mas passam a ser ocultas e mascaradas.

As mulheres, por exemplo, teriam os mesmos direitos dos homens ao serem consideradas como eles e serem assimiladas ao mesmo estilo de vida e modelos de comportamento, o que resulta em penalização concreta naquilo que compõe as suas particularidades.

Para o terceiro padrão, a atenção especial para determinados segmentos sociais expressa a valorização de algumas identidades e a desvalorização de outras, ou seja, a hierarquização da diversidade social. Assim, aquelas diferenças que são valorizadas se tornam fontes de direitos e poderes, assumindo *status* privilegiado, ao passo que as demais são neutralizadas e tornadas irrelevantes para o direito.

Opera, portanto, de modo seletivo, geralmente vinculado aos direitos sociais, sendo que a diferenciação estabelecida acaba por se constituir em instrumento de estabilização de vantagens em benefício de grupos e comunidades mais fortes e expressivas na esfera político-social. Configura um estranho desequilíbrio entre, de um lado, setores robustos e dotados de ampla visibilidade social e, de outro, amplos segmentos sociais marginalizados e invisíveis.[531]

A quarta possibilidade de operacionalização do princípio da igualdade importa no reconhecimento da diferença para estabelecer seletivamente desvantagens a determinados grupos. As diferenças sociais, assumidas como determinantes

---

[531] Conforme BARCELLONA, Pietro. O egoísmo maduro e a insensatez do capital. Trad. de Sebastião José Roque. São Paulo: Ícone, 1995, p. 55.

discriminatórias, passam a ser motivos de exclusão, sujeição e, por vezes, perseguição. Eram dominantes no mundo jurídico pré-moderno, em que os ordenamentos hierarquizavam as castas ou segmentos sociais e, apesar das revoluções liberais desfraldarem as bandeiras da igualdade e da universalidade, as primeiras declarações e constituições liberais atribuíam direitos apenas ao homem, cidadão, branco e proprietário, admitindo a sua natural convivência, por exemplo, com a escravidão e com a exclusão das mulheres.[532]

Por último, o padrão que reconhece a força criativa das diferenças se baseia no princípio normativo de igualdade frente aos direitos fundamentais e na existência de um sistema de garantias capaz de assegurar a respectiva efetividade. Garante a todos a livre afirmação da diversidade, não abandonando ninguém à sujeição à lei do mais forte, mas sim fazendo-os titulares dos direitos dos mais vulneráveis, representados pelos direitos fundamentais.

Esse padrão de aplicação da igualdade não privilegia nem discrimina nenhuma diferença, mas assume todas como dotadas de igual valor, prescrevendo-lhes respeito e acolhimento. São as diferenças valorizadas como traços da identidade pessoal, sobre cuja concreção e especificidade se funda o amor próprio e a autonomia perante os demais.

Igualdade traduz igual direito a todos à afirmação e à tutela da própria identidade, valorizando-se todas a diferenças que fazem de cada pessoa um indivíduo diverso de todos os outros e de cada indivíduo uma pessoa como as demais.

Esse direito igual é uma norma, constitucionalmente assegurada,[533] cuja chave de interpretação é justamente esse modelo de configuração jurídica das diferenças.[534]

---

[532] Todas as primeiras "sociedade modernas foram fortemente hierarquizadas, ao mesmo tempo que afirmavam a igualdade dos direitos civis. [...] Assim, foram facilmente combinados os direitos civis com a desigualdade das situações sociais, com uma forte dominação de classe, com a escravização ou a destruição dos colonizados e com uma dominação sobre as mulheres que chegou até o ponto de privá-las, por muito tempo, dos direitos civis" (TOURAINE, Alain. Igualdade e diversidade: o sujeito democrático. Trad. de Modesto Florenzano. Bauru: EDUSC, 1998, pp. 11-12).

[533] Art. 5°, *caput*, da Constituição Federal de 1988.

[534] "Art. 3° Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, juste e solidária; [...] III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação" (Constituição Federal de 1988).

1. Reconhecimento da diferença para reduzir direitos

Em algumas situações, o direito considerou as diferenças inerentes à convivência com a aids para estabelecer normas desfavoráveis aos infectados. Aqui, a antiga fórmula de tratar desigualmente os desiguais resultou em prejuízo às pessoas acometidas pela doença.

1.1 Perdas pessoais e familiares

Talvez seja a adoção um dos temas mais difíceis de serem enfrentados dentre as questões jurídicas abertas pelo advento da aids. Contrapõem-se direitos e interesses, todos dotados de grande relevância e dramaticidade social, tornando a decisão jurídica particularmente árdua, além de, muitas vezes, provocar resultados insatisfatórios.

Para iniciar o enquadramento da questão, deve-se partir das diretrizes constitucionais concernentes à proteção da família, da criança e do adolescente. Nesse rumo, constata-se o

> dever da família, da sociedade e do Estado [em] assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.[535]

Mais especificamente em relação ao tema ora tratado, prevê-se que "os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação".[536]

Há, portanto, significativa preocupação em obstar toda forma de discriminação à criança e ao adolescente, dadas as suas peculiares condições de pessoa em fase de desenvolvimento e as graves repercussões causadas pelas atitudes discriminatórios. Se

---

[535] Art. 227, **caput**, da Constituição Federal.
[536] Art. 227, parágrafo 6º, da Constituição Federal.

ao adulto se resguarda contra gravames dessa natureza, com muito maior razão assim se procederá em benefício da criança e do adolescente.

Nessa perspectiva, insere-se o problema acerca da realização de exames para detecção de anticorpos ao HIV em crianças encaminhadas ao Juizado da Infância e da Juventude para adoção. Para justificar a medida, muitas autoridades judiciárias têm argumentado com a necessidade de os adotantes serem previamente informados sobre a situação sorológica do adotado e, a partir desse conhecimento, possam decidir pela adoção com maior responsabilidade, evitando-se hipóteses em que o adotado seja abandonado pela posterior constatação de sua condição de portador do HIV ou doente de aids.[537]

Sem dúvida, é extremamente importante a preocupação em se evitar a dupla rejeição. Se a criança que é encaminhada à adoção, já tendo sofrido um primeiro processo de rejeição pelos pais biológicos, em seguida é novamente desprezada em função da sua situação sorológica, naturalmente suportará um gravame psicológico bastante doloroso.

Todavia, há outros fatores a serem considerados, especialmente pelas condições próprias em que no Brasil se dão as adoções. A observação empírica indica que, nos casos em que é previamente conhecida a situação sorológica positiva para HIV da criança encaminhada à adoção, há sistemática recusa em as aceitar. Bem por isso, são elas abrigadas em lares específicos e praticamente serão condenadas a lá viver durante toda ou, pelo menos, a maior parte de suas vidas. Muito dificilmente aparecerão pessoas dispostas a adotar essas crianças, seja pela complexidade natural da aceitação

---

[537] Conforme Miriam Ventura da SILVA, "os juízes têm permitido o exame no adotado, prevenindo-se quanto a uma futura rejeição pelos pais adotivos da criança, em razão de sua soropositividade" (Direitos das pessoas vivendo com HIV e aids. Rio de Janeiro: Grupo pela Vidda, 1993, p. 52). Também Oscar PUCCINELLI refere essa possibilidade: "*cuando se adopta a un bebé o niño sin saber que es portador del H.I.V., pues al hacerse patente la deficiencia algunos padres - inclusive los naturales - los recluyen o lisa y llanamente los abandonan. Por ello, entendemos que corresponde realizar a cada bebé o niño el examen antes de ofrecerlo en adopción, para conocimiento de los futuros padres adoptivos, pues aun cuando aplicásemos a estos con el máximo rigor las sanciones legalmente disponibles, no repararíamos el daño causado por la pérdida de esta nueva familia - que se sumaría a la de la anterior - produciendo al menor, en la mayoría de los casos, daños muy probablemente irreparables*". O mesmo autor refere, por igual, a hipótese inversa, em que também indica a realização de exames: "*cuando los futuros adoptantes, o uno de ellos, está infectado, pues sin duda la existencia de un padre enfermo (o los dos) será un hecho que influirá gravemente en la vida del menor y, como en el anterior supuesto, le adicionará la pérdida de parte o la totalidad de su nueva familia. En este caso, también entendemos que resulta imprescindible realizar los tests a los eventuales padres adoptivos ponderando adecuadamente los riesgos para el menor, en especial se ambos postulantes son seropositivos*" (PUCCINELLI, Oscar Raul. *Sida, constitución y derechos humanos*. Palestra proferida no Seminário Estadual Direitos Humanos em HIV/Aids, Curitiba, 4 e 5 dez.1997, mimeo, p. 33).

da doença e da necessidade de tratamento, seja pela existência de outras crianças, não infectadas, disponíveis também para a adoção. Sendo esse um ato de desprendimento, a experiência mostra que haveria muito poucas pessoas com a generosidade suficiente e com o espírito de sacrifício a se dispor a adotar crianças cuja situação sorológica positiva já fosse antecipadamente conhecida.

Contrapõem-se, então, duas expectativas amargas: de um lado, a possibilidade de uma segunda repulsa à criança após a adoção e, de outro, a probabilidade de uma rejeição permanente, antes mesmo de ela ser adotada.

A tanto se acresce o fato de que, no Brasil, a maior parte dos processos de adoção bem sucedidos, com plena incorporação da criança à família, são as hipóteses em que se tomam as devidas providências desde data muito próxima ao nascimento do adotando. Ocorre, porém, que os filhos de mães portadoras do HIV apresentam, ao nascer, resultados também positivos, por ainda não terem o sistema imunológico suficientemente desenvolvido e trazerem os anticorpos presentes no sangue materno. E esses resultados positivos se estendem durante um período bastante longo, por vezes alcançando até um ano ou, mesmo, dezoito meses.[538]

Ora, se houvesse a necessidade de se aguardar todo esse tempo, durante o qual a criança permaneceria numa casa de abrigo, com certeza já se estaria condenando-a a uma complicada situação de transitoriedade, com danos pessoais muitas vezes irreversíveis.

Configura-se, então, inadequado o tratamento desigual reservado às crianças encaminhadas para a adoção. Somente em presença de indicação clínica ou suspeita epidemiológica que aconselhe a efetivação de exames, em benefício da preservação da saúde da criança, é que se farão os testes para detecção de anticorpos ao HIV. Agora, como fator condicionante à adoção, não parece ser aconselhável a prática.[539]

De outro lado, há momentos em que pessoas soropositivas desejam ter filhos, pretendendo exercer o direito à constituição de família e a manter prole. No entanto, a reprodução humana envolve relações sexuais e gestação, situações com elevada possibilidade de transmissão do HIV. Entram em conflito, então, direitos pertencentes

---

[538] Ver, a respeito, Capítulo I, item 1.2, *supra*.

[539] Nesse sentido, Parecer n.º 05/95, da Câmara Técnica de Ética e Cidadania de DST/AIDS, da Secretaria de Estado da Saúde do Paraná (BRASIL. Paraná. Ministério Público. Ética e aids: pareceres, resoluções e projetos de lei em tramitação. Curitiba: Associação Paranaense do Ministério Público, 1997, p. 113).

a indivíduos diversos, cuja solução dependerá da análise de aspectos particulares de cada hipótese.

Em primeiro lugar, é considerada infração penal a prática de relações sexuais desprotegidas por quem sabe ser portador do vírus e conhece as formas pelas quais ele se transmite. Essa transmissão dolosa do HIV pode caracterizar, conforme a intenção do agente, o tipo penal de ofensa à saúde de natureza gravíssima[540] ou o de perigo de contágio de moléstia grave.[541]

Embora haja divergência quanto à caracterização de um ou de outro dos delitos referidos - sem contar aqueles que entendem como mais adequada a qualificação de homicídio à conduta de transmissão dolosa da Aids[542] - será a análise do caso concreto que irá indicar a configuração deste ou daquele ilícito penal.[543] O aparente concurso de normas penais se resolve através do princípio da subsidiaridade, em que a ocorrência efetiva da contaminação exclui o crime de mero perigo e prevalece a tipificação do crime mais grave, de dano.[544]

Ou seja, se o objetivo era apenas a prática do ato capaz de transmitir a doença e esta não se dá, o crime a ser perseguido é o do art. 131; se, ao diverso, o agente buscava a ofensa efetiva da saúde do ofendido e esta vem a se verificar, com a superveniência da soropositividade, o delito é o previsto no art. 129, parágrafo 2°, inciso II, ou art. 129, parágrafo 3°, ambos do Código Penal, conforme sobrevenha apenas a contaminação ou, ao diverso, a morte da vítima.

Assim sendo, não se permite a conjunção carnal desprotegida com a finalidade de reprodução, por colocar em evidente risco a vida e a saúde do parceiro sexual. A possível solução para o conflito de direitos, mediante a utilização do princípio da

---

[540] Conforme previsão do art. 129, parágrafo 2°, inciso II, do Código Penal: "ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem... se resulta... enfermidade incurável".

[541] De acordo com o que estabelece o art. 131, do Código Penal, consistente na prática, "com o fim de transmitir a outrem moléstia grave de que está contaminado, ato capaz de produzir o contágio".

[542] Nesse sentido, BUZAGLO, Samuel Auday. Aspectos jurídicos da AIDS. Revista dos Tribunais. São Paulo, n° 655, maio, 1990, p. 396.

[543] Segundo a doutrina prevalente, "se o contágio se dá, o fato deixará de ser crime de perigo para tornar-se crime de dano, e irá enquadrar-se na categoria das lesões corporais, lesão corporal seguida de morte, se a vítima vem a morrer da infecção" (BRUNO, Anibal. Direito Penal. Vol. I, tomo IV. Rio de Janeiro: Forense, 1966, p. 232-233). No mesmo sentido: MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de Direito Penal. Vol. 2. 3° edição. São Paulo: Atlas, 1985, p. 104; MARQUES, José Frederico. Tratado de Direito Penal, Vol. IV. São Paulo: Saraiva, 1961, p. 280.

[544] Conforme FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de Direito Penal: parte especial, arts. 121 a 160 do CP. 6° edição. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 155.

proporcionalidade, parece ser a de se efetuar a fecundação por meios artificiais, através da inseminação artificial ou da fecundação *in vitru*, conforme a conveniência.

Em segundo lugar, há questões que envolvem a própria gestação, em decorrência da probabilidade de transmissão vertical do HIV, da mãe para o filho, durante o período de gestação, por ocasião do parto ou através do aleitamento.[545] Muito embora essa possibilidade de contaminação do feto, conjugada com a certeza dos sofrimentos causados pela doença e pela morte inexorável da criança, devessem atuar como fortes fatores de desestímulo à procriação, por vezes prevalece o desejo da mulher em engravidar.

Neste aspecto, não há restrição que lhe possa ser imposta. Desde que lhe sejam fornecidas as informações devidas e a sua decisão seja tomada de forma esclarecida, não há impedimento à gravidez, dada a similaridade com outras situações em que há sérios riscos de serem geradas crianças com doenças.[546] À vida humana é inerente alguma dose de risco.

De qualquer sorte, devem ser tomadas todas as medidas terapêuticas necessárias e indicadas à redução dos riscos de infecção, as quais reduzem as possibilidades de contaminação vertical.[547]

Por último, é de se destacar que a gestante soropositiva não deve recusar ou negligenciar a tomada de providências terapêuticas indispensáveis à redução dos riscos de contaminação do nascituro. Incumbe-lhe o dever de assistência e garantia das condições de vida e de saúde do feto,[548] sendo-lhe indicada a ingestão de medicamentos, a realização de exames periódicos, o acompanhamento médico e o atendimento às respectivas instruções.

Tendo erigido a família como a base da sociedade e lhe dispensando especial proteção, a Constituição Federal estimula o casamento e reconhece a união estável

---

[545] Ver, a esse respeito, Capítulo I, item 1.2, *supra*.

[546] Nesse sentido, Parecer n.º 11/92, de 14 de fevereiro de 1992, do Conselho Federal de Medicina (BRASIL. Paraná. Ministério Público. Ética e aids: pareceres, resoluções e projetos de lei em tramitação. Curitiba: Associação Paranaense do Ministério Público, 1997, p. 49).

[547] Ver, a esse respeito, Capítulo I, item 1.2, *supra*.

[548] Com base no que dispõe o art. 4º, do Código Civil, que assegura "desde a concepção dos direitos do nascituro", os autores sustentam que o nascituro goza de todos os direitos "que forem compatíveis com sua condição de pessoa por nascer, como os direitos à personalidade - direitos à vida, à saúde, à imagem" (ALMEIDA, Silmara. Proteção civil do nascituro e as novas técnicas médicas. **Arquivos do Conselho Regional de Medicina do Paraná**, Curitiba, v. 9, n.º 35, jul./set. 1992, pp. 94-95).

entre homem e mulher.[549] Todavia, existem alguns requisitos e restrições para contrair matrimônio, como, por exemplo, a previsão de limite de idade mínima, a vedação à união de pessoas do mesmo sexo, o óbice a certos graus de parentesco entre os cônjuges e assim por diante.[550]

Dentre os motivos que podem levar à anulação do casamento, encontra-se 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".[551] A jurisprudência, por entender configurado erro essencial quanto à pessoa, tem se pronunciado no sentido de que a aids, mesmo em sua fase assintomática, pode ensejar a anulação do matrimônio, desde que desconhecida do outro cônjuge.[552]

Se há o dever de comunicação da situação sorológica positiva ao parceiro sexual,[553] com maior razão incide a obrigação em relação ao cônjuge ou ao futuro cônjuge, dada a estabilidade da convivência e o dever de coabitação.[554] De igual modo, na união civil, equiparada ao casamento pelo nosso ordenamento jurídico, existe a obrigação de comunicar a soropostividade ao companheiro.

Sendo esta conhecida e não havendo a devida informação ao comunicante sexual, a ocorrência de contágio pelo HIV importa na responsabilização criminal[555] e na reparação civil dos danos causados.[556] Não se pode esquecer que a falta de

---

[549] Art. 226, *caput* e parágrafos 1° a 8°, da Constituição Federal.

[550] O Código Civil, na sua Parte Especial, Livro I, Título I, arts. 180 a 228, regula a matéria em detalhe.

[551] Art. 219, inciso III, do Código Civil.

[552] Nesse sentido: "Ação de anulação de casamento. Erro essencial. Cônjuge portador de AIDS. Sendo a doença grave e transmissível, anterior ao casamento, mesmo que ignorada pelo cônjuge portador, impõe-se o desfazimento do ato matrimonial. Apelação provida" (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível n.° 1992.001.4652. Relator: Desembargador Lindberg Montenegro. **Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, vol. 18, jun. 1993, p. 101).

[553] Conforme prevê o art. 2°, parágrafo único, da Resolução n.° 1.359/92, do Conselho Federal de Medicina, o médico deverá quebrar o sigilo profissional, por justa causa, para a "proteção à vida de terceiros: comunicantes sexuais ou membros de grupos de uso de drogas endovenosas, quando o próprio paciente recusar-se a fornecer-lhes a informação quanto à sua condição de infectado" (BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução n.° 1.359/92, de 11 de novembro de 1992. **Diário Oficial da União**, Brasília, 19 nov. 1992).

[554] Art. 231, inciso II, do Código Civil.

[555] Ver, *supra*, nota 32.

[556] Nesse sentido se manifesta a jurisprudência: "emerge cristalino que o quadro clínico sobrevindo, na pessoa da recorrida, antes portadora assintomática do vírus, agora já convivente com as manifestações mórbidas da infecção, se deveu ao contágio provocado por seu companheiro, que tinha plena ciência de ser portador do mal, bem como do risco gravíssimo a que submetia a autora, apesar de aconselhado e alertado pelo especialista que o assistia; afora tratar-se de pessoa de elevado nível social, com acesso à informação e ao conhecimento, circunstâncias abonadoras da culpa com que se houve, não informando a parceira de sua afetação, nem tampouco se dispondo, como prometera, a interromper seu relacionamento sexual com a recorrida" (BRASIL. Tribunal de

informação ao parceiro sexual, entre outros fatores, vem produzindo o crescimento de casos de aids entre mulheres,[557] submetidas ao silêncio e à dificuldade de negociação para obter dados ou para fixar formas seguras de sexo com seus companheiros.[558] A simples alusão, pela mulher, ao uso de preservativos nas relações sexuais do casal importa, no mais das vezes, na admissão da própria infidelidade.

A vulnerabilidade feminina à epidemia começa com a proliferação das estratégias de prevenção fincadas na redução de parceiros sexuais e na ênfase às relações monogâmicas. São medidas de pouca utilidade para as mulheres, cuja tendência prevalente já é viver relações monogâmicas com seus parceiros. Além disso, são perigosas, porque fazem crer que a monogamia, em que vivem, configura proteção ao risco de contaminação.[559]

Tal se deve, em muito, à forma pela qual a sexualidade feminina vem sendo construída em nossa sociedade, como impura e passiva, cujo livre exercício depende da sanção do amor e do desejo do outro.[560] Com isso, nasce a dificuldade de aceitação da própria idéia de prevenção, uma vez que amar adquire um forte sentido de abnegação, de rejeição de si mesma em proveito do outro, e da incapacidade de interposição da

---

Justiça do Estado de São Paulo. Apelação cível n.° 248.641-1/8. Relator: Desembargador Quaglia Barbosa. **Diário da Justiça do Estado de São Paulo**, São Paulo, 23 abr. 1996).

[557] Como já anteriormente ressaltado (Capítulo I, item 2.3, *supra*), entre os anos de 1983 a 1985, no Brasil, a proporção era de mais de vinte homens com aids para cada mulher acometida, para passar a ser de apenas dois homens para cada mulher, a partir de 1997 (BRASIL. Ministério da Saúde. **Boletim Epidemiológico Aids**. Brasília, ano XIII, n.° 1, semana epidemiológica 48/99 a 22/00, dez.1999/jun. 2000, p. 7).

[558] Em pesquisa realizada em São Paulo, chamou a atenção "o fato de que 56,8% das mulheres casadas não sabem referir se seus parceiros são soropositivos para o HIV ou não, o que pode representar que mais da metade das mulheres casadas não têm poder de negociação para obter informação de seus companheiros. Isto é particularmente complicado se [...] lembrarmos que 53,5% das mulheres casadas se contaminaram pela via sexual, e, apenas 12,8% por uso de drogas" (SANTOS, Naila Janilde Seabra. A AIDS entre as mulheres no Estado de São Paulo. **In**: PARKER, Richard e GALVÃO, Jane (orgs.). Quebrando o silêncio: mulheres e AIDS no Brasil. Rio de Janeiro: Relume-Dumará: ABIA:IMS/UERJ, 1996, p. 54-55).

[559] Conforme BARBOSA, Regina Maria e VILLELA, Wilza Vieira. A trajetória feminina da AIDS. **In**: PARKER, Richard e GALVÃO, Jane (orgs.). Quebrando o silêncio: mulheres e AIDS no Brasil. Rio de Janeiro: Relume-dumará: ABIA:IMS/UERJ, 1996, p. 28.

[560] "A sexualidade feminina caracteriza-se por um exercício constante do desconhecer, do silenciar, do conformar-se, inclusive diante dos processos biológicos específicos percorridos para o desenvolvimento de seu próprio amadurecimento físico. [...] Assim, falar sobre prevenção da AIDS, uso de camisinha e práticas sexuais mais seguras, mesmo as que não envolvam penetração, equivale a problematizar esse silêncio que significa e representa a presença de questões extremamente importantes para se pensar a participação da mulher na epidemia da AIDS, propiciando uma nova leitura e um melhor entendimento para os fatos que podem estar relacionados com o crescente aumento do número de mulheres infectadas pelo HIV" (GUIMARÃES, Kátia. Nas raízes do silêncio: a representação cultural da sexualidade feminina e a prevenção do HIV/AIDS. **In**: PARKER, Richard e GALVÃO, Jane (orgs.). Quebrando o silêncio: mulheres e AIDS no Brasil. Rio de Janeiro: Relume-Dumará: ABIA:IMS/UERJ, 1996, p. 93).

racionalidade preventiva ao desejo do outro, cuja representação, para muitas mulheres, é a antítese do amor.[561]

Decisões judiciais têm decretado a perda do pátrio poder e dos direitos a ele inerentes, dentre os quais se destacam o de visita e o de guarda, por entenderem que os pais, sendo acometidos pelo HIV, não apresentam condições morais, materiais ou físicas para proverem o amparo devido aos filhos.[562]

Com essa redução de direitos, rompem-se a doutrina de proteção integral à infância e o princípio da preservação do vínculo familiar, acolhidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.[563] Reaviva-se, portanto, a concepção de situação irregular, chave para intervenção do Estado na família e para a retirada de crianças e adolescentes do convívio com seus pais.[564]

Ora, não há influência alguma da situação sorológica sobre a relação de parentesco, sendo absolutamente discriminatória a destituição do pátrio poder ou a vedação ao exercício do direito de visita determinadas tão-somente com base na soropositividade do pai ou da mãe. O abandono dos filhos, apto a embasar o decreto de destituição do pátrio poder, é o abandono voluntário, intencional, nunca o decorrente da falta de condições materiais ou físicas para prover a atenção aos filhos.[565]

---

[561] Consoante BARBOSA, Regina Maria e VILLELA, Wilza Vieira. A trajetória feminina da AIDS. **In**: PARKER, Richard e GALVÃO, Jane (orgs.). Quebrando o silêncio: mulheres e AIDS no Brasil. Rio de Janeiro: Relume-Dumará: ABIA:IMS/UERJ, 1996, p. 24.

[562] Nesse rumo: "Pátrio poder. Destituição. Admissibilidade. Abandono do filho. Mãe posta em cárcere e acometida do vírus HIV. Ausência de condições para prover o amparo do menor. Hipótese em que nenhum outro familiar prontificou-se em atender ao menor. Criança, ademais, adaptada ao abrigo em que se encontra. Infringência ao artigo 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Recurso não provido" (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível n.º 20.305-0. Relator: Desembargador Ney Almada. **Diário da Justiça do Estado de São Paulo**, São Paulo, 27 abr. 1995).

[563] Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990, arts. 1º e 23.

[564] "O antigo Código de Menores, ao dispor sobre a proteção aos menores em 'situação irregular', levava a estabelecer confusão entre situações sociais e situações jurídicas, o que, na prática, tornava a ação jurisdicional uma ação de controle sobre as crianças e jovens que tinham seus direitos violados pela sociedade, pelo Estado e pela família. Ao considerar em 'situação irregular' o menor privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente, em razão não apenas da falta, ação ou omissão pelos pais, mas também de sua manifesta impossibilidade de provê-las, colocava em 'situação irregular' - e, portanto, alvo da ação jurisdicional - o imenso contingente de crianças e adolescentes que, no Brasil, vivem em situação de miséria e de pobreza crítica" (BECKER, Maria Josefina. Artigo 23. **In**: CURY, Munir, MENDEZ, Emílio García e SILVA, Antônio Fernando do Amaral e (coord.). Estatuto da criança e do adolescente comentado. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 96).

[565] Conforme BECKER, Maria Josefina. Artigo 23. **In**: CURY, Munir, MENDEZ, Emílio García e SILVA, Antônio Fernando do Amaral e (coord.). Estatuto da criança e do adolescente comentado. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 97.

1.2 Isolamento de presos e recusa do direito a visitas íntimas

Via de regra, são duas as possibilidades de gestão dos estabelecimentos prisionais, do ponto de vista do enfrentamento da aids. O primeiro deles, de cunho autoritário, caracteriza-se pela testagem compulsória de todos os detentos, pelo isolamento daqueles identificados como soropositivos, pelas restrições de acesso a oficinas de trabalho e a pátios de lazer coletivo e pela recusa em colocar à disposição dos detentos preservativos. O segundo modelo é o da gestão mais liberal, cujas principais características são a testagem voluntária de parcela da população carcerária, pela não discriminação, pelo emprego de medidas de prevenção e pela possibilidade de utilizar preservativos, com apoio psicossocial.[566]

Não é preciso esforço para reconhecer o modelo autoritário como o prevalente na gestão dos estabelecimentos prisionais brasileiros. À exceção de algumas experiências isoladas, a aids tem sido mais um fator de agravamento da questão penitenciária e de redução de direitos dos condenados a penas de privação de liberdade. Não sendo observados os dispositivos constantes da Lei de Execução Penal, tudo é motivo e oportunidade para tratamentos violentos e discriminatórios contra integrantes sistema prisional. Exemplo denotativo dessa ótica, é a proibição de visitas íntimas a prisioneiro portador do HIV, face o risco de ser gerado "um ser humano já fadado à morte pela aids".[567]

São comuns as legislações que estabelecem a obrigatoriedade de realização compulsória de exames para detecção de anticorpos ao HIV em todos a população carcerária, com o escopo de proceder ao posterior isolamento dos infectados.[568] Com medidas dessa natureza, procura-se apaziguar as consciências e aparentar preocupação

---

[566] Conforme expõe DARBEDA, Pierre. *Les prisons face au SIDA: vers des normes européennes*. **Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé**. Paris, n.º 4, out./dez. 1990, p. 825.

[567] "Prisão. Concessão de visitas íntimas. Inadmissibilidade. Ausência de previsão legal de tal benefício. Não comprovação de ser a subscritora do pedido companheira ou esposa do recorrente. Estabelecimento prisional do qual não se tem notícia de ser dotado de ambiente adequado para esse fim. Alegação, ademais, de serem o recorrente e a mulher portadores do vírus HIV. Risco de gerarem um ser humano já fadado à morte pela aids. Pedido negado. Recurso não provido" (BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Agravo n.º 192.760-3. Relator: Desembargador Cyro Bonilha. **Diário da Justiça do Estado de São Paulo**, São Paulo, julgado em 9 out. 1995).

[568] Assim o faz, por exemplo, BRASIL. Bahia. Lei Estadual n.º 6.338, de 6 de novembro de 1991. **Diário Oficial do Estado**, Salvador, 7 nov. 1991.

com o problema, extremamente sério e grave, da disseminação da aids no interior dos presídios. Apesar de atraentes, são providências inócuas, por mais de um motivo.

Primeiramente, porque o alto custo da testagem sorológica em larga escala não condiz com os eventuais benefícios a serem obtidos com a disponibilidade da informação coletada. Ademais, em regra, não se toma nenhuma outra providência para além do mero isolamento dos soropositivos, mantendo-se intactos os mecanismos de disseminação da infecção e criando-se uma extensa população isolada, sem tratamento adequado e sem local apropriado para cumprimento da pena. Também se constrói uma falsa sensação de segurança, dado que sempre estarão ingressando no estabelecimento novos detentos, ainda não testados sorologicamente, e outros se tornarão soropositivos no futuro, porque foram testados durante a "janela imunológica", período em que ainda não apresentam anticorpos, apesar de já se terem contaminado.

Bem por isso, o Conselho da Europa recomenda que, salvo novas descobertas científicas indicativas do contrário, os presos soropositivos não devem ser isolados ou segregados, a não ser que ajam de forma irresponsável e coloquem em risco os demais.[569]

Não é ocioso lembrar que o Estado tem responsabilidade, enquanto garantidor, pela vida e saúde dos presos provisórios ou definitivos, podendo vir a responder pelos danos sofridos por eles durante o período em que permaneceram no interior dos presídios.[570] Este é um ponto ao qual ainda não se deu a devida atenção, seja pela situação de exclusão social do encarcerado, seja pela precariedade de todo o nosso sistema prisional atual.

1.3 Restrições ao exercício de atividades profissionais

O Ministério do Exército brasileiro, desde as primeiras notícias de casos de aids, vem se preocupando com a questão e estabelecendo uma série de normas destinadas a prevenir e controlar a expansão da epidemia no âmbito do exército. Para tanto, editou

---

[569] Recomendação n.º 1.080/1988, da Assembléia Parlamentar, de 30 de junho de 1988, parágrafo 14.

[570] Conforme CAMARGO, Antônio Luis Chaves. Aids e direito penal: aspectos gerais. **Revista USP/Coordenadoria de Comunicação Social**, nº 1, mar./mai. 1989. São Paulo: USP, CCS, p. 65.

portarias internas, as quais estabelecem tratamento diferenciado para os servidores que contraíram a infecção pelo HIV.

A primeira delas, datada de 25 de janeiro de 1989, regula os procedimentos e condutas médicas relacionadas com indivíduos infectados pelo HIV, com ou sem manifestações clínicas da doença.[571] São previstas providências restritivas de direitos, que impõem a baixa do militar a hospital para a realização de exames que demonstrem a sua condição sorológica, a instauração de inquérito epidemiológico para identificar seus comunicantes sexuais e definir grupos de risco, a necessidade de informação aos comunicantes sobre seu estado de saúde e a análise de sua aptidão para permanecer em serviço.[572]

A segunda, editada em 24 de abril de 1989, intenta padronizar e simplificar os aspectos técnicos concernentes ao controle e à prevenção da aids no Ministério do Exército.[573] Também restringe direitos ao vincular os indivíduos com aids a tratamento particularizado, consistente em recomendações sobre condutas a serem observadas em sua vida privada,[574] na necessidade de, mesmo sem apresentar sintomas clínicos, submeter-se a revista sanitária periódica mensal e de ser comunicada a sua condição sorológica aos oficiais e comandantes das organizações militares a que pertença.[575]

Bem se nota a diferenciação levada a efeito para introduzir procedimentos específicos e inconvenientes às pessoas que convivem com o HIV e a aids. Mas não é só: com base nas informações obtidas junto ao serviço médico militar, são freqüentes as desincorporações daqueles considerados inaptos para o serviço por serem doentes de

---

[571] BRASIL. Ministério do Exército. Portaria n.º 12 - DGS, de 25 de janeiro de 1989. Instruções reguladoras das atividades de perícias médicas relacionadas com a síndrome da imunodeficiência adquirida, no âmbito de Ministério do Exército. **Diário Oficial da União**, Brasília, 26 jan. 1989.

[572] Conforme dispõem os artigos 9º, 10, 12, 14 e 15, da Portaria n.º 12 - DGS, de 25 de janeiro de 1989 (BRASIL. Ministério do Exército. Portaria n.º 12 - DGS, de 25 de janeiro de 1989. Instruções reguladoras das atividades de perícias médicas relacionadas com a síndrome da imunodeficiência adquirida, no âmbito de Ministério do Exército. **Diário Oficial da União**, Brasília, 26 jan. 1989).

[573] BRASIL. Ministério do Exército. Portaria n.º 01 - DGS/RES, de 24 de abril de 1989. Normas técnicas sobre prevenção da síndrome de imunodeficiência adquirida no âmbito do exército. **Diário Oficial da União**, Brasília, 25 abr. 1989.

[574] Assim, por exemplo, a mencionada Portaria n.º 01 - DGS/RES, de 24 de abril de 1989, recomenda "evitar a gravidez, pelo risco da transmissão ao feto" (art. 17, item 4), "realizar exame clínico e sorológico nos filhos, em todos os parceiros sexuais e nos indivíduos que compartilham agulhas" (art. 17, item 5) e "usar preservativos de borracha em todas as relações sexuais, evitar o sexo orogenital e anal, evitar a multiplicidade de parceiros sexuais, usar agulhas e seringas descartáveis e individuais, usar individualmente escovas de dentes e aparelhos de barbear, em virtude de risco de contaminação com sangue" (art. 18, itens 1 a 5).

[575] Assim estabelecem os artigos 26 e 27, da referida Portaria n.º 01 - DGS/RES, de 24 de abril de 1989.

aids,[576] apesar de a Lei n.º 7.670, de 8 de setembro de 1988, prever entre os seus dispositivos a possibilidade de reforma militar para quem se encontrar em tais condições de saúde.

De igual sorte, já se constatou a concessão de licença a militar para afastar servidor acometido pelo HIV, mas que não desenvolveu a doença, com fundamento inválido na conveniência do serviço.[577]

As justificativas para o tratamento diferenciado mencionam as características próprios do serviço militar, exigente em termos físicos e prenhe de situações de risco. No entanto, o que mais se observa são restrições a direitos sem quaisquer ligações com procedimentos e condutas de risco, mas sim como expressões de discriminação e preconceito.

Exames médicos pré-admissionais

Há empregadores que exigem, antes da contratação, a realização de exames para a detecção de anticorpos ao HIV, presumivelmente com a intenção de evitar a admissão de empregado portador do referido vírus ou doente de aids. Essa prática, por vezes, encontra respaldo em regulamentos expedidos para a realização de concursos

---

[576] Ementa: "I - Administrativo. Militar. Reincorporação e reforma. Portador de vírus HIV. Art. 108, inciso V, da Lei n.º 6.880/80. Art. 1º, inciso I, alínea "c" da Lei n.º 7.670/88. Tendo sido a desincorporação fundada em laudo da junta médica que considerou o militar incapaz definitivamente para o serviço militar (art. 140, item 2, do Decreto n.º 57.654/66), por ser portador do vírus HIV (SIDA/aids), não poderia a administração pública promover o seu desligamento sem observância do disposto na Lei n.º 7.670/88. Configurada está a situação ensejadora da reforma militar com qualquer tempo de serviço, na forma do citado art. 108, inciso V, do vigente estatuto dos militares, nos termos da Lei n.º 7.670/88, editada para atender a necessidade de proteção aos portadores da síndrome da imunodeficiência adquirida (SIDA/aids). II - Remessa improvida. Sentença confirmada" (BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Apelação Cível n.º 213.886-95. Relator: Juiz Frederico Gueiros. **Diário da Justiça da União-II**, Brasília, 7 mar.1996, julgado em 27 set. 1995).

[577] Ementa: "Direito administrativo. Militar. Licenciamento. Ato, em princípio, discricionário, que encontra respaldo na conveniência do serviço. Comprovação de que o motivo determinante foi o fato de ser o impetrante portador do vírus HIV-1, mas não aidético. Fundamento inábil e conseqüente invalidade do ato. A administração pública autovincula-se, mesmo no ato discricionário, aos motivos que o embasaram, e, se factualmente falsos ou juridicamente esses impertinente, o ato será antijurídico. Nessa situação, a administração perde seu poder discricionário, e terá de motivar novo ato que substitua o primeiro. *In casu*, torna-se insubsistente o licenciamento, que só poderá ser objeto de outro ato, se evidenciada a conveniência de serviço, e se o impetrante não se tornou aidético, eis que nesta hipótese, se imporá a reforma" (BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Apelação Cível. Relator: Juiz Alberto Nogueira. **Diário da Justiça da União-II**, Brasília, 24 dez.1992, p. 44.592).

públicos[578] e, mesmo, em pronunciamentos judiciais que enfrentam especificamente a questão.[579]

A convivência com a aids, aqui, importa no impedimento de acesso ao emprego, consubstanciando importante prejuízo, chancelado pelo direito, às pessoas soropositivas. Todavia, nada indica que o impedimento ou o afastamento do trabalho lhes traga vantagens pessoais ou proteção para os seus colegas. Atualmente, tem-se como certo que a aids não se transmite pelo convívio no local em que são desenvolvidas as atividades profissionais, o que levou à Organização Internacional do Trabalho - OIT a declarar que a infecção, por si só, não significa limitação para o trabalho.[580]

O portador do HIV não pode ser discriminado quando da admissão ou do exercício do trabalho, a não ser que o estágio da doença tenha alcançado limite além de suas forças físicas e passe a colocar em risco a segurança de terceiros. Não obstante, nestes casos, deve-se realocá-lo em atividade que não ofereça riscos e seja compatível com seu estado de saúde.

---

[578] Entre tantas manifestações nesse rumo, pode ser referida a denúncia encaminhada à Câmara Técnica de Ética e Cidadania de DST/AIDS, da Secretaria de Estado da Saúde do Paraná, dando conta da exigência, pela Polícia Militar do Estado do Paraná, de testes para detecção de anticorpos ao HIV em processo seletivo pré-admissional (BRASIL. Paraná. Ministério Público. Ética e aids: pareceres, resoluções e projetos de lei em tramitação. Curitiba: Associação Paranaense do Ministério Público, 1997, pp. 117-119). "Em meados de 1992, os jornais noticiaram que algumas entidades governamentais estavam exigindo o teste para a detecção do vírus HIV em candidatos concursados, e a positividade acarretava a exclusão automática do indivíduo do emprego. A fúria da triagem sorológica recrudesceu, conforme evidenciam as reportagens a seguir: 'Ministério da Economia exige teste anti-AIDS. Concursados da Receita têm que apresentar exame para trabalhar' (jornal O Estado de S. Paulo, 18.07.92); 'A Justiça Federal (da região em Brasília) está exigindo uma série de exames, entre eles o do vírus da AIDS (HIV) dos candidatos aprovados no concurso público realizado em maio para preenchimento de 1.522 vagas em cargos administrativos em 14 Estados' (jornal Folha de S. Paulo, de 24.07.92); 'Fortaleza - O Governador do Ceará, Ciro Gomes (PSDB), revogou ontem a decisão do Instituto de Previdência do Estado do Ceará (IPEC) de exigir dos candidatos concursados o exame anti-AIDS para ingressarem no serviço público estadual. A exigência era feita desde o dia 13 de junho. O Governador disse que não vai admitir qualquer tipo de discriminação contra aidéticos ou portadores do vírus HIV nas repartições públicas estaduais' (jornal Correio Popular, Campinas-SP, 22.07.92) (PASTERNAK, Jacyr, MARCHI, Maria Mathilde, AMATO, Valdir Sabbuga e AMATO NETO, Vicente. Implicações éticas da triagem sorológica para o vírus da imunodeficiência humana. **Bioética - Revista do CFM**, Brasília, Conselho Federal de Medicina, vol. 1, n.º 1, p. 9).

[579] Nesse sentido: "Responsabilidade Civil. Ação ordinária de indenização. Exigência de exames para admissão no trabalho. Procedimento lícito. Improcedência do pedido. É perfeitamente razoável, que a empresa, através de médico credenciado, formule exigência de exames para contratação de empregado. Esse proceder não causa qualquer dano moral ao pretendente ao emprego. O simples aborrecimento não leva à responsabilidade civil. Provimento do segundo recurso" (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível n.º 1998.001.16357. Relator: Desembargador Paulo César Salomão. **Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, julgado em 18 ago. 1999).

[580] Declaração de Consenso, da Organização Internacional do Trabalho, referida por RUDNICKI, Dani. AIDS e direito: papel do Estado e da sociedade na prevenção da doença. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996, p. 28.

O trabalho, além de obrigação social do homem, é objeto de um direito inalienável e indispensável à sua auto-realização.[581] A pessoa infectada, mais do que direito, tem necessidade de se manter trabalhando, seja para melhoria das suas condições físicas e psicológicas, seja para obter mais satisfatórias possibilidades de manutenção e sustento próprios.

Exatamente por isso, a União, mediante a Portaria Interministerial n° 869, de 11 de agosto de 1992, decidiu vedar, nos concursos para ingresso no serviço público federal, a exigência de teste para detecção de anticorpos ao HIV.[582]

No mesmo sentido, assim se pronunciou o Conselho Federal de Medicina:

> É do conhecimento geral a grande discussão sobre se as empresas devem ou não exigir o teste de Aids para seus empregados. Considero fato grave a sua realização por empresas cujo único sentido é impedir o acesso ao trabalho. O fato torna-se mais grave quando se usa um teste sem o prévio consentimento e conhecimento do interessado sobre sua finalidade. Mais grave ainda por quebrar o eixo da relação médico-paciente e infringir o artigo 56 do CEM: 'é vedado ao médico desrespeitar o direito do paciente de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente perigo de vida'. Por estas razões, sou de parecer que:
>
> a) quaisquer informações médicas sobre o empregado ao empregador devem cingir-se à aptidão ou não ao trabalho e se temporária ou permanentemente para desempenho de determinadas funções;
>
> b) a realização de testes sorológicos para Aids por parte do empregador não encontra respaldo técnico, científico e ético, sendo tarefa de autoridades sanitárias;
>
> c) a realização de testes sorológicos para Aids em trabalhador nestas circunstâncias é violação ao seu direito, fere a Consolidação das Leis do Trabalho, além de contribuir, em caso positivo, para a sua marginalização enquanto cidadão.[583]

---

[581] Bem por isso, "cumpre à sociedade e ao governo desenvolver programas que facilitem o trabalho do portador do vírus HIV, pois além de sempre oferecer um largo potencial de produtividade, cujo aproveitamento é indispensável ao equilíbrio econômico-social, o doente necessita de ser e de sentir-se útil" (FRANÇA, R. Limongi. Aspectos Jurídicos da Aids. **Revista dos Tribunais**, vol. 661, nov. 1990, p. 19).

[582] BRASIL. Ministérios da Saúde, do Trabalho e da Administração. Portaria Interministerial n.° 869, de 11 de agosto de 1992. **Diário Oficial da União**, Brasília, 12 ago. 1992.

[583] Parecer CFM 726/88. Mais tarde, através da Resolução de n.° 1.359/92, o Conselho Federal de Medicina assim dispôs: "Art. 4° - É vedada a realização compulsória de sorologia para HIV, em especial como condição necessária a internamento hospitalar, pré-operatório ou exames pré-admissionais ou periódicos e, ainda, em estabelecimentos prisionais" (BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução n.° 1.359/92, de 11 de novembro de 1992. **Diário Oficial da União**, Brasília, 19 nov. 1992). Nesse sentido, podem ser mencionados os seguintes trabalhos: BARROS, Antônio Ozório Leme de. Aids e ética médica. **In:** Anais do I° Seminário Nacional sobre Aids e Direito, São Paulo, 1991; MARCHI, Maria Mathilde. Aids: aspectos legais, éticos e

Exames de rotina e informação ao empregador

Em dissídios coletivos julgados pela Justiça do Trabalho, são impostas cláusulas que obrigam os empregados a se submeterem a exames médicos preventivos ou periódicos para a detecção de anticorpos ao HIV.[584]

Embora os exames médicos de rotina importem em medidas preventivas para assegurar a saúde do trabalhador, a inclusão de testes relacionados com a aids propiciam a oportunidade de os empregadores tomarem conhecimento a respeito da situação sorológica de seus empregados. A conseqüência, em muitas ocasiões, tem sido a demissão do empregado soropositivo, seja para evitar custos com tratamento e licenças médicas, seja para impedir riscos à imagem da empresa.[585]

É equívoca a conduta do empregador que pretende ser obrigatoriamente informado a respeito da situação sorológica em relação ao HIV de seus empregados ou futuros contratados. Independentemente da ocorrência ou não de demissão com fundamento nos resultados dos exames realizados, a inobservância da

---

administrativos. **HFA - Publicação Técnico-científica do Hospital das Forças Armadas**, Brasília, vol. 6, n.º 3e 4, jul./dez. 1991, pp. 107-117.

[584] Determinando a exclusão dessa modalidade de cláusula, aceita por Tribunal Regional do Trabalho, assim se pronunciou o Tribunal Superior do Trabalho: "Recurso ordinário em dissídio coletivo. Recurso patronal: provimento. Cláusulas: reajustamento salarial; pisos salariais; empregado acidentado - garantia no emprego; licença para estudante; garantia de emprego - aposentadoria voluntária; representante dos trabalhadores - estabilidade no emprego. Negado provimento. Cláusula: exame preventivo de aidsErro! Indicador não definido.Erro! Indicador não definido.. Exclusão. Cláusula: fornecimento de alimentação. Recurso dos empregados: provimento. Cláusulas: produtividade de quatro por cento; horas extras - adicional; trabalho noturno - adicional de sessenta por cento; desconto assistencial" (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso Ordinário em Dissídio Coletivo n.º 38.053/MG. Relator: Ministro Fernando Vilar. **Diário da Justiça da União**, Brasília, 14 mai. 1993, p. 9.128).

[585] São várias as decisões judiciais que constatam a discriminação consistente na despedida de empregado soropositivo, a partir do conhecimento da sua condição pelo empregador, após a realização de exames preventivos ou de rotina. Assim, por exemplo: "Reintegração. Empregado portador do vírus da AIDS. Não obstante inexista no ordenamento jurídico lei que garanta a permanência no emprego do portador da síndrome da imunodeficiência adquirida - AIDS, não se pode conceber que o empregador, munido do poder potestativo que lhe é conferido, possa despedir de forma arbitrária e discriminatória o empregado após tomar ciência de que este é portador do vírus HIV. Tal procedimento afronta o princípio fundamental da isonomia insculpido no "*caput*" do artigo quinto da Constituição Federal. Embargos não conhecidos" (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Embargos em Recurso de Revista n.º 205.359/MG. Relator: Ministro Leonaldo Silva. **Diário da Justiça da União**, Brasília, 14 mai. 1999, p. 43).

confidencialidade pode caracterizar, por si só, conduta ilícita do profissional que a viole em proveito do empregador.[586]

O médico que cede às pressões e expõe a privacidade do empregado quebra o dever de preservação do sigilo profissional acerca das informações que obtenha no exercício de suas funções. Cumpre-lhe, apenas, informar o empregador sobre a aptidão ou inaptidão, temporária ou permanente, dos funcionários submetidos a exame quanto ao desempenho de suas funções. Todos os demais elementos que houver coligido na relação de confiança, estabelecida entre médico e paciente para a realização de seu diagnóstico, pertencem exclusivamente ao paciente e deverão ser mantidos em segredo.[587] Tão-somente ao empregado compete decidir sobre informar ou não a doença ao empregador e colegas de trabalho.

Enquanto mantiver condições de executar as funções que lhe forem atribuídas, pode continuar trabalhando, sem apresentar risco de contaminação aos demais. Com a manifestação da doença e de suas intercorrências, a ponto de acarretar a diminuição da sua capacidade laborativa, ou em se cuidando de atividades que ofereçam risco, haverá a possibilidade de deslocamento e adaptação para o exercício de outra função, compatível com as suas condições pessoais, em situação análoga à do trabalhador vítima de acidente de trabalho ou de doença profissional.[588]

Outras restrições ao exercício profissional

Há algumas atividades profissionais que colocam terceiros em risco direto de contaminação pelo HIV.[589] Veja-se, por exemplo, o caso dos cirurgiões que realizam

---

[586] Nesse sentido, dispõe o art. 3°, da Resolução n.° 1.359/92, de 11 de novembro de 1992, do Conselho Federal de Medicina: "o médico que presta serviços à empresa está proibido de revelar o diagnóstico de funcionário ou candidato a emprego, inclusive ao empregador e à secção de pessoal da empresa, cabendo-lhe informar, exclusivamente, quanto à capacidade ou não de exercer determinada função" (BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução n.° 1.359/92, de 11 de novembro de 1992. **Diário Oficial da União**, Brasília, 19 nov. 1992).

[587] Nesse sentido, ver BRASIL. Ministério da Saúde. Divisão Nacional de Doenças Sexualmente Transmissíveis. AIDS: recomendações técnicas e aspectos éticos. Brasília: MS/DST/AIDS, 1988, p. 48.

[588] Segundo a Declaração da OMS/OIT de 1988, item V, letra B, n.° 7, "a infecção pelo HIV não traz em si mesma limitação alguma para a aptidão ao trabalho. Se esta se encontra diminuída por um enfermidade relacionada com o HIV, dever-se-ão tomar as medidas adequadas a efetivar uma troca razoável das condições de trabalho".

[589] Conforme FRANÇA, R. Limongi. Aspectos Jurídicos da Aids. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 661, nov. 1990, p. 16.

grandes operações invasivas, nas quais são muito comuns os pequenos cortes nas mãos, causados pelo uso dos instrumentos cirúrgicos.

Ainda que sem apresentar respostas definitivas, o Conselho Federal de Medicina, em parecer normativo, enfrentou o tema, apresentando algumas indicações a serem observadas pelos profissionais da área médica.[590] De um lado, entendeu-se inexistir direito do paciente em exigir teste sorológico do médico ou informações a respeito da sua condição de infectado; de outro, a obrigação ética de não prejudicar o paciente deve conduzir o profissional soropositivo a voluntariamente evitar condutas e procedimentos com risco aumentado. Os limites de sua atuação podem ser estabelecidos em decisão conjunta, envolvendo o profissional, seu próprio médico e a Comissão de Controle de Infecção Hospitalar do estabelecimento de saúde a que pertença.[591]

De modo geral, cabe reiterar que o trabalhador acometido pela aids, normalmente, não apresenta nenhum risco de infecção aos seus companheiros, nem às pessoas que são por ele atendidas.[592] Basta que sejam observadas as normas de

---

[590] BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Parecer n.º 11/92, de 14 de fevereiro de 1992. **In**: BRASIL. Paraná. Ministério Público. Ética e aids: pareceres, resoluções e projetos de lei em tramitação. Curitiba: Associação Paranaense do Ministério Público, 1997, pp. 48-55.

[591] "Alguns inquéritos comprovaram, como era de se esperar, que pacientes prefeririam ser cuidados por médicos não infectados pelo HIV (JAMA 262 : 1969-1972, 1989). No entanto, o desejo do paciente, neste caso, como regra geral, não corresponde a um direito de exigir teste sorológico do médico, pois se choca com o direito deste à confidencialidade, situação esta similar àquela já analisada quanto aos limites do médico ou instituição em exigir este mesmo tipo de exame do paciente. Mesmo quando o médico é sabidamente infectado, porém não apresenta doença em estado capaz de prejudicar sua competência profissional, considera-se como não obrigatório de sua parte a informação ao paciente de sua infecção, posição essa já defendida oficialmente pela Associação Médica Americana (JAMA 262 : 2002, 1989). Considera-se que posição contrária iria prejudicar não só o direito ao trabalho do profissional, como também iria aumentar os preconceitos e ajudar a difundir a opinião incorreta de haver risco de transmissão do HIV por contato casual. Já a Academia Americana de ortopedia recomenda 'teste voluntário e sigiloso para profissionais de saúde, inclusive cirurgiões ortopédicos', embora não se posicione frente a um resultado positivo (*American Academy of Orthopedic Surgeons Task on AIDS and Orthopedic Surgery*, 1989). Parece óbvio que a obrigação ética de não prejudicar o paciente deverá levar o médico infectado a voluntariamente evitar práticas com risco aumentado. Os limites de sua atuação deveriam ser estabelecidos, de uma maneira individual, por uma análise conjunta da questão, pelo médico infectado, seu próprio médico e a Comissão de Controle de Infecção da instituição [...] Algumas das normas de conduta apresentadas podem ser consideradas como sugestões válidas na atualidade quanto à melhor conduta a ser seguida para proteção dos direitos tantos do médico quanto do paciente, bem como para evitar aumentar ainda mais a já elevada carga de preconceitos que cercam a AIDS" (BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Parecer n.º 11/92, de 14 de fevereiro de 1992. **In**: BRASIL. Paraná. Ministério Público. Ética e aids: pareceres, resoluções e projetos de lei em tramitação. Curitiba: Associação Paranaense do Ministério Público, 1997, p. 55).

[592] Bem por isso, "não se poderá invocar como causa justificada, o fato de o obreiro ser infectado pelo HIV, encontrando-se em condições de trabalhar e tendo comportamento irreprovável. Também não se enquadra como causa justificada ou necessidade de funcionamento o medo de colegas ou clientes diante de pessoas portadoras do HIV, em locais de trabalho, que não ofereçam risco algum" (TREBILCOK, Anne. El Sida y el lugar de trabajo. Orientaciones deducibles de las normas internacionales del trabajo. **Revista Internacional del Trabajo**. Genebra, 1989, vol. 108, p. 226). A jurisprudência também se orienta nesse sentido: "AIDS. Dispensa.

biossegurança no exercício do trabalho para se evitar risco de contaminação.[593] Todavia, como antes referido, em algumas situações especiais são exigidas medidas preventivas e de segurança mais rigorosas.

1.4 Recusa ao pagamento de seguro de vida

Muito se discute na jurisprudência acerca do pagamento ou não da quantia estipulada, em contrato de seguro de vida, aos beneficiários do segurado que vem a falecer em razão da aids. Há, porém, forte tendência dos julgados em considerar que, se o proponente já se encontrava em tratamento médico no momento de assinatura do contrato de seguro de vida em grupo, e não menciona expressamente o fato, não tem os seus beneficiários direito a receber a cobertura convencionada.[594]

Discriminação. Ao virulento alastramento do vírus no mundo correspondeu ampla divulgação de seus sintomas, de forma que as características físicas de sua manifestação já são de conhecimento das camadas esclarecidas. O caráter discriminatório do portador dessa doença é notório, sendo de repercussão mundial. Inocorrendo razão disciplinar, econômica ou financeira para o despedimento do soropositivo, é flagrante da discriminação que atenta contra o art. 3°, IV da CF" (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Apelação n.° 02940459279/SP. Relatora: Juíza Wilma Nogueira de Araújo Vaz da Silva. **Diário da Justiça do Estado de São Paulo**, São Paulo, 1 jun. 1995).

[593] Especificamente em relação ao profissional da área da saúde, considera-se que "o estabelecimento de precauções universais em todo e qualquer procedimento envolvendo risco de acidente pérfuro-cortante, aliado à discussão constante dos métodos e procedimentos invasivos, deve manter esta situação sob controle. Além disto, não há justificativa racional para afastar o profissional, baseado em seu estado sorológico. Aqui, como em outras patologias, o afastamento ou mudanças de função se justificam no caso de alterações na performance, secundárias à doença base" (BRASIL. Secretaria de Assistência à Saúde. Coordenação-Geral do Programa Nacional de Controle de Doenças Sexualmente Transmissíveis/Aids. Implicações éticas da triagem sorológica para o HIV. Brasília: Ministério da Saúde, 1993).

[594] Nesse sentido: "Apelação cível. Embargos à execução. Tempestividade. *Dies ad quem* que recai em domingo. Prorrogação. Aplicação do art. 184, parágrafo 1°., I, do CPC. Se o prazo para embargar a execução termina em dia em que não há expediente forense (domingo), prorroga-se automaticamente para o primeiro dia útil seguinte, a teor do art. 184, parágrafo 1°., I, do CPC. Embargos à execução. Negativa de cobertura. Contrato de seguro de vida em grupo. Proponente que se encontrava com síndrome da imunodeficiência adquirida (AIDS). Tratamento médico anterior à proposta. Omissão intencional. Arts. 1.443 e 1.444 do CC. Precedente do STF. Se o proponente encontrava-se em tratamento médico anterior à proposta de seguro, em razão da síndrome da imunodeficiência adquirida, tem-se como inexigível o cumprimento do contrato de seguro, vez que suas declarações não corresponderam à verdade quanto ao seu estado de saúde, a teor do art. 1.443 do CC. Recurso desprovido" (BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível n.° 42.815. Relator: Desembargador Paulo Gallotti. **Diário de Justiça do Estado de Santa Catarina**, Florianópolis, 16 jan. 1996, p. 3); "Seguro. Contrato. Proposta de seguro firmada por quem, ao subscrevê-la, se sabia portador de aids, mas silencia esse informe à seguradora. Boa-fé inexistente. Artigo 1.444 do Código Civil. Indenizatória improcedente. Recurso improvido" (BRASIL. 1° Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo. Apelação cível. Relator: Juiz Barreto de Moura. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 728, jun. 1996, p. 267); "Seguro de vida em grupo. Contrato. Segurado que falece por insuficiência respiratória aguda decorrente de "aids". Omissão, na proposta de seguro, da declaração de recente tratamento médico a que se submetera o ora falecido. Eventual desconhecimento da moléstia que não isenta o proponente de informar a verdade. Aplicação do artigo 1444 do Código Civil. Cobrança improcedente. Recurso improvido" (BRASIL. 1° Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo. Apelação cível. Relator: Juiz Torres Júnior. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 731, set. 1996, p. 290).

A morte por aids é excluída, portanto, da cobertura de seguro de vida, trazendo dificuldades adicionais para familiares do *de cujus*. Tornam-se, então, freqüentes as solicitações da família para que o médico, que atendia o doente, não faça constar da certidão de óbito a aids como *causa mortis*. Conjugam-se o desejo de evitar comentários sobre a conduta do falecido e o de receber a quantia eventualmente segurada. Todavia, o profissional de saúde tem o dever legal de atestar corretamente a morte, sem se sujeitar às vontades de familiares, por mais incisivas que o sejam, ou a alegações de necessidade de preservação de sigilo profissional.[595]

De outro lado, se não houver comprovação de que o segurado já conhecia a sua situação sorológica, os tribunais têm determinado o pagamento do seguro de vida aos seus beneficiários, ainda que a morte decorra de intercorrências relacionadas ao desenvolvimento orgânico da aids e o fato seja atestado por ocasião do óbito.[596]

2. Aplicação do princípio da igualdade para evitar discriminações

---

[595] A Resolução n.º 1.359/92, o Conselho Federal de Medicina, estabelece em seu art. 2º, parágrafo único, o dever legal de quebra do sigilo profissional para o preenchimento de atestado de óbito de pacientes com aids (BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução n.º 1.359/92, de 11 de novembro de 1992. **Diário Oficial da União**, Brasília, 19 nov. 1992).

[596] Assim se pronunciaram os tribunais: "Ação de cobrança. Rito ordinário. Seguro de vida e acidentes pessoais. Morte do contratante portador do vírus HIV. Comprovados os fatos constitutivos do direito das autoras: o contrato e a morte. Em se tratando de relação regulada pelo Código do Consumidor, aplicável a inversão do ônus da prova. Ainda que assim não se entendesse, não logrou a seguradora comprovar qualquer fato extintivo ou modificativo do mencionado direito, como lhe competia, não se podendo julgar com base em suposições. Existindo, portanto, a obrigação contratual de pagar, por parte da seguradora, ha' que ser dado provimento do recurso" (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível n.º 1998.001.11092. Relator: Desembargador Galdino Siqueira Netto. **Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, julgado em 10 dez. 1998); "Seguro de vida. Segurado portador do vírus HIV. Omissão desse fato quando da contratação do seguro. Documento médico atestando que o segurado tinha vida social ativa, que não era aidético, que portadores do vírus não são necessariamente aidéticos. Ausência de prova de que havia síndrome grave e preexistente e a má-fé do segurado. Cobrança pela beneficiária procedente. Recurso improvido" (BRASIL. 1º Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo. Apelação Cível n.º 521.834. Relator: Juiz Roberto Mendes de Freitas. **Diário da Justiça do Estado de São Paulo**, São Paulo, 23 jun. 1994); "Seguro de vida em grupo. Ação de Execução (inciso III, do artigo 585, do Código de Processo Civil). Ação Incidental de Embargos do Devedor proposta pela seguradora. Desacolhimento. Inconformismo da embargada. Provimento, por maioria, do recurso de apelação. Voto vencido. Embargos Infringentes. Provimento. Restando comprovada a boa fé do segurado, que desconhecia, quando da contratação do seguro de vida em grupo, a existência da doença, que provocou a sua morte, tem-se, como devida, a indenização pleiteada, que a Seguradora, incompreensivelmente, recusa-se a pagar, uma vez que, à toda evidência, estava de má-fé, em todas as fases dessa relação negocial típica, como, aliás, tem sido regra geral nessa atividade específica, que tem objetivado, tão-somente, o recebimento do prêmio, sem pretender pagar a devida contraprestação" (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Embargos Infringentes n.º 1998.005.138. Relator: Desembargador Nilton Mondego. **Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, vol. 39, dez. 1998, p. 159).

O Direito, ao reconhecer a existência de situações sociais em que as pessoas que convivem com a aids eram objeto de preconceito e discriminação, adotou providências para reconduzi-las ao tratamento igualitário universalmente aceito. Para tanto, em certos aspectos, presume-se a igualdade de todos, sem a possibilidade de reconhecimento de qualquer fator diferencial.

São então consideradas apenas as diferenças de fato, para o efeito de integrá-las no modo homogêneo como a sociedade é artificialmente vista pelo ordenamento jurídico. O objetivo é a superação das discriminações operadas no meio social, para a promoção do bem de todos, "sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação".[597]

Mais do que a igualdade, quer-se garantir direitos de solidariedade, por se constatar que a humanidade deve caminhar para uma era de solidariedade, se não quiser conhecer a era da barbárie.[598]

Em tema de direitos, falar em solidariedade tem dois diferentes sentidos: um, para referir a sua origem e a sua efetividade, já que resultam de uma certa concepção da vida em comunidade, que importa na eliminação de todas as formas de discriminação; dois, para enfatizar que a sua realização depende da conjunção dos esforços de todos os que participam da vida social, ao se reconhecer os deveres dos cidadãos frente à comunidade.[599]

Não obstante, é de se lembrar que, em matéria de direitos, a inserção normativa de vedações à discriminação nem sempre são acompanhadas de um compromisso concreto de proteção contra atitudes violadoras. Há que se caminhar adiante. Mas não se pode, igualmente, desprezar o valor do reconhecimento legislativo, desde o sinal simbólico de avanço que inegavelmente representa, até a possibilidade de dar eficácia real às previsões legais, mediante o manejo de ações específicas.

Na área de saúde pública se revela de particular importância a vedação de práticas discriminatórias, por ser evidente o antagonismo entre um ambiente discriminatório e os programas, ações e serviços preventivos. As ameaças e coações dirigidas às pessoas infectadas pelo HIV as afastam dos serviços sociais e de saúde,

---

[597] Art. 3º, inciso IV, da Constituição Federal.
[598] De acordo com DE LUCAS, Javier. *El concepto de solidaridad.* México: Distribuciones Fontamara, 1993, p. 10.
[599] Conforme DE LUCAS, Javier. *El concepto de solidaridad.* México: Distribuciones Fontamara, 1993, p. 28.

criados justamente para ajudar na prevenção e controle da aids. Em termos práticos, as condutas discriminatórias se apresentaram como ameaça à saúde pública.[600]

Por conseqüência, as políticas públicas devem explicitar, de forma inequívoca, que os indivíduos soropositivos têm os mesmos direitos que as pessoas não infectadas, embora tenham também responsabilidade ética e legal de contribuir para a contenção da transmissão.[601]

2.1 Tratamento médico adequado e cobertura pelos planos de saúde

Constitui o respeito à vida e à saúde o princípio eminente da ética e do direito, orientador da aplicação de todos os demais,[602] cujas realizações são dele dependentes. Esse respeito se dirige substancialmente ao corpo da pessoa, parte constitutiva de seu ser no mundo, de sua existência no tempo e no espaço. Dele decorrem desde os deveres de auto-conservação, de cuidado com a própria saúde, até a sua observância em benefício das demais pessoas, podendo-se afirmar que a sociedade civilizada se constrói sobre essa base.[603]

Nesse rumo, a Declaração Universal dos Direito Humanos afirma que "toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família saúde e bem-estar",[604] direito esse que é corroborado pela nossa Constituição Federal, ao dispor que "a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido [...] o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação",[605] incumbindo ao Poder Público dispor sobre a sua regulamentação, fiscalização e controle.[606]

O atendimento ao direito à saúde se dá através do Sistema Único de Saúde, formado por um conjunto de ações e serviços prestados pela administração pública direta e indireta, complementada pela iniciativa privada. Para a sua execução, uma das

---

[600] Nesse sentido, ver MANN, Jonathan e outros. A AIDS no mundo. Trad. de Outras Palavras. Rio de Janeiro: Relume-Dumará: ABIA: IMS/UERJ, 1993, p. 244.
[601] Conforme memorando explanatório à Recomendação n.º 14/89, do Conselho Europeu, a respeito de questões éticas envolvendo a infecção pelo HIV nos cenários de assistência domiciliar e social. Conselho da Europa, Estrasburgo, 24 de outubro de 1989, parágrafos 154 e 163.
[602] Conforme ANDORNO, Roberto. *Bioética y dignidad de la persona.* Madrid: Editorial Tecnos, 1998, p. 35.
[603] Conforme ANDORNO, Roberto. *Bioética y dignidad de la persona.* Madrid: Editorial Tecnos, 1998, p. 37.
[604] Art. XXV, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela Resolução n.º 217 A (III), da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948 e assinada pelo Brasil na mesma data.
[605] Art. 196, da Constituição Federal.
[606] Art. 197, da Constituição Federal.

suas diretrizes básicas é o atendimento integral.[607] Assim sendo, não se pode excluir previamente determinadas enfermidades, como a aids, deixando-as fora do sistema, ainda mais em se tratando de doença reconhecida como de elevada gravidade e de grande impacto social.

Ocorre, porém, que profissionais da área de saúde e, mesmo, instituições hospitalares, sob a alegação de insuficiência de meios ou da inadequação de seus equipamentos e conhecimentos, muitas e muitas vezes vêm recusando o atendimento a doentes de aids, independentemente da fase de desenvolvimento orgânico em que se encontra a enfermidade.[608]

Por ter colocado o médico diante de seus preconceitos, das suas dificuldades em lidar com a sexualidade e o uso de drogas, além da sensação de impotência frente à morte, sem ter certeza de estar preparado para tais tarefas, a aids se tornou bastante desconfortável,[609] fazendo com que a recusa e o abandono de pacientes não fosse incomum.[610]

No entanto, não é lícito ao profissional de saúde negar atendimento ou abandonar durante o tratamento paciente com aids,[611] sob a alegação de não possuir conhecimentos especializados na matéria ou estar em situação de risco de ser contaminado. E isso porque, de um lado, sendo uma síndrome, não exige a doença

---

[607] Art. 198, inciso II, da Constituição Federal.

[608] Nesse sentido, ALMEIDA, Marcos de e MUÑOZ, Daniel Romero. Relação médico- paciente e paciente-instituição na AIDS: o direito à informação e à confidência, a discriminação, o abandono e a coerção. **Bioética - Revista do CFM**. Brasília, Conselho Federal de Medicina, vol. 1, n.º 1, p. 4.

[609] "A AIDS é duplamente desconfortável para a maior parte dos médicos, em primeiro lugar porque os coloca frente a questões tabus, como a sexualidade tida como desviante ou o uso de drogas ilícitas, questões para as quais não se encontram preparados, uma vez que até então elas não vinham sendo objeto de reflexão para o saber da medicina. Em segundo lugar, a informação sobre o modo de contágio depende única e exclusivamente da informação dos paciente, excetuando-se os casos de contágio por transfusão ou uso de hemoderivados (que também são incômodos, por serem iatrogênicos, embora pouco se fale nisso)" (CAMARGO JUNIOR, Kenneth. As ciências da AIDS & a AIDS das ciências. O discurso médico e a construção da AIDS. Rio de Janeiro: Relume-Dumará: ABIA: IMS/UERJ, 1994, p. 47).

[610] Referindo-se à situação nos Estados Unidos, segundo informações da Comissão Nacional para AIDS, em tradução livre: "Um número assustador de médicos ainda reluta em cuidar de pessoas com HIV/AIDS. Com um número estimado de 200.000 indivíduos infectados, Nova Iorque tem mais casos de AIDS do que qualquer outra cidade do mundo. Todavia, 78% dos dentistas e médicos da cidade nunca solicitaram um exame de HIV. Entre os 25.000 médicos da cidade, somente 45 especialistas aparecem em listas de referência para encaminhamentos. No âmbito nacional, a Associação do Médicos para AIDS possui uma lista de referência para encaminhamento de somente 2.000 médicos em uma população de 600.000 em todo o país. Entre 25 e 30% dos residentes de medicina interna referem aversão à doença e pretendem evitar contato com estes pacientes" (NATIONAL COMMISSION ON AIDS. *The Workforce and the HIV epidemic in rural America.* Washington: U. S. Government Printing Office, 1990, pp. 277-840).

[611] O Código de Ética Médica, em seu art. 7°, admite apenas a hipótese de recusa da prestação de serviços profissionais pelo médico no âmbito de sua clínica particular, e isso desde que não seja caso de urgência e a sua

preparação específica, bastando os conhecimentos técnicos e científicos gerais para o atendimento de suas intercorrências, e, de outro, ser inerente ao exercício da medicina o contato com pacientes portadores de doenças transmissíveis.[612]

O tratamento abrange, portanto, a atenção integral ao doente com vistas à sua melhora, desde a suavização do seu sofrimento, até o acesso às técnicas de progressão ao estado de cura. Em relação à aids, convém lembrar também a preparação psicológica para o convívio adequado com a moléstia e com a situação de doente em estágio terminal.[613]

Apesar de complementar, a participação das entidades privadas no Sistema Único de Saúde se faz segundo as diretrizes deste,[614] já que a elas se incorporam a partir da concessão de serviço público relevante, mediante contrato ou convênio. Por via de conseqüência, os entes conveniados ou contratados deverão observar, dentre outros, os seguintes princípios:

> I - universalidade de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência;
> II - integralidade de assistência, entendida como um conjunto articulado e contínuo de ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema;
> ...
> IV - igualdade da assistência à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie.[615]

Se igualmente a iniciativa privada se vincula à universalidade de acesso e à integralidade de assistência, não há nada que justifique a recusa de atendimento a pessoas doentes de aids. A inserção dentro do Sistema Único de Saúde importa,

---

negativa não traga danos irreversíveis ao paciente (BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Código de Ética Médica. Resolução n.º 1.246, de 8 de janeiro de 1988. Brasília: Tablóide - Editora e Publicidade, 1990).

[612] Assim, o Código de Ética Médica, em seu art. 6º, indica que "o médico deve guardar absoluto respeito pela vida humana, atuando sempre em benefício do paciente", e, no art. 58, penaliza a conduta do profissional que "deixar de atender paciente que procure seus cuidados profissionais em caso de urgência, quando não haja outro médico ou serviço médico em condições de fazê-lo" (BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Código de Ética Médica. Resolução n.º 1.246, de 8 de janeiro de 1988. Brasília: Tablóide - Editora e Publicidade, 1990). Em reforço, o Código Penal institui como delitos tanto a omissão de socorro, quanto o abandono de paciente, como se observa pela redação dos seus arts. 133 e 135).

[613] Conforme FRANCA, R. Limongi. Aspectos jurídicos da AIDS. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 661, nov. 1990, p. 15.

[614] Art. 199, § 1º, da Constituição Federal.

[615] Art. 7º, da Lei n.º 8.080, de 19 de setembro de 1990.

naturalmente, em assumir, não só o possível proveito financeiro, mas também todos os encargos e ônus daí decorrentes.[616]

Em conseqüência, a negativa de internamento de pacientes portadores do HIV constitui violação não só dos princípios constitucionais relativos à saúde, como também das normas regulamentadoras do sistema. Caracterizar-se-ia, assim, descumprimento de normas contratuais, aptas a dar ensejo ao descredenciamento da entidade privada que se dispôs a integrar o sistema, além da sujeição às medidas civis e penais cabíveis.

De outro lado, embora a Constituição Federal estabeleça que a saúde é um direito a todos assegurados, o descrédito com o atendimento público fez com que se proliferassem os planos privados de saúde.

Esse planos apresentam diferentes formatos jurídicos. Podem consistir em contratos de prestação de serviço de saúde, nos quais as empresas prestadoras financiam a execução do serviço e o médico a realiza. Desse modo, o Código de Defesa do Consumidor regula a questão contratual e o Conselho Regional de Medicina regula a atividades dos médicos. Podem também tomar a forma de contratos de seguro, cujos dispositivos regulatórios pertencem ao Código Civil e ao Código de Defesa do Consumidor, no que pertine aos contratos de adesão ou regulamentares.

O problema é que as empresas que exploram os serviços de saúde costumam inserir em seus contratos cláusula excludente do tratamento da infecção pelo HIV. Em virtude, porém, de uma série de reclamações formuladas pelos usuários, os profissionais de saúde buscaram meios de resolver a questão e se adequarem à realidade social. O enfrentamento culminou com a edição de resolução pelo Conselho Federal de Medicina, prescrevendo como obrigatório o atendimento, pelas empresas de saúde, de todas as enfermidades relacionadas no Código Internacional de Doenças, da

---

[616] Bem por isso, a Secretaria de Estado da Saúde do Paraná, em data de 28 de outubro de 1992, expediu a Resolução n.° 83/92, com o seguinte teor: "1. Nenhum hospital no âmbito do SIH-SUS no Estado do Paraná poderá negar internação a qualquer paciente em virtude do mesmo ser portador do vírus HIV. 2. Os hospitais integrantes do SIH-SUS no Estado do Paraná deverão proceder às internações em caráter de emergência, quando se fizer necessário e dentro de sua capacidade resolutiva, de pacientes portadores de Aids - Síndrome de Imunodeficiência Adquirida, cobrando essas internações através de AIH emitida para o procedimento correspondente à intercorrência aguda que gerou a necessidade de internação, ressalvados os códigos de procedimentos da Portaria MS/SNAS - 291/92" (BRASIL. Paraná. Secretaria de Estado da Saúde. Resolução n.° 83/92, de 28 de outubro de 1992. Curitiba, **Diário Oficial do Estado do Paraná**, 29 out. 1992).

Organização Mundial de Saúde, sem possibilidade de imposição de quaisquer restrições.[617]

Mas a controvérsia, longe de se encerrar, ganhou os tribunais e deu origem a correntes jurisprudenciais divergentes. De um lado, há a forte tendência, hoje majoritária, de impor às empresas e às seguradoras que exploram planos de saúde o atendimento dos pacientes com aids,[618] ainda que haja omissão nas informações prestadas pelo usuário do serviço[619] ou que o contrato tenha sido assinado antes da entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor.[620] De outro, em posição

---

[617] "Art. 1° - As empresas de seguro-saúde, empresas de Medicina de Grupo, cooperativas de trabalho médico, ou outras que atuem sob a forma de prestação direta ou intermediação dos serviços médico-hospitalares, estão obrigadas a garantir o atendimento a todas as enfermidades relacionadas no Código Internacional de Doenças da Organização Mundial de Saúde, não podendo impor restrições quantitativas ou de qualquer natureza. Art. 2° - Os princípios que devem ser obedecidos pelas empresas constantes do art. 1° são: a) ampla e total liberdade de escolha do médico pelo paciente; b) justa e digna remuneração profissional pelo trabalho médico; c) ampla e total liberdade de escolha dos meios diagnósticos e terapêuticos pelo médico, sempre em benefício do paciente; d) inteira liberdade de escolha de estabelecimentos hospitalares, laboratórios e demais serviços complementares pelo paciente e o médico. Art. 3° - É vedado à empresa contratante estabelecer qualquer exigência que implique na revelação de diagnósticos e fatos de que o médico tenha conhecimento devido ao exercício profissional" (BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução n.° 1.401, de 11 de novembro de 1993. **Diário Oficial da União**, Brasília, 18 nov. 1993).

[618] Assim, por exemplo, decidiu-se que: "Convênio de assistência médico-hospitalar. Plano de saúde. Exclusão de cobertura à síndrome da imunodeficiência adquirida (aids). Inadmissibilidade. Liminar concedida a favor do portador do vírus. Não pode o plano de saúde escusar-se da obrigação de prestar ao segurado, portador do vírus HIV, o tratamento médico-hospitalar necessário, pois a cobertura deve ser generalizada a todas as patologias, independentemente do contrato firmado pelas partes" (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível n.° 279.785-1/6. Relator: Desembargador Álvaro Lazzarini. Julgamento em 13 fev. 1996. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 734, p. 342, 1996). Ver, a propósito, levantamento feito por Marcelo MOSCOGLIATO (HIV nos tribunais. Brasília: Ministério da Saúde, 1997, pp. 33-40), onde, dentre os 21 acórdãos pesquisados, somente 2 contrariam essa tese. Os 19 restantes sempre se posicionam em favor do usuário do serviço de saúde.

[619] Nesse sentido: "Seguro-saúde. Aids. Epidemia. 1. A empresa que explora plano de seguro-saúde e recebe contribuições de associado sem submetê-lo a exame, não pode escusar-se ao pagamento da sua contraprestação, alegando omissão nas informações do segurado. 2. A interpretação de cláusula contratual, sobre a exclusão de despesas decorrentes de epidemia, está fora do âmbito do recurso especial (Súmula 5). Recurso não conhecido" (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.° 86.095/SP. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. **Diário da Justiça da União**, Brasília, 27 mai. 1996).

[620] Assim decidiu o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios: "Civil. Plano de Saúde. Plano de Assistência Integral - PAI. Cobertura relativa a tratamento de moléstia infecto-contagiosa. Contrato firmado anteriormente à vigência do Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Pedido de anulação de cláusula contratual. 1. Os dispositivos legais do Código se aplicam aos contratos de execução continuada ou diferida, celebrados antes da entrada em vigor do CDC. Aplicação imediata. 2. Não há como validar cláusula de contrato que exclui do PAI - Plano de Assistência Integral - a que se associou o apelado, a cobertura relativa ao tratamento de moléstia infecto-contagiosa de notificação compulsória e da AIDS. Essa cláusula é nula de pleno direito, porquanto restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, a ponto de tornar impraticável a realização de seu objeto (CDC art. 51, § 1°, II), qual seja, garantir ao segurado, em caso de doença ou acidente pessoal ocorridos após a aceitação da proposta, o reembolso de despesas médicas e hospitalares cobertas ou o pagamento destas diretamente à pessoa física ou jurídica prestadora dos serviços. A cláusula que exclui a cobertura em caso do segurado contrair AIDS é abusiva, vez que a apelante pretende com isso furtar-se à contraprestação a que estaria naturalmente obrigada em razão do contrato. Intenção da seguradora de enganar o segurado ao intitular o contrato de seguro-saúde de "Plano de Assistência Integral - PAI", quando, na verdade, essa assistência é parcial, segundo a cláusula abusiva. Apelação desprovida" (BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação Cível n.° 4717297/DF. Relator: Desembargador Campos Amaral. **Diário da Justiça do Distrito Federal**, Brasília, 15 abr.1998, p. 60).

minoritária, entende-se como válida a exclusão contratual do tratamento da aids, em vista da necessária diluição do ônus de cobertura dos riscos entre todos os segurados, sem possibilidade de ampliação em favor de alguns deles.[621]

Observe-se que em data recente houve a aprovação de legislação regulamentadora dos planos de saúde, na tentativa de superar os constantes impasses a que empresas e usuários chegavam. Mesmo assim, parecem persistir os inúmeros conflitos de interesses, cuja superação não se mostra próxima, especialmente quando envolvem a assistência médica e hospitalar aos portadores do HIV.

2.2 Privacidade e capacidade civil

Sob a justificativa de exercer o controle sobre a disseminação da infecção pelo HIV, muitas autoridades públicas têm procurado realizar testes compulsórios em pessoas recolhidas a presídios, internadas em estabelecimentos de saúde, abrigadas em instituições de atendimento a drogaditos, entre outras coletividades.[622]

A finalidade alegada, porém, não disfarça o nítido conteúdo discriminatório e segregacionista da determinação administrativa. Se o interesse se limitasse à tomada de providências profiláticas, bastaria a oferta aos interessados dos exames necessários à detecção de anticorpos ao HIV, sem que houvesse a sua imposição. Mas geralmente a pesquisa sorológica extensiva a determinados grupos visa, em verdade, ao isolamento dos indivíduos infectados, como suposta medida apta a evitar o contágio dos demais.

Viola-se, por essa via, o respeito à autonomia dos pacientes, que mesmo internados devem ter suas vontades respeitadas. A realização dos exames deve ser

---

[621] Nesse sentido: "Civil. Processual. Plano de saúde, com exclusão de tratamento de AIDS. Usuário, portador do vírus, que requereu medida cautelar, com liminar deferida para realizar exame RNA, com quantificação da carga viral, e tratamentos médicos e correlatos. Prestadora de serviços que celebrou, a seguir, convênio com laboratório, estendido aos demais usuários. Cautelar julgada procedente. Ainda que a tenha acolhido a sentença para confirmar a liminar, concedeu-a por inteiro. É válida, porém, a exclusão, clara e expressa, do tratamento da AIDS, que não pode ser imposto à empresa, sob pena de infringir o preceito da forca obrigatória dos contratos, não importando em cláusula abusiva, prescrita no art. 51 do CODECON. No seguro saúde, diluem-se os ônus da cobertura do risco entre todos os segurados, não podendo ser ampliada, porque romperia a relação de equivalência atuarial entre o prêmio e a prestação do serviço. Recurso parcialmente provido" (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível n.º 1998.001.6313. Relator: Desembargador Luiz Roldão Gomes. **Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, julgado em 25 ago. 1998).

[622] Ver, a respeito, PARANÁ. Ministério Público. Ética e Aids: pareceres, resoluções e projetos de lei em tramitação. Curitiba: Associação Paranaense do Ministério Público, 1997, pp. 92 e seguintes.

precedida de informações sobre as formas de sua realização e as conseqüências dos possíveis resultados, para orientar a tomada de decisão.[623]

Por princípio, todo tratamento médico e todo exame só pode ser solicitado com o consentimento informado do paciente.[624] Somente em situações de limitação temporária ou definitiva de consciência e havendo necessidade de serem realizadas intervenções clínicas, no interesse da saúde do paciente, é que se poderá cogitar de exames sem a respectiva manifestação de vontade.

Em relação à aids, o princípio assume particular importância, pois é uma doença com potenciais repercussões negativas na vida do paciente. Desse modo, o significado prognóstico que a presença do HIV representa até o presente momento, em que não se conhece tratamento curativo para a doença, dá ao paciente o direito de saber se ele está infectado ou não.

Os eventuais riscos de contaminação, em relação aos profissionais que prestam atendimento aos internos, abrigados ou detentos devem ser reduzidos através dos cuidados universais de proteção, empregados em toda e qualquer circunstância. Nesse sentido, deve ser destacado que não existe, até o momento, evidências científicas que demonstrem ser o prévio conhecimento da situação sorológica do paciente fator de redução para o risco de infecção. Ademais, o risco de transmissão da doença é igual tanto nos pacientes suspeitos quanto nos aparentemente seguros, embora os atendentes tendam a tomar medidas preventivas mais efetivas no primeiro do que no segundo grupo.

---

[623] O art. 46, do Código de Ética Médica, proíbe a realização de "qualquer procedimento médico sem o esclarecimento e o consentimento prévios do paciente ou de seu representante legal, salvo em iminente perigo de vida" (BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução n.º 1.246, de 8 de janeiro de 1988. Brasília: Tablóide - Editora e Publicidade, 1990). De teor idêntico é a Resolução Conjunta n.º 1/92, das Secretarias de Estado da Justiça e da Saúde do Paraná, que determina "que a solicitação de testes seja fundamentada somente em critérios clínicos e epidemiológicos; que os testes sejam realizados com prévio conhecimento e autorização do indivíduo; que seja realizado aconselhamento pré-teste com orientação sobre o seu valor, diagnóstico e prognóstico; que sejam estabelecidas ações educativas sistemáticas junto a indivíduos com comportamento de risco e à população em geral, para evitar a infecção pelo HIV" (PARANÁ. Ministério Público. Ética e Aids: pareceres, resoluções e projetos de lei em tramitação. Curitiba: Associação Paranaense do Ministério Público, 1997, p. 90).

[624] Segundo o art. 4º, da Resolução n.º 1.359/92, do Conselho Federal de Medicina, "é vedada a realização compulsória de sorologia para HIV, em especial como condição necessária a internamento hospitalar, pré-operatório, ou exames pré-admissionais ou periódicos e, ainda, em estabelecimentos prisionais" (BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução n.º 1.359/92, de 11 de novembro de 1992. **Diário Oficial da União**, Brasília, 19 nov. 1992).

É fundamental, portanto, que todo paciente, ao ser recrutado para uma pesquisa sorológica, tenha conhecimento de todas as variáveis médicas envolvidas, bem como das alternativas que eventualmente possam ser contempladas no seu caso específico.

No que concerne à revelação dos resultados dos exames realizados, cumpre observar que o sigilo do diagnóstico deve ser mantido, já em homenagem ao princípio constitucional da tutela da intimidade e da privacidade.[625]

Toda a informação adquirida no exercício profissional na área da saúde deve ser, em princípio, considerada sigilosa. A aids trouxe desafios adicionais a este princípio, na medida em que, muitas vezes, da preservação do segredo profissional dependem as várias relações de vida do paciente.

Trata-se da responsabilidade profissional e institucional de manter a guarda de informações confidenciais e privilegiadas. Cabe aos médicos em suas clínicas, aos hospitais e unidades do sistema oficial de saúde zelarem pelo segredo de seus arquivos e prontuários de pacientes.[626] A questão transcende aos profissionais de saúde, pois que na realidade pessoas de outra profissões também terão acesso a informações privilegiadas.

A existência do sigilo, protegido em lei, não significa a absoluta impossibilidade de revelação dos fatos de que se tenha conhecimento em virtude do exercício profissional. A manutenção do segredo só se justifica até o ponto em que intervém considerações de outros fatores, axiologicamente também relevantes, de que são exemplos a regra determinante da denúncia pelo médico às autoridades sanitárias de doença cuja notificação é compulsória,[627] bem como a comunicação a parceiros

---

[625] Segundo o art. 102, do Código de Ética Médica, é vedado ao médico "revelar fato de que tenha conhecimento em virtude do exercício de sua profissão, salvo por justa causa, dever legal ou expressa autorização do paciente", ainda que "o fato seja de conhecimento público ou que o paciente tenha falecido" (BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução n.º 1.246, de 8 de janeiro de 1988. Brasília: Tablóide - Editora e Publicidade, 1990). Tanto assim é que o Código Penal considera crime a inobservância desse preceito (art. 154).

[626] Há julgado condenando médico ao ressarcimento de danos provenientes da revelação do resultado positivo de exames realizados para detecção de anticorpos ao HIV, por se reconhecer que "há culpa do médico [...] que divulgou publicamente o diagnóstico reservado do autor [...] bem como não impôs sigilo no âmbito hospitalar" (referido por SANTOS, Marco Fridolin Sommer. A AIDS sob a perspectiva da responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 116).

[627] A Portaria n.º 542, de 22 de dezembro de 1986, do Ministério da Saúde, em seu inciso II, estabelece que "os casos confirmados de AIDS e Sífilis Congênita deverão ser obrigatoriamente notificados às autoridades sanitárias com observância das normas legais e regulamentares aprovadas" (BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria n.º 542, de 22 de dezembro de 1986. **Diário Oficial da União**, Brasília, 24 dez. 1986).

sexuais da sorologia HIV positiva, quando o paciente injustificadamente se recusar a prestar-lhes essa informação.[628]

No que tange à capacidade civil, há situações em que o doente de aids é acometido de moléstia incapacitante, por atingir graus elevados de comprometimento das funções físicas e psíquicas. Em tais condições, será promovida a sua interdição e a conseqüente nomeação de curador para o representar no exercício dos atos da vida civil.

Porém, são casos determinados os que recomendam a interdição. Ao contrário do que pensam alguns, a aids, em si mesma, não gera incapacitação, por manter o indivíduo plena consciência e aptidão para gerir sua própria vida, em todos os seus aspectos.[629] Por conseguinte, presumem-se válidos os atos por ele praticados e mantém-se o seu poder de administração de seus bens, ainda que apresente grave quadro de saúde, com necessidade de internações sucessivas para tratamento.[630]

2.3 Discriminação no acesso a bens, direitos e serviços

Em algumas situações, o rechaço aos acometidos pela aids, movido pela irracionalidade, assume contornos surpreendentes. Para manter a doença à distância, há quem entenda configurar uso nocivo da propriedade a instalação de casa para atendimento de crianças portadoras do HIV. Com base em pretensos direitos de vizinhança, foi requerida em juízo a interdição do prédio destinado ao abrigo, mas não

---

[628] "Art. 2° - O sigilo profissional deve ser rigorosamente respeitado em relação aos pacientes com aids; isso se aplica inclusive aos casos em que o paciente deseja que sua condição não seja revelada sequer aos familiares, persistindo a proibição de quebra de sigilo mesmo após a morte do paciente. Parágrafo único. Será permitida a quebra do sigilo quando houver autorização expressa do paciente, ou por dever legal (ex.: notificação às autoridades sanitárias e preenchimento de atestado de óbito) ou por justa causa (proteção à vida de terceiros: comunicantes sexuais ou membros de grupos de uso de drogas endovenosas, quando o próprio paciente recusar-se a fornecer-lhes a informação quanto à sua condição de infectado)" (BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução n.° 1.359/92, de 11 de novembro de 1992. **Diário Oficial da União**, Brasília, 19 nov. 1992).

[629] "Muitas vezes, face à desinformação acerca da doença, a pessoa com HIV e AIDS se vê impedida de praticar algum ato da vida civil, como, por exemplo, contratar alguém ou algum serviço, sob a alegação de que não possui capacidade plena. Ora, não há na legislação possibilidade de restringir qualquer ato das pessoas contaminadas pelo HIV, exceto se estas apresentarem deterioração do seu estado mental" (SILVA, Miriam Ventura da. Direitos das pessoas vivendo com HIV e aids. Rio de Janeiro: Grupo pela Vidda, 1993, p. 12).

[630] Nesse sentido: "Anulatória. Dação em pagamento. Escritura pública. Incapacidade do outorgante. Psicopatia, alcoolismo, uso de drogas e aids. Internações sucessivas. Irrelevância. Hipótese em que tal quadro, grave, não ensejaria a afirmação de ser insano mentalmente, que não permite administrar seus bens fora dos períodos de crise intensa. Presunção de validade dos atos praticados. Consentimento não viciado. Improcedência. Recurso provido" (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível n.° 197.900-1. Relator: Desembargador Márcio Bonilha. **Diário de Justiça do Estado de São Paulo**, São Paulo, 5 ago. 1993).

se deu acolhida ao pedido por concluir a autoridade judiciária que não havia risco algum de contaminação dos vizinhos.[631]

Em relações trabalhistas, por vezes, o tratamento dispensado a empregados soropositivos traduz preconceito e estigmatização, não se limitando à despedida discriminatória. Com o intuito de punir o doente por ter contraído o HIV e rebaixá-lo no ambiente de trabalho, perante os demais trabalhadores, superiores hierárquicos se utilizam de expressões como "a coisa" e "estorvo" para fazer referência às pessoas infectadas. Foi reconhecido em juízo o direito ao ressarcimento de danos morais sofridos pelo trabalhador.[632]

Também foi judicialmente imposta a indenização por danos decorrentes do impedimento para viagem aérea de portador do HIV. Como estes não representam nenhum perigo para si mesmos, nem para os outros passageiros, constitui humilhação e discriminação indevida a exigência de apresentação de atestado médico para embarque em aeronave, a ensejar reparação por dano moral.[633]

Em situação assemelhada, foi determinado o pagamento, em montante exacerbado, para efeitos didáticos, de indenização pela ilicitude da conduta de motorista que, ao transportar passageiros por via terrestre, de forma acintosa exige de

---

[631] Assim decidiu o 1° Tribunal de Alçada Civil de São Paulo: "Direito de vizinhança. Uso nocivo da propriedade e pretensão a interdição do prédio. Ação cautelar satisfativa que objeta a instalação, no imóvel vizinho, do projeto Casa Vida para atendimento de crianças portadoras do vírus HIV, da síndrome da imunodeficiência adquirida ou aids. Ausência de risco, segundo perícias e pesquisas levadas a cabo por especialistas no assunto, inclusive médicos, sanitaristas e epidemologistas. Imóvel submetido a desinfecção nas área internas e externas. Ação cautelar rejeitada, julgada improcedente. Sentença mantida. Declaração de voto, adotando a conclusão de improvimento, mas alterando o dispositivo da sentença para extinguir o processo" (BRASIL. 1° Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo. Apelação Cível n.° 523.367. Relator: Juiz Franco de Godoy. **Diário da Justiça do Estado de São Paulo**, São Paulo, 31 ago. 1993).

[632] Situação como esta foi submetida a julgamento: "AIDS. Discriminação. Danos morais. O trabalhador, portador do vírus HIV, que passou a ser tratado pelo superior hierárquico de 'a coisa' e 'estorvo', em virtude de doença de que padece, faz jus à indenização por danos morais sem qualquer margem de dúvidas. É inafastável a repugnância que nos toma conta quando sabemos existir em nossa sociedade, muitas vezes próximas ao nosso convívio, pessoas com mentalidade tão medíocre e comportamento tão desumano e pequeno, ocupando cargos e dirigindo vários subordinados. Estes, sim, são portadores dos males do século, a falta de solidariedade e respeito pelo ser humano. Recurso provido por unanimidade" (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região. Apelação n.° 214/98. Relatora: Juíza Geralda Pedroso. **Diário da Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul**, Campo Grande, 27 mar. 1998, p. 63).

[633] Nesse sentido: "Responsabilidade civil. Ação ordinária visando indenização por danos materiais e morais. Impedimento de viajar em avião em virtude do passageiro ser possuidor do vírus HIV. Discriminação. Reparação devida. Sendo notório que os portadores do vírus HIV não representam perigo para si ou para terceiros, quando em viagem aérea, constitui humilhação e discriminação a exigência ao passageiro de apresentar um atestado médico para embarcar em aeronave, a ensejar reparação por dano moral" (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível n.° 1997.001.5632. Relator: Desembargador José Affonso Rondeau. **Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, julgado em 11 nov. 1997).

pessoa portadora do HIV a revelação pública de sua condição sorológica, para aferir os motivos que propiciaram o seu direito a transporte gratuito.[634]

Mais grave é a posição de estabelecimentos escolares que impedem o acesso de crianças e adolescentes infectados pelo HIV às suas dependências e à prestação de seus serviços de ensino, sob a alegação de existir risco de contaminação.

Em caso famoso nacionalmente, uma menina de cinco anos de idade teve a sua matrícula recusada, por instituição privada de ensino, em razão da sua soropositividade. Por se tratar de conduta discriminatória, mas que sem tanto alarde se reproduz em várias escolas e creches, os Ministérios da Educação e da Saúde editaram a Portaria Interministerial n.° 796, de 29 de maio de 1992, cujo art. 1° assim estabelece:

> I - A realização de teste sorológico compulsório, prévio à admissão ou matrícula de aluno, e a exigência de testes para manutenção de matrícula e de sua freqüência nas redes pública e privada de ensino de todos os níveis, são injustificadas e não devem ser exigidas.
>
> II - Da mesma forma não de devem ser exigidos testes sorológicos prévios à contratação e manutenção do emprego de professores e funcionários, por parte de estabelecimentos de ensino.
>
> III - Os indivíduos sorologicamente positivos, sejam alunos, professores ou funcionários, não estão obrigados a informar sobre sua condição à direção, a funcionários ou a qualquer membro da comunidade escolar.
>
> IV - A divulgação de diagnóstico de infecção pelo HIV ou de aids de que tenha conhecimento qualquer pessoa da comunidade escolar, entre alunos, professores ou funcionários, não deve ser feita.
>
> V - Não deve ser permitida a existência de classes especiais ou de escolas específicas para infectados pelo HIV.[635]

---

[634] Decidiu o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro: "Ação ordinária de reparação de dano moral. Comprovada a condição de passageiro, ainda que com direito a transporte gratuito, em razão de ser portador do vírus da AIDS, tem o autor direito à indenização do dano moral sofrido no curso da viagem, provocado pelo motorista da ré, que o obrigou a confessar sua condição. A indenização deve ser exacerbada, até para efeitos didáticos, diante da intensidade do dolo do agente. Desprovimento do apelo da ré e parcial provimento do apelo do autor, para se elevar a condenação a 200 salários mínimos" (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível n.° 1995.001.7328. Relator: Desembargador Sylvio Capanema. **Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, vol. 29, abr. 1996, p. 242).

[635] BRASIL. Ministérios da Saúde e da Educação. Portaria Interministerial n.° 796, de 29 de maio de 1992. **Diário Oficial da União**, Brasília, 3 jun. 1992, art. 1°.

O preconceito alia-se à precariedade das informações sobre a doença e modos de contágio, o que gera infundados receios e prejuízos à sociedade, em especial aos portadores do HIV. Entre os reflexos possíveis está a negação do direito à educação.[636]

Por isso, a Associação Médica Brasileira procurou dirimir as dúvidas referentes à transmissão da doença em ambiente escolar. Conforme parecer elaborado, não existe risco de contaminação pela aids na convivência normal entre as pessoas, em qualquer faixa de idade e em qualquer tipo de atividade socialmente aceita. Ressalte-se que não há caso documentado de propagação no convívio escolar, desde que não acompanhado do uso de drogas ou de contato sexual.

Apresentam-se suficientes, assim, a observância das regras gerais de higiene e de medidas de precaução universais em primeiros socorros, não só pela aids, mas também por outras doenças que se transmitem pelo sangue, como é o caso da hepatite B. As posições segregacionistas de nada adiantam, pois as pessoas acometidas pelo HIV podem permanecer incógnitas.

Ressalta-se o quanto a escola pode vir a se constituir em local privilegiado para a construção da sociabilidade em formas mais justas e democráticas, comprometidas efetivamente com a cidadania, a partir de lutas como a desenvolvida contra a aids.[637] Em muitas oportunidades, coloca-se a escola como lugar privilegiado para a prevenção da aids, por se tratar de uma das agências de maior legitimidade na busca da efetiva construção de práticas de sociabilidade não preconceituosas e seguras.[638]

3. Proteção especial aos soropositivos e doentes de aids

---

[636] Conforme dispõe a Constituição Federal, em seu art. 205, "a educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho".

[637] "A partir da integração com a comunidade e do envolvimento com a luta contra a pobreza, a violência e a falta de perspectiva daqueles que são a sua razão de ser, a escola estará caminhando no sentido de negar a exclusão e a deterioração que hoje caracterizam a vida das camadas populares" (AGRA DO Ó, Alarcon. Educação preventiva: aspectos da vulnerabilidade docente. **In:** PINTO, Teresinha; TELLES, Izabel da Silva (orgs.). Aids e escola: reflexões e propostas do EDUCAIDS. São Paulo: Cortez; Pernambuco: UNICEF, 2000, p. 70).

[638] Conforme AGRA DO Ó, Alarcon. Educação preventiva: aspectos da vulnerabilidade docente. **In:** PINTO, Teresinha; TELLES, Izabel da Silva (orgs.). Aids e escola: reflexões e propostas do EDUCAIDS. São Paulo: Cortez; Pernambuco: UNICEF, 2000, p. 70.

Pelos muitos motivos alinhavados anteriormente,[639] o advento da aids no Brasil é marcado pela profusa elaboração de textos legais e pela produção de pronunciamentos judiciais, muitos dos quais dotados de caráter nitidamente protetivo. O Direito reconhece a diferença, aqui, para proteger as pessoas que convivem com o HIV e a aids.

Em muitos dos aspectos abordados pode ocorrer a falsa impressão de se estar instituindo indevido privilégio, em país com tantas e tão amplas carências na efetivação das políticas públicas. Inobstante, não se pode perder de vista a dramaticidade da situação existencial experienciada por quem é acometido por doença considerada incurável e letal, o que faz ruir todos os possíveis parâmetros comparativos entre dispêndios de recursos humanos, financeiros e materiais destinados a diferentes moléstias ou a políticas sociais diversas. Há sempre algo de incomensurável no trato de questões que envolvem a vida humana.

Não bastasse isso, a força criadora positiva que é liberada com a instituição de medidas protetivas a determinados grupos sociais tem capacidade de expansão a outros segmentos, além daqueles inicialmente beneficiados. Abrem-se trilhas que podem ser percorridas com maior facilidade por outros indivíduos ou grupos que estejam em posição assemelhada.

Longe de se constituírem em privilégios exagerados ou desarrazoados, são respostas jurídicas que propiciam condições de vida mais adequadas aos soropositivos e doentes de aids e reforçam as possibilidades emancipatórias do Direito.

3.1 Fornecimento de medicação

Um dos pontos mais salientes do programa nacional de prevenção e controle da aids é a previsão legislativa de fornecimento de toda a medicação necessária aos doentes de aids, conforme o estágio de desenvolvimento orgânico da doença. Trata-se da Lei n.º 9.313, de 13 de novembro de 1996, cujo teor é o seguinte:

---

[639] Ver, a respeito, Capítulo II, item 1.3, *supra*.

> Art. 1° - Os portadores do HIV (vírus da imunodeficiência humana) e doentes de aids (Síndrome da Imunodeficiência Adquirida) receberão, gratuitamente, do Sistema Único de Saúde, toda a medicação necessária a seu tratamento.
>
> Parágrafo 1° - O Poder Executivo, através do Ministério da Saúde, padronizará os medicamentos a serem utilizados em cada estágio evolutivo da infecção e da doença, com vistas em orientar a aquisição dos mesmos pelos gestores do Sistema Único de Saúde.
>
> Parágrafo 2° - A padronização de terapias deverá ser revista e republicada anualmente, ou sempre que se fizer necessário, para se adequar ao conhecimento científico atualizado e à disponibilidade de novos medicamentos no mercado.
>
> Art. 2° - As despesas decorrentes da implementação desta Lei serão financiada com recursos do orçamento da Seguridade Social da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, conforme regulamento.[640]

Superou-se assim, pelo menos na via legislativa, a dificuldade crônica enfrentada pelos doentes de aids para a obtenção de medicamentos, muitos dos quais de uso contínuo, junto aos órgãos públicos responsáveis pelo seu fornecimento. Essas dificuldades chegaram a tal nível que os prejudicados acabaram por ajuizar, com sucesso, ações tendentes a conseguir os remédios necessários por meio de ordem judicial.[641]

Em grande parte das ações judiciais propostas foi concedida a antecipação de tutela, dado o caráter de urgência da pretensão.[642] A interrupção ou a recusa no

---

[640] BRASIL. Lei n.° 9.313, de 13 de novembro de 1996. Portadores do HIV e doentes de aids - distribuição gratuita de medicamentos. **Diário Oficial da União**, Brasília, 14 nov. 1996.

[641] Na pesquisa jurisprudencial realizada, foram localizados mais de 400 acórdãos, dos vários tribunais brasileiros, referentes ao tema de medicamentos, sendo todos favoráveis aos requerentes, determinando ao poder público o respectivo fornecimento. Por exemplo: "Saúde pública. Fornecimento gratuito de medicamentos a portadores do vírus da AIDS. Direito legal e constitucional que independe de previsão orçamentária dos Estados-membros para sua execução. Inteligência do art. 196 da CF e da Lei 9.313/96. O direito constitucional à saúde pública, estabelecido no art. 196 da CF, não pode ser considerado como norma programática, que dependa de previsão orçamentária dos Estados-membros para sua execução; assim, cabe ao Poder Público, mormente após a edição da Lei 9.313/96, conceder, gratuitamente, medicamentos, limitados à lista divulgada por órgão oficial, aos portadores do vírus da Aids, impondo-se às administrações estaduais ajustarem suas disponibilidades para o cumprimento de tal previsão legal" (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação n.° 1.141/98. Relator: Desembargador Luiz Roldão. **Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, 5 mai. 1998).

[642] Nesse sentido: "A.I.D.S. Exame médico. Fornecimento de medicamento. Tutela antecipada. Art. 273. C.P.C. Art. 23. Inc. II. Art. 196. Art. 197. Art. 198. Art. 5° *Caput*. Constituição federal de 1988. Art. 284. Constituição Estadual de 1989. Agravo de instrumento. Tutela antecipada deferida nos autos de ação de procedimento ordinário, obrigando o Estado do Rio de Janeiro a entregar remédios e garantir exames a aidéticos. Improvimento do agravo. As vítimas da Síndrome da Deficiência Imunológica Adquirida (AIDS), por serem doentes portadores de gravíssima doença, hão de merecer, de toda a sociedade, de cada ser humano, um pensamento isento de preconceito e impregnado de compreensão, de solidariedade e de amor cristão. Em obediência à Constituição Federal e à lei infraconstitucional, a ajuda aos aidéticos ou às vítimas de doenças ameaçadoras de morte, não pode compactuar com delongas ou lentidão de providências. A saúde do cidadão, foi prevista como compromisso

fornecimento dos remédios adequados provoca imediatas conseqüências, extremamente danosas para os doentes. Muitas vezes, a decisão judicial enfrenta situações de emergência, que não podem suportar protelação.

3.2 Estabilidade no emprego

Entre tantas implicações que a aids traz para a área laborativa, ressalta a questão da concessão ou não de estabilidade provisória ao empregado portador do HIV, matéria sobre a qual ainda não se alcançou consenso. Mantém os juristas posições diferenciadas, que podem, a grosso modo, ser agrupadas em pelo menos duas vertentes: uma que responde de forma positiva à questão e outra que a responde de modo negativo.

A corrente positiva aceita a estabilidade provisória do portador do HIV, considerando que a garantia da preservação da relação de emprego, prevista no art. 7°, inc. I, da Constituição Federal, não se esgota na mera indenização compensatória pela dispensa imotivada. Característica básica do direito é a igualdade de tratamento e a proibição de qualquer espécie de discriminação. Desde que haja a possibilidade de cumprimento do contrato, o empregado não pode ser dispensado por razões físicas ou de saúde.

Considera-se que a despedida do portador do HIV é sempre discriminatória e é nula quando já manifestada a doença, por obstar o direito ao acesso ao Sistema

---

formal e expresso do Estado, como se vê, entre outras disposições, a contida no inciso II, do artigo 23, da Carta Política, que aclara ser 'competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência'. Por outro lado, não se olvide o disposto na Carta de Princípios, artigos 5°, caput, 196, 197 e 198, nos artigos 284 e seguintes da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, e nas Leis n.° 8.080/90 e 9.313/96. Ademais, a tutela antecipada concedida homenageia o *due process of law*, princípio alcandorado à nobreza constitucional, como se vê o artigo 5°, inciso LIV, da Carta Política. O argumento de que a tutela antecipada não pode ser concedida contra a Fazenda Pública, cede lugar à ponderação visível nestas palavras de NELSON NERY JUNIOR e ROSA MARIA ANDRADE NERY, in Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil extravagante em vigor, Revista dos Tribunais, 3. Edição , pagina 549, *in verbis*: 'Fazenda Pública. Pode ser concedida tutela antecipada contra a Fazenda Pública, desde que respeitados os limites constitucionais impostos às execuções contra a Fazenda'. Com efeito, é assegurado o direito à tutela antecipada, se decalcada em garantias da Lei Maior, como evidenciado se encontra na hipótese versada, garantias essas que não podem ser prejudicadas por legislação infraconstitucional. Assim, o deferimento da tutela antecipada, com fiel observância dos fatos, das formalidades e cautelas, bem como das exigências do artigo 273, do Código de Processo Civil, obrigando o Estado do Rio de Janeiro a garantir exames e medicamentos a aidéticos, impõe o improvimento do Agravo" (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento n.° 4.208/97. Relator: Desembargador Albano Matos Corrêa. **Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, julgado em 24 mar. 1998).

Nacional de Seguridade Social.[643] Nesse sentido se tem manifestado a jurisprudência majoritária, muito embora se reconheça a inexistência de texto legal conferindo de forma expressa tal estabilidade.[644]

Já a denominada corrente negativa sustenta que o portador do HIV ou doente de aids não teria estabilidade provisória porque não é possível assegurar ao empregado direito sem expressa previsão legal. Ademais, o inc. XLI, do art. 5°, da Constituição Federal, tem eficácia limitada e não há lei ordinária que o regulamente, não havendo,

---

[643] "Pode-se afirmar que, nas hipóteses de trabalhadores soropositivos: a) a indenização compensatória não exaure os direitos do princípio de garantia de emprego; b) a rescisão do contrato de trabalho não fica adstrita ao princípio da autonomia da vontade; c) é, sempre, discriminatória a dispensa; d) é nula, desde que manifestada a enfermidade, por ser obstativa do direito ao acesso ao Sistema Nacional de Seguridade Social e convênios de assistência médico-hospitalar" (MEDRADO, Gézio Duarte. Debate sobre o tema "A proteção dispensada pela ordem jurídica ao empregado portador do vírus HIV alcança a garantia de emprego?", **Jornal Magistratura & Trabalho**, n.° 13, jul./ago. 1994, p. 10).

[644] Podem ser citados, com proveito, os seguintes acórdãos: "Aids. Reintegração. Mandado de segurança. Sendo o trabalhador portador de doença que pode levá-lo à morte, estando prestes a adquirir o direito à estabilidade no emprego, havendo sido demitido de forma obstativa e sendo absolutamente necessário o exercício de sua atividade profissional no combate ao mal que o aflige, o transcurso do tempo é imprescindível para que se evite restar prejudicado o seu direito. O *periculum in mora* é o próprio risco do perecimento da vida do trabalhador. De que adiantaria ao empregado sagrar-se vencedor numa ação trabalhista após a sua morte? O direito deve ser ágil e ser aplicado no momento certo, sob pena de tornar-se inócuo, mormente neste caso concreto, onde mais importante que os eventuais valores monetários em discussão é a própria vital necessidade de o empregado exercer suas funções enquanto apto para tal" (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n.° 197.134/MG. Relatora: Ministra Cnéa Moreira. **Diário da Justiça da União**, Brasília, 28 fev. 1997, p. 4.380); "Reintegração. Empregado portador do vírus da AIDS. Não obstante inexista no ordenamento jurídico lei que garanta a permanência no emprego do portador da síndrome da imunodeficiência adquirida - AIDS, não se pode conceber que o empregador, munido do poder potestativo que lhe é conferido, possa despedir de forma arbitrária e discriminatória o empregado após tomar ciência de que este é portador do vírus HIV. Tal procedimento afronta o princípio fundamental da isonomia insculpido no '*caput*' do artigo quinto da Constituição Federal. Embargos não conhecidos" (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Embargos em Recurso de Revista n.° 205.359/MG. Relator: Ministro Leonaldo Silva. **Diário da Justiça da União**, Brasília, 14 mai. 1999, p. 43); "Empregada acometida pelo vírus HIV. Dispensa logo após conhecimento pela empresa do estado clínico da obreira. A despedida é obstativa, depois que manifestada a doença no organismo da empregada, pois a impede de usufruir dos benefícios previdenciários. Inteligência do art. 476 da CLT. É direito constitucional do trabalhador urbano e rural a relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa (art. 7°, inciso I, da CF/88). Em caso de seguro doença ou auxílio enfermidade, dá-se a suspensão do contrato de trabalho e o empregado não pode ser despedido, considerado que é uma licença não remunerada após o 15° dia de interrupção do contrato de trabalho. Assim, é arbitrária a despedida do empregado enfermo que vê frustrado com esse ato o seu direito protegido por lei" (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Apelação n.° 02960145695. Relator: Juiz José Mollica. **Diário da Justiça do Estado de São Paulo**, São Paulo, 28 mar. 1996); "AIDS. Demissão. Funcionário portador do vírus da "AIDS". Discriminação. Reintegração. Toda discriminação é sempre odiosa, tanto que o artigo 5°, da Constituição Federal de 1988 a proíbe. A saúde, também por força constitucional, é direito de todos. Assim, a dispensa imotivada do aidético, que em pouco mais de quatro meses implementaria o prazo de garantia de emprego, objeto de norma negociada, constitui triste exemplo de discriminação. A despedida implicaria, em última análise, na sua própria morte. A reintegração, *in casu*, podia ser feita por meio de cautelar inominada" (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Mandado de Segurança n.° 76/93. Relator: Juiz Dárcio Guimarães de Andrade. **Diário da Justiça do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, 17 mar. 1994); "Portador do vírus HIV. Despedimento injusto. Presunção de discriminação. Reintegração. O despedimento injusto de empregado portador do vírus HIV, ainda que assintomático, presume-se discriminatório e, como tal, não é tolerado pela ordem jurídica pátria, impondo-se, via de conseqüência, sua reintegração. Referências: Constituição Federal, arts. 3°, IV, e 7°, XXXI" (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Recurso Ordinário n.° 16.691/94. Relator: Juiz Levi Fernandes Pinto. **Diário da Justiça do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, 5 set. 1995).

assim, possibilidade de reintegração com base neste dispositivo. Desde que o empregador indenize o empregado com as verbas que lhe são devidas, pode exercer o direito potestativo da dispensa.[645] Ainda que em número bem mais reduzido, há julgados em apoio a esta posição.[646]

Há quem procure diferenciar as situações e apresenta soluções diversificadas.[647] Na primeira, em que o empregado já manifestou a doença, pode o empregador demiti-lo mediante o pagamento das verbas rescisórias devidas. Naturalmente, em função do período de graça estabelecido pelo art. 15, da Lei n.º 8.213, de 24 de julho de 1991, ele entraria em gozo de auxílio-doença ou se aposentaria, conforme sua condição física, já que a demissão não importa na perda dos direitos previdenciários.[648]

Na segunda situação, o empregado portador do vírus, que ainda não tenha apresentado nenhum sintoma da doença, também não tem direito à estabilidade

---

[645] Entre outros, defende esta posição o Juiz Sérgio Pinto Martins: "Não havendo lacuna na lei, apenas inexistindo comando legal prevendo estabilidade ao aidético, não poderá o juiz investir-se na função de legislador e mandar reintegrar o aidético no emprego, sob pena de estar desvirtuando a função do Poder Judiciário, que é de julgar e não legislar, violando o princípio da separação dos poderes" (MARTINS, Sérgio Pinto. Debate sobre o tema "A proteção dispensada pela ordem jurídica ao empregado portador do vírus HIV alcança a garantia de emprego?", **Jornal Magistratura & Trabalho**, n.º 13, jul./ago. 1994, p. 12).

[646] Como se pode observar pelas seguintes decisões: "Reintegração. Demissão. Empregado portador do vírus HIV. A Aids é uma doença que está causando grande impacto na humanidade, e os portadores desta enfermidade sofrem, sem dúvida, discriminação e dificuldade muitas vezes até para sobreviver. Preocupa-me o aspecto de que é cada vez maior o número de infectados por esta enfermidade no mundo todo. Porém, há outras enfermidades que também têm o mesmo impacto, não tanto quanto está observando-se hoje com o problema da AIDS - este, sem dúvida, muito mais pelo tratamento que vem sendo dispensado ao tema pela mídia do mundo todo - entendo que, a se conceder estabilidade ao portador do vírus HIV, teremos que reconhecer, por questão de pura justiça, idêntica estabilidade a todos os portadores de outras doenças infecto-contagiosas que ainda hoje são consideradas infamantes, isto é, enfermidades cujos portadores dos vírus são segregados e discriminados pela humanidade. Dessas, a mais conhecida é a lepra (hanseníase). É difícil, do meu ponto de vista, sustentar a concessão desta estabilidade ao portador do vírus HIV. Reconheço que se trata de situação muito delicada, que exige uma dose de humanismo muito grande para o reconhecimento desta estabilidade. Revista conhecida parcialmente, e desprovida" (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista n.º 287.010. Relator: Ministro Nelson Antônio Daiha. **Diário da Justiça da União**, Brasília, 24 set. 1999, p. 294); "Ação cautelar inominada. Pedido de reintegração no emprego de portador do vírus HIV. Pretensão deduzida com fulcro na Lei n.º 7.670, de 08.09.1988, que, em seu art. 1º, considerava a Síndrome da Imunodeficiência Adquirida como causa que justifica a concessão de 'auxílio-doença ou aposentadoria, independentemente do período de carência, para o segurado que, após filiação à Previdência Social, vier a manifestá-la', e no princípio constitucional da não discriminação. Legislação revogada pela Lei 8.213, de 24.07.1991, que mantém normas de igual teor. Ausência de amparo legal ou normativo à concessão da cautela, seja por inexistente norma instituidora de garantia no emprego ao portador do vírus da AIDS, seja por não se caracterizar como obstativa, a denúncia vazia do ajuste pelo empregador, ao encaminhamento do segurado para a Previdência Social diante das normas previdenciárias reguladoras da matéria, afastado em qualquer hipótese o *fumus boni juris* indispensável ao juízo de procedência da cautela" (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Recurso Ordinário n.º 93.019983-9. Relatora: Juíza Rosa Maria Weber Candiota da Rosa. **Diário da Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, 7 mar. 1994).

[647] MARTINS, Nei Frederico Cano. Estabilidade Provisória no Emprego. São Paulo: LTr, 1995, pp. 202-214.

[648] "Art. 15 – Mantém a qualidade de segurado, independentemente de contribuições: I – sem limite de prazo, quem está em gozo de benefício; II – até 12 (doze) meses após a cessação das contribuições, o segurado que deixar de exercer atividade remunerada abrangida pela Previdência Social ou estiver suspenso ou licenciado sem remuneração".

provisória. Se o empregador o demite sem saber da doença, nada há a corrigir, pois não se considera dispensa discriminatória a que decorre do desconhecimento acerca da situação do empregado.

Porém, há uma outra hipótese a ser considerada. É o caso do empregado que não apresenta nenhum sintoma da doença, mas o empregador sabe que ele porta o vírus e o demite por essa razão. Neste caso, não se concede estabilidade provisória, mas se reconhece que houve discriminação, constitucionalmente proibida. Acresce notar que o empregador, nesta hipótese, impede maliciosamente que o trabalhador venha a se socorrer dos benefícios previdenciários no momento em que a Aids se manifeste. Portanto, deve ser considerada nula a dispensa e por conseqüência determinada a reintegração no emprego.

Tendo em vista a divergência de opiniões, remanesce apenas como certa a vedação à despedida discriminatória, motivada pela constatação da soropositividade. Nesta hipótese, há o direito à reintegração ao trabalho e à indenização por danos materiais e morais. Nos demais casos, em que a motivação da demissão é outra, não há certeza quanto ao reconhecimento da estabilidade, havendo decisões num e noutro sentido.

No entanto, como se trata de tese em construção, é importante perceber a direção do movimento que a expande, nitidamente orientado para o reconhecimento da estabilidade do portador do vírus ou doente de Aids. Cresce o número de adeptos dessa corrente e se consolidam os argumentos que a sustentam, o que leva a crer na sua prevalência futura.

3.3 Execução penal

A gestão de estabelecimentos prisionais, do ponto de vista do enfrentamento da aids, pode se caracterizar como autoritária, se impõe a testagem obrigatória, estabelece o isolamento de prisioneiros soropositivos, restringe o acesso a oficinas e pátios internos e não coloca preservativos à disposição dos detidos. Se, de outro lado, promove a testagem voluntária, a não discriminação, o desenvolvimento de medidas de

prevenção, a possibilidade de utilização de preservativos e o apoio psicossocial, pode ser considerada mais humana.[649]

Como se sabe, o Estado é responsável pela garantia da vida e da saúde dos presos provisórios ou definitivos, devendo responder pelos danos causados aos mesmos no interior dos presídios.[650] Esta é uma questão extremamente séria e grave, mas à qual ainda não se deu a devida atenção, seja pela situação de exclusão social do encarcerado, seja pela precariedade de todo o nosso sistema prisional atual.

Com base na situação de soropositivo, é comum detentos requererem a concessão de indulto, a dispensa das condições de cumprimento da pena em regime aberto e o deferimento de prisão domiciliar.

Segundo a legislação pertinente, "é concedido indulto [...] ao condenado à pena privativa de liberdade que se encontre em estágio avançado de doença incurável, comprovado por laudo circunstanciado de médico oficial ou, na falta deste, de médico designado, desde que não haja oposição do beneficiado".[651]

Algumas dificuldades se apresentam a respeito da adequada leitura a ser dada à expressão estágio avançado de doença. Parece prevalecer o entendimento que apenas o doente em estágio terminal da aids teria acesso ao benefício, por se tratar de síndrome com diversas intercorrências, de intensidade variada, sendo o estágio terminal o único indicativo seguro da irreversibilidade do quadro clínico.[652] Essa postura tem recebido críticas, no sentido de que se concede o benefício tão-somente para permitir ao detento morrer em casa, fora da prisão, de forma a desonerar os estabelecimentos prisionais das providências fúnebres, sem proporcionar qualquer conforto ou melhoria no tratamento ao acometido pela infecção.

Em relação à prisão domiciliar, não há posicionamento tranqüilo da jurisprudência, sendo analisada cada situação concreta com suas peculiaridades

---

[649] DARBEDA, Pierre. *Les prisons face au SIDA: vers des normes européennes*. **Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé,** Paris, n.º 4, out./dez. 1990, p. 825.

[650] CAMARGO, Antônio Luis Chaves. Aids e direito penal: aspectos gerais. **Revista USP/Coordenadoria de Comunicação Social,** nº 1, mar./mai. 1989. São Paulo: USP, CCS, p. 65.

[651] Art. 1º, inc. II, da Lei n.º 2.002, de 9 de setembro de 1996.

[652] Nesse rumo: "Indulto. Art. 1º, II, do Decreto 953/93. Condenado portador do vírus HIV. Insuficiência. Existência de estado avançado da doença que aconselhe a soltura. Necessidade. O fato de condenado ser portador do vírus HIV não é suficiente a concessão do benefício do indulto, pois embora se trate de doença grave e irreversível, é mister que a mesma se manifeste e atinja estado avançado que aconselhe a soltura, tendo em vista o art. 1º, II, do Dec. 953/93" (BRASIL. Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo. Agravo em Execução Penal n.º 923.721. Relator: Juiz França Carvalho. **Diário da Justiça do Estado de São Paulo,** São Paulo, julgado em 3 fev. 1997).

próprias. Em alguns casos concretos se admitiu a sua concessão, com o fundamento de que não têm os estabelecimentos prisionais brasileiros condições de fornecer o tratamento adequado aos doentes de aids, além de ser fator de risco o seu contato com os outros encarcerados.[653] Em outros, porém, houve indeferimento do pedido,[654] entendendo-se que se há necessidade de tratamento médico, que não está sendo ministrado, incumbe ao juízo da execução tomar as providências para o conceder.[655]

Em algumas oportunidades, portadores do HIV requereram a dispensa das condições de cumprimento da pena em regime aberto, inclusive da audiência admonitória, sendo acolhidos pelo Poder Judiciário os requerimentos, por se considerar a excepcionalidade da situação por eles vivenciada.[656]

3.4 Benefícios previdenciários, assistenciais e tributários

Ao longo do tempo, foram sendo concedidos uma série de benefícios aos portadores do HIV e doentes de aids, muitos dos quais como forma de auxílio para custeio das despesas com o tratamento da doença.

---

[653] "Tem direito à prisão domiciliar o condenado acometido de doença grave, ou seja, de moléstia de difícil cura, que exige longo tratamento ou que coloca em risco a vida do doente. Entre elas pode-se destacar a AIDS; segundo estatística de 1989, em cada 9 presidiários 1 está contaminado pelo vírus da moléstia. É evidente, porém, que não tem direito à prisão domiciliar o condenado apenas por ser portador do vírus ou mesmo por já ter contraído a moléstia. É indispensável que, além de se ter deferido ao regime aberto, não possa ele devidamente assistido pelo serviço médico do Estado na casa do albergado e se encontre na fase terminal da doença" (MIRABETE, Júlio Fabbrini. Execução Penal. 5ª edição. São Paulo: Atlas, 1993, p. 296).

[654] Nesse sentido: "Execução penal. Recurso de agravo. Prisão domiciliar. Portador do vírus HIV. Aplicabilidade restrita ao condenado ao cumprimento de pena em regime aberto. Concessão pelo juiz. Prática de novo crime. Revogação. Não provimento do recurso. Determinando a Lei 8.072/90 o cumprimento integral da pena em regime fechado, na hipótese de tráfico de entorpecentes, não há direito à prisão domiciliar" (BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Recurso de Agravo n.º 99.012378-2. Relator: Desembargador Nilton Macedo Machado. **Diário Oficial do Estado de Santa Catarina**, Florianópolis, julgado em 31 ago. 1999).

[655] "Se a ré necessita de tratamento médico que não lhe está sendo ministrado, cabe-lhe pleitear ao juízo da execução esse tratamento ou valer-se da faculdade assegurada no art. 43 da LEP" (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus n.º 92/0021589-0. Relator: Min. Assis Toledo. **Diário da Justiça da União**, Brasília, 7 dez. 1992, p. 23324).

[656] "Execução penal. Apenado acometido de aids. Dispensa das condições do regime aberto e da audiência admonitória. Admissibilidade, ante a excepcionalidade da situação. I - Decisão que se apresenta humana e razoável, em face das circunstâncias excepcionais do caso. II - Recurso a que se nega provimento" (BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Relator: Juiz André Nabarrete. **Diário da Justiça da União-II**, Brasília, 14 nov.1995, p. 78.311).

Nesse rumo, é autorizada a liberação do saldo das contas do Programa de Integração Social (PIS) e Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público (PASEP), aos titulares vitimados pela aids, independentemente de aposentadoria.[657]

Também há previsão de isenção do imposto de renda sobre os proventos de aposentadoria ou de reforma motivada por acidente em serviço percebidos pelos portadores do HIV. De igual sorte, isenta-se do imposto de renda todos os valores recebidos a título de pensão, quando o pensionista for portador do HIV ou doente de aids.[658]

Além do imposto de renda, existem leis municipais que prevêem a isenção do pagamento de Imposto Predial e Territorial Urbano - IPTU em favor de proprietários de imóveis que sejam portadores do HIV e possuam renda mensal inferior a dois salários mínimos.[659]

Consoante a Lei n.º 7.670, de 8 de setembro de 1988, a aids constitui causa que justifica o levantamento dos valores correspondentes aos depósitos no Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - FGTS, independentemente de rescisão de contrato individual de trabalho ou de qualquer outro tipo de pecúlio a que o paciente acometido de aids tenha direito.[660]

Alguns julgados, inclusive, têm estendido a possibilidade de saque a hipóteses não expressamente previstas na legislação, como no caso em que é acometido pela doença filho do titular da conta. Entende-se que o indeferimento da liberação do saldo para tratamento de filho portador do HIV configuraria um exagerado apego à literalidade do texto legal.[661]

---

[657] BRASIL. Conselho Diretor do Fundo de Participação PIS/PASEP. Resolução n.º 2, de 17 de dezembro de 1992. **Diário Oficial da União**, Brasília, 21 dez. 1992.

[658] Conforme BRASIL. Lei n.º 8.541, de 23 de dezembro de 1992. **Diário Oficial da União**, Brasília, 23 dez. 1992.

[659] Nesse sentido: BRASIL. Natal (RN). Lei Municipal n.º 130, de 11 de setembro de 1995. **Diário Oficial do Município**, Natal, 13 set. 1995.

[660] "Art. 1º - A Síndrome da Imunodeficiência adquirida (SIDA/AIDS) fica considerada, para os efeitos legais, causa que justifica: [...] II - levantamento dos valores correspondentes ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço - FGTS, independentemente de rescisão de contrato individual de trabalho ou de qualquer outro tipo de pecúlio a que o paciente tenha direito. Parágrafo único. O exame pericial para os fins deste artigo será realizado no local em que se encontre a pessoa, desde que impossibilitada de se locomover" (BRASIL. Lei n.º 7.670, de 8 de setembro de 1988. Estende aos portadores da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (SIDA/AIDS) os benefícios que especifica e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 9 set. 1988).

[661] "Administrativo. Liberação de valores depositadas em contas vinculadas do FGTS para tratamento de doença de dependente. 1. Entender que a situação do autor, que pretende a liberação do saldo das contas do FGTS para tratamento de filho menor portador do vírus da aids, não está compreendida nos permissivos de saque é uma demasia, um exagerado apego à letra da lei; em frontal colisão com o espírito que animou o legislador ao editá-

A concessão de pensão previdenciária também tem sido facilitada para doentes de aids. Desse modo, ainda que o portador do HIV tenha deixado de trabalhar, por incapacidade decorrente da doença, sem solicitar a concessão de aposentadoria por invalidez, os seus beneficiários têm direito a receber pensão por morte.[662]

Prevê-se, ainda, a concessão de transporte público gratuito, em vários municípios brasileiros, aos soropositivos e doentes de aids, com a intenção de lhes facilitar o acesso aos serviços de saúde.[663]

Por fim, tem-se considerado afastada cláusula de inalienabilidade de imóvel imposta em testamento, por ter sido o beneficiário acometido pela aids e necessitar da venda para reunir os recursos financeiros necessários a fazer frente às despesas de tratamento.[664]

4. Revisitando a igualdade e a noção de vulnerabilidade

A cultura das diferenças nasce de uma tensão, de uma irreduzibilidade: a diferença não é reconduzível ao homogêneo, nem se deixa engaiolar-se na continuidade. É feita de

---

la. 2 Improvido o apelo da CEF" (BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Cível. Relatora: Juíza Marga Inge Barth Tessler. **Diário da Justiça da União-II**, Brasília, 6 dez.1995, p. 85.120).

[662] Nesse sentido: "Previdenciário. Pensão por morte devida à mãe de trabalhador falecido. Condição de segurado mantida após o seu afastamento do trabalho. Dependência econômica comprovada. Concessão do benefício. 1. Comprovado nos autos que o filho falecido da recorrida era portador de moléstia grave - síndrome da imunodeficiência adquirida, e que somente deixou de trabalhar por estar totalmente incapacitado para o trabalho, deveria o INSS conceder-lhe a aposentadoria por invalidez, independentemente de carência, e não renda mensal vitalícia. 2. A jurisprudência deste STJ pacificou o entendimento de que não perde a qualidade de segurado, o trabalhador que deixa de contribuir para a Previdência Social por período superior a 12 (doze) meses, se tal interrupção decorreu de enfermidade. 3. Sendo, dessa forma, considerado segurado obrigatório da Previdência, e demonstrado ser arrimo de família, é de se concedida a pensão por morte à sua mãe, na ausência das pessoas enumeradas na Lei 8.213/91, art. 16, I. 4. Recurso não conhecido" (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 210.862/SP. Relator: Ministro Edson Vidigal. **Diário da Justiça da União**, Brasília, 18 out. 1999, p. 266).

[663] Nesse sentido: BRASIL. Distrito Federal. Lei n.º 773, de 10 de outubro de 1994. **Diário Oficial do Distrito Federal**, Brasília, 14 out. 1994; BRASIL. Blumenau (SC). Lei Municipal n.º 5.463, de 16 de maio de 2000. **Diário Oficial do Município**, Blumenau, 17 mai. 2000.

[664] Assim decidiu-se que: "Testamento. Cláusula de inalienabilidade. Pretensão de beneficiário, atingido pelo vírus da AIDS e em estágio avançado da doença, de liberar-se o gravame, alienando-se o bem e aplicando o numerário daí defluente no tratamento de sua saúde. A proteção do benefício, que era a vontade da testadora, deixaria de ocorrer se, impossibilitado de vender o imóvel gravado, ficasse ele reduzido à miséria, sem recursos para minorar-lhe os sofrimentos nos últimos tempos de sua vida. Compatibilização, no caso, da regra do artigo 1.676 do Código Civil, com a do art. 5. da Lei de Introdução ao mesmo ordenamento e com a interpretação teleológica da cláusula. Deferimento do pedido, com o depósito do produto da venda em caderneta de poupança à disposição do Juízo, liberando-se gradualmente o numerário para custeio do tratamento" (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento n.º 1994.002.1948. Relator: Desembargador Humberto Manes. **Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, vol. 23, mai. 1995, p. 241; **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 724, p. 417).

> permanente desestruturação, de contínua remessa de discussão do homogêneo e do unificante. Esta tensão das diferenças, ao contrário, resolve-se na articulação do sistema que enfim é a nova unidade do social.[665]

Se o desafio à época em que a concepção moderna dos direitos humanos nasceu era o da garantia da tolerância, hoje não se pode mais conformar apenas em tolerar as diversidades. Há que se desenvolver esforços profundos no sentido da incorporação definitiva do princípio da solidariedade na base dos direitos humanos.

O espirito de solidariedade assume uma importância cada vez maior, ao reconhecer a diversidade de crenças e práticas culturais, da mesma forma que se vem reconhecendo os direitos sociais de várias categorias profissionais. Os direitos culturais consistem sempre em proteger as minorias, assim como a democracia exige, para além da simples observância da regra da maioria, o respeito às minorias. Hoje, a solidariedade consiste em reconhecer que, além da participação no mundo técnico e econômico, buscamos preservar a nossa identidade na forma de uma memória, uma língua, uma paisagem e um modo de vida.

Por muito tempo se pensou que a modernidade substituiria o mosaico de costumes pela unidade da lei e da ciência. Hoje, ao contrário, busca-se fazer com que a sociedade permita a cada um, indivíduo ou grupo, construir um modo específico de combinar uma identidade com uma participação ativa no mundo técnico e econômico. A solidariedade não consiste mais na união entre pares, mas no respeito às diferenças, sob a condição essencial de que tal respeito seja aceito por todos, dirigido a todos e garantido por lei.

Ademais, a solidariedade, tanto ontem como hoje, deve conduzir a uma ação organizada, a movimentos sociais que façam chegar à consciência coletiva e ao poder político uma exigência de integração e de transformação da sociedade. Atualmente, o debate social, a reforma política, as novas representações e análises da vida pessoal e coletiva são indispensáveis para que a moral e a política se reconciliem.

Não obstante, é preciso demarcar as fronteiras de todas as intervenções, por mais indispensáveis que elas sejam. Não há mais espaço para sonhar com uma

---

[665] Conforme BARCELLONA, Pietro. O egoísmo maduro e a insensatez do capital. Trad. de Sebastião José Roque. São Paulo: Ícone, 1995, p. 97.

sociedade idealizada e perfeita. Tem-se consciência de que a miséria, cujas formas são tão diversas em todos os níveis da sociedade, não foi eliminada e assume sempre novas feições. Por isso não se pode depender totalmente das políticas sociais, que devem, contudo, tornar-se cada vez mais eficazes. É indispensável que o ser humano seja compreendido e respeitado para além de seus vínculos sociais, políticos e culturais: que ele valha por si mesmo, como bem disse a Declaração dos Direitos do Homem.

A sociedade nunca corresponderá completamente aos direitos fundamentais, mas estes devem servir de recurso para impor limites a todos os poderes e consolidar um princípio de igualdade que as religiões e os legisladores continuamente proclamam. A virtude suprema dos esforços da solidariedade é recordar que existe sempre um além para a ação coletiva, que a história de um homem ou de uma mulher não se reduz jamais a um trabalho, uma renda, uma nacionalidade, que há no mundo tanto sofrimento que sempre subsistirá um espaço vazio, que somente poderá ser preenchido pela relação de pessoa a pessoa, como os cuidados paliativos para doentes terminais e o reconhecimento dos direitos e da igualdade para todos, inclusive os que a sociedade desdenha, exclui ou marginaliza. Não há política social que possa ser eficaz se não abrir espaço para a ação humanitária.

A noção de vulnerabilidade de certos grupos sociais, oriunda da advocacia norte-americana de defesa dos direitos civis, identifica grupos ou indivíduos fragilizados, jurídica ou politicamente, no que concerne ao acesso à proteção ou garantia dos direitos humanos.[666] No campo da saúde, localiza-se na interseção entre direitos humanos e a militância sanitária frente à epidemia da aids.

> Vulnerability is the converse of empowerment. By vulnerability we mean the extent to which individuals are capable of making and effecting free and informed decisions about their life. A person who is genuinely able to make free and informed decisions is least vulnerable (empowered); the person sho is ill-informed, or whose ability to make informed decisions freely and carry them out is most vulnerable.[667]

---

[666] AYRES, José Ricardo de Carvalho Mesquita; FRANÇA JÚNIOR, Ivan; CALAZANS, Gabriela Junqueira. AIDS, vulnerabilidade e prevenção. **Anais do Seminário de Saúde Reprodutiva em Tempos de Aids**. Rio de Janeiro: ABIA:IMS/UERJ, 1997, p. 24.

[667] Em tradução livre: "Vulnerabilidade é o oposto de empoderamento. Por vulnerabilidade queremos significar a extensão da capacidade que os indivíduos tem de produzir e efetivar decisões livres e informadas sobre suas vidas. Uma pessoa que genuinamente é capaz de tomar decisões livres e informadas é menos vulnerável (empoderada); a pessoa que é mal informada, ou tem reduzida a capacidade de tomar livremente decisões

Inexiste um conceito perfeito e acabado acerca da vulnerabilidade, já que sua origem são as lacunas e silêncios dos discursos fundados em fator, grupo ou comportamento de risco para a aids. O caráter residual das contribuições que lhe constituíram o fizeram fragmentário, não sistemático, múltiplo e dissonante.[668] De qualquer forma, entrevendo na vulnerabilidade ao HIV[669] alguns traços que lhe conformam a aspiração à identificação, compreensão e desenvolvimento, pode-se adiantar uma possível definição, afirmando-a como

> o esforço de produção e difusão de conhecimento, debate e ação sobre os diferentes graus e naturezas da suscetibilidade de indivíduos e coletividades à infecção, adoecimento ou morte pelo HIV, segundo a particularidade de sua situação quanto ao conjunto integrado dos aspectos sociais (ou contextuais), programáticos (ou institucionais) e individuais (ou comportamentais) que os põem em relação com o problema e com os recursos para seu enfrentamento.[670]

Esse conceito se apóia em três planos interdependentes de determinação: vulnerabilidade individual, segundo o comportamento pessoal; vulnerabilidade social, conforme o contexto da sociedade em que se vive; vulnerabilidade institucional, dependente do conjunto de ações programática-institucionais.[671]

Constituem pressupostos da avaliação da vulnerabilidade individual: a) o fato de que toda pessoa tem um grau, menor ou maior, de possibilidade de vir a se contaminar

---

informadas e as realizar, é mais vulnerável" (MANN, Jonathan e TARANTOLA, Daniel. *AIDS in the World II*. New York/Oxford: Oxford University Press, 1996, p. 441).

[668] Assim o entendem AYRES, José Ricardo de Carvalho Mesquita; FRANÇA JÚNIOR, Ivan; CALAZANS, Gabriela Junqueira. AIDS, vulnerabilidade e prevenção. **Anais do Seminário de Saúde Reprodutiva em Tempos de Aids**. Rio de Janeiro: ABIA:IMS/UERJ, 1997, p. 32.

[669] Consultar, a respeito das formas de avaliar a vulnerabilidade à infecção pelo HIV, MANN, Jonathan e outros. A AIDS no mundo. Rio de Janeiro: Relume Dumará; ABIA; IMS; UERJ, 1993, p. 275 e segs.

[670] AYRES, José Ricardo de Carvalho Mesquita; FRANÇA JÚNIOR, Ivan; CALAZANS, Gabriela Junqueira. AIDS, vulnerabilidade e prevenção. **Anais do Seminário de Saúde Reprodutiva em Tempos de Aids**. Rio de Janeiro: ABIA:IMS/UERJ, 1997, p. 21.

[671] "O comportamento individual é o determinante final da vulnerabilidade à infecção pelo HIV; portanto, é necessário um enfoque no indivíduo, embora claramente não seja suficiente. O comportamento individual é tanto mutável quanto conectado socialmente, variando durante a vida da pessoa (por exemplo, comportamento sexual na adolescência, meia-idade e terceira idade), mudando em resposta à história e experiência pessoal e fortemente influenciado por indivíduos-chave (família, amantes, amigos), comunidades e entidades sociais e culturais mais abrangentes, como religiões e estados-nações. Portanto, ao avaliar a vulnerabilidade, é importante considerar a comunidade, além de fatores nacionais e internacionais, que possam influenciar a vulnerabilidade pessoal durante o curso de um vida" (MANN, Jonathan e outros. A AIDS no mundo. Rio de Janeiro: Relume-Dumará; ABIA; IMS; UERJ, 1993, p. 276).

e sofrer as suas conseqüências, variável ao longo de sua vida; b) o acesso aos serviços de saúde e de apoio social de qualidade influem na morbidez, invalidez ou mortalidade dos indivíduos; c) há pré-condições de natureza cognitiva (informação e consciência sobre os modos e riscos de transmissão), comportamental (percepção, capacidade e aquisição de habilidades para transformar o conhecimento em atitudes) e social (acesso a recursos e poder para adotar comportamentos de proteção).

Na perspectiva de uma cultura de limites, em que a escassez de recursos impõe "escolhas trágicas", nas quais se decide em favor de que grupo de indivíduos, de que doenças e, até, de que pessoa "atribuir os meios inevitavelmente circunscritos",[672] há a necessidade de redefinição das políticas públicas. E o que torna mais cruéis as escolhas é o fato de que "a cultura de limites pode ter efeitos negativos sobre a própria qualidade de vida das pessoas, em particular, das pessoas mais vulneráveis, como idosos, pobres e, de forma geral, todas aquelas pessoas que precisam da intervenção do Estado para ter uma vida minimamente digna, ou considerada como tal".[673]

[672] BERLINGUER, Giovanni. Ética da saúde. Trad. de Shirley Morales Gonçalves. São Paulo: Hucitec, 1996, p. 105.
[673] SCHRAMM, Fermin Roland. Da bioética privada à bioética pública. **In:** FLEURY, S. (org.). Saúde e democracia: a luta do CEBES. São Paulo: Lemos, 1997, p. 236.

CONCLUSÃO

O indisfarçável impacto da aids sobre as práticas, as concepções e os valores da sociedade ocidental contemporânea desafiou os diferentes saberes para a sua compreensão, ainda que de modo parcial e incompleto.

O Direito, em particular, também foi levado a reconhecer a insuficiência e a inadequação das respostas exclusivamente jurídicas aos graves problemas enfrentados pelas pessoas infectadas pelo HIV.

Frente ao pânico, às irracionalidades, à estigmatização e ao sofrimento não bastam soluções formais e distanciadas das situações concretas. Há que se retornar à ética e se restabelecerem os diálogos com os outros ramos do conhecimento, condições indispensáveis ao tratamento jurídico dos complexos problemas da atualidade.

No Brasil, os reflexos jurídicos da aids forma intensos, especialmente depois de terem sido obtidos recursos financeiros, através de empréstimo, junto ao Banco Mundial, no início da década de 1990. Organiza-se a sociedade civil e dispõem-se os organismos estatais a enfrentar a epidemia e suas conseqüências, de forma a estabelecer um modelo brasileiro de respostas à aids.

Em nenhuma outra ocasião foi tão evidente a reação a uma epidemia, envolvendo atores e recursos os mais variados. Foram, então, produzidos textos legislativos e decisões judiciais, muitos dos quais favorecendo as pessoas que convivem com a aids. Criou-se, assim, um recorte no Direito direcionado ao tratamento das questões concernentes à aids, a partir da construção de uma identidade social diferenciada.

O que era motivo de estigmatização e preconceito no plano social passa a ser considerado pelo Direito como fator de proteção especial, com a atribuição de direitos específicos.

Essa incorporação de novos direitos, a exemplo do que já se operou em outras áreas sociais, coloca em questão o caráter meramente formal do princípio da igualdade, cuja universalidade não suporta tratamentos discriminatórios. Abriram-se, então, brechas para o tratamento jurídico diferenciado, mediante a instituição de mecanismos de discriminação positiva.

A igualdade dos modernos já não é mais a mesma. Traz em si, irreversivelmente, a marca da diferença, apesar dos perigos que esta última acarreta.

Como aponta a esmagadora maioria de autores e os textos jurídicos, nacionais e internacionais, reforçam, há uma dignidade inerente à pessoa humana, que se constitui num *minimun* que nem o Estado, nem qualquer outra instituição, pode ultrapassar. A pessoa humana, como valor e princípio, há de prevalecer sempre.

O significado mais imediato que se lhe atribui refere a inerente a todos os integrantes da família humana, que exclui a possibilidade de todo tratamento físico, moral ou mentalmente degradante, ocorrentes em muitas das situações concretas enfrentadas pela jurisprudência e legislação concernentes à aids.

A dignidade está na base do estatuto jurídico dos indivíduos e confere unidade de sentido ao conjunto de direitos fundamentais que lhes correspondem, razão pela qual deve ser interpretado como concernente a todos e a cada um dos seres humanos, sem discriminações de qualquer natureza.

Assim, toda e qualquer ação estatal deve ser avaliada, sob pena de inconstitucionalidade e de violação à dignidade da pessoa humana, sob o prisma de ser cada pessoa tomada como fim em si mesma e não como instrumento para consecução de outros objetivos. Daí se falar na centralidade dos direitos fundamentais dentro do sistema constitucional, pois se apresentam não apenas com caráter subjetivo, mas também cumprem funções estruturais, como *conditio sine qua non* do Estado democrático.

Com base na firme convicção de que há um conjunto de direitos universais, reconhecidos através da reflexão racional, o Ocidente exportou seus catálogos a todo o mundo, valendo-se do sucesso de seus empreendimentos científicos, tecnológicos, imperialistas e comerciais. Depois de haver construído as teorias que os fundamentam, o Ocidente as difundiu por todo o globo, especialmente através das declarações, pactos e tratados internacionais concernentes aos direitos humanos.

Ao transitar da esfera política para a econômica, o Estado social, mediado pelo Direito Constitucional, desfaz-se do conceito aritmético de igualdade para reincorporar o critério proporcional aristotélico, matriz da justiça distributiva, cujo complemento necessário é a desigualdade. Por via hermenêutica vão ser estabelecidos limites

jurídicos consideráveis à ação do Estado, mediante a proporcionalidade na aplicação social do direito, com o reconhecimento de que a igualdade, para ser justa, deve estar sempre acompanhada da desigualdade. O critério da igualdade, ao se tornar jurídico, deixou a aritmética e retornou à proporcionalidade de Aristóteles, traduzido pela regra de que os iguais por natureza devem ser tratados com igualdade e os desiguais de forma desigual.

Todavia, há que se ter consciência da impossibilidade de proteção de todos e de cada um dos direitos, de forma plena e total, seja pela dimensão histórica que lhes é inerente, impeditiva do conhecimento completo dos direitos passados, presentes e futuros, seja pela incompatibilidade às vezes observada entre os próprios direitos, a impossibilitar o gozo simultâneo de cada um deles.

Não se pode esquecer, ainda, que estamos diante de limites materiais para o atendimento de todas as necessidades humanas. Daí a importância que assumem as formas de acesso aos bens materiais e sociais, realizado nos limites da produção social, e condicionante da realização concreta de muitos dos direitos. No atual contexto econômico e social, em que se priorizam certos direitos em detrimento de outros, bem se percebe a facilidade com que certos setores da sociedade alcançam respeito a seus direitos fundamentais, ao passo que a grande maioria se ressente dessa concretização.

O debate contemporâneo procura radicalizar a democracia no que diz respeito às diferenças, retirando destas o caráter de exclusão e as transformando em locais de luta franca e aberta, a fim de criar condições para a expansão da heterogeneidade e para o diálogo crítico entre as diversas comunidades políticas constituintes do espaço público.

Se o desafio à época em que a concepção moderna dos direitos nasceu era o da garantia da tolerância, hoje não se pode mais conformar apenas em tolerar as diversidades. Há que se desenvolver esforços profundos no sentido da incorporação definitiva do princípio da solidariedade na base dos direitos humanos.

O espirito de solidariedade assume uma importância cada vez maior, ao reconhecer a diversidade de crenças e práticas culturais, da mesma forma que se vem reconhecendo os direitos sociais. Hoje, a solidariedade consiste em reconhecer que,

além da participação no mundo técnico e econômico, buscamos preservar a nossa identidade na forma de uma memória, uma língua, uma paisagem e um modo de vida.

Busca-se fazer com que a sociedade permita a cada um, indivíduo ou grupo, construir um modo específico de combinar uma identidade com uma participação ativa no mundo técnico e econômico. A solidariedade não consiste mais na união entre pares, mas no respeito às diferenças, sob a condição essencial de que tal respeito seja aceito por todos, dirigido a todos e garantido por lei.

Não obstante, é preciso demarcar as fronteiras de todas as intervenções, por mais indispensáveis que elas sejam. Não há mais espaço para sonhar com uma sociedade idealizada e perfeita. Tem-se consciência de que a miséria, cujas formas são tão diversas em todos os níveis da sociedade, não foi eliminada e assume sempre novas feições.

A sociedade nunca corresponderá completamente aos direitos fundamentais, mas estes devem servir de recurso para impor limites a todos os poderes e consolidar o princípio de igualdade que é continuamente proclamam.

A noção de vulnerabilidade de certos grupos sociais, oriunda da advocacia norte-americana de defesa dos direitos civis, identifica grupos ou indivíduos fragilizados, jurídica ou politicamente, no que concerne ao acesso à proteção ou garantia dos direitos humanos. No campo da saúde, localiza-se na interseção entre direitos humanos e a militância sanitária frente à epidemia da aids.

Inexiste um conceito perfeito e acabado acerca da vulnerabilidade, já que sua origem são as lacunas e silêncios dos discursos fundados em fator, grupo ou comportamento de risco para a aids. O caráter residual das contribuições que lhe constituíram o fizeram fragmentário, não sistemático, múltiplo e dissonante.

Da mesma forma como o faz a medicina, talvez esteja na vulnerabilidade um dos critérios possíveis e adequados para justificar o tratamento diferenciado pelo Direito. Se já existe o reconhecimento da hipossuficiência em vários campos jurídicos, como é o caso do Direito do Trabalho e do Direito do Consumidor, sem que sejam percebidos movimentos de crítica acentuada à sua aplicação, a sua disseminação por outros espaços não parece despropositada.

Utilizando-se um critério geral e aberto, como é a vulnerabilidade, marcado pela transitoriedade e pelo exame de várias circunstâncias concretas, podem ser revistas as opções de tratamento diferencial vinculadas a grupos mais organizados politicamente e mais visíveis na sociedade. Reconhecida a característica das diferenças de produzirem infinitas outras, nunca se poderá alcançar o atendimento de todas as necessidades identitárias.

Na perspectiva de uma cultura de limites, em que a escassez de recursos impõe escolhas trágicas, nas quais se decide em favor de que grupo de indivíduos, de que doenças e, até, de que pessoa atribuir os meios inevitavelmente circunscritos, há a necessidade de redefinição das políticas públicas. E o que torna mais cruéis as escolhas é o fato de que a cultura de limites pode ter efeitos negativos sobre a própria qualidade de vida das pessoas, em particular, das pessoas mais vulneráveis, como idosos, pobres e, de forma geral, todas aquelas pessoas que precisam da intervenção do Estado para ter uma vida minimamente digna, ou considerada como tal.

Não há mais possibilidade de soluções definitivas e abrangentes dos graves problemas sociais hoje vivenciados pelos brasileiros. As sociedades contemporâneas, cada vez mais complexas e contraditórias, não permitem intervenções da magnitude exigida pela igualdade comprometida com a universalidade e a homogeneidade.

As soluções aventadas são parciais e provisórias, influenciadas diretamente pela perspectiva escolhida para descortinar o problema. Assim, se a vulnerabilidade pode se mostrar útil e adequada para solucionar questões vinculadas às pessoas que convivem com o HIV e a aids, muito provavelmente não o será para compreender outras reivindicações identitárias.

Os dilemas do direito na modernidade se vinculam, em muito, ao fato de terem sido irreversivelmente percebidas as suas arestas, brechas, porosidades, dobras e inconsistências. Não há mais como retroceder ao início da sua elaboração moderna para recuperar desvios ou falhas na sua origem. São, inegavelmente, imprescindíveis os estudos de suas primeiras elaborações teóricas, mas não para lhes corrigir os rumos e resultados, e sim para constatar os equívocos cometidos e evitar a sua repetição infinita.

Vivenciamos o crescente acúmulo de problemas incontornáveis que indicam a mudança paradigmática. Como etapa de transição, não se vislumbram ainda as tendências que se tornarão hegemônicas, muito embora elas já estejam presentes e estejam sendo utilizadas em diferentes campos do conhecimento. Só a decantação operada pelo tempo, todavia, poderá iluminar aquelas que serão decisivas para o futuro do direito.

Após a avalanche desencadeada pelas reivindicações oriundas de diferentes setores da sociedade, nunca mais o princípio da igualdade retornará ao significado que lhe era conferido pelos primeiros teóricos da modernidade. As transformações operadas são irreversíveis e deixam cicatrizes visíveis, desfigurando as aspirações que orientaram a sua elaboração. Se isso lhe retira algo da força original, desfazendo certezas a princípio inamovíveis, também lhe abre oportunidades para explorar aspectos outros que eram obscurecidos e lhe enriquecer com a atribuição de novos e insuspeitados sentidos.

Nesse rumo, os reflexos jurídicos que a aids provocou constituem ponto de observação privilegiado para os percursos modernos da igualdade, já que, ao lado de outros fatores, implicaram na problematização dos seus padrões universais de aplicação.

Espera-se que as pistas e inquietações lançadas ao longo do presente trabalho, em que são exploradas algumas das possíveis variáveis explicativas para o momento atual vivido pelo Direito brasileiro, de alguma forma, concorram para a compreensão da gravidade das situações geradas pela desigualdade e pela intolerância.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

1) ADAMS, John. Escritos políticos. São Paulo: Ibrasa, 1964.
2) AGUIAR JR., Ruy Rosado. As obrigações e os contratos. **Revista do Centro de Estudos Judiciários**. Brasília, n. 9, p. 33, set./dez. 1999.
3) ALBUQUERQUE, Martim de. Da igualdade: introdução à jurisprudência. Coimbra: Almedina, 1993.
4) ALMEIDA, Marcos de e MUÑOZ, Daniel Romero. Relação médico- paciente e paciente-instituição na AIDS: o direito à informação e à confidência, a discriminação, o abandono e a coerção. **Bioética - Revista do CFM**. Brasília, Conselho Federal de Medicina, vol. 1, n.° 1, p. 4.
5) ALMEIDA, Silmara. Proteção civil do nascituro e as novas técnicas médicas. **Arquivos do Conselho Regional de Medicina do Paraná**, Curitiba, v. 9, n.° 35, jul./set. 1992, pp. 94-95.
6) ALVES, Cleber Francisco. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: o enfoque da doutrina social da Igreja. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
7) ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
8) ANDORNO, Roberto. *Bioética y dignidad de la persona*. Madrid: Editorial Tecnos, 1998.
9) ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. Coimbra: Coimbra Editora, 1987.
10) ARAÚJO, Inês Lacerda. Foucault e a crítica do sujeito. Curitiba: Ed. da UFPR, 2000.
11) ARENDT, Hannah. O sistema totalitário. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1978.
12) ARISTÓTELES. Ética a Nicômacos. Trad. de Mário da Gama Kury. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1985.
13) ARISTÓTELES. Política. Trad. de Mário da Gama Kury. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1985.
14) AYRES, José Ricardo de Carvalho Mesquita; FRANÇA JÚNIOR, Ivan; CALAZANS, Gabriela Junqueira. AIDS, vulnerabilidade e prevenção. **Anais do**

Seminário de Saúde Reprodutiva em Tempos de Aids. Rio de Janeiro: ABIA:IMS/UERJ, 1997.

15) BADINTER, E. et R. *Condorcet, un intellectuel en politique*. Paris: Fayard, 1988.

16) BARBOSA, Ruy. Oração aos moços. São Paulo: Edições de Ouro, s/d.

17) BARCELLONA, Pietro. O egoísmo maduro e a insensatez do capital. Trad. de Sebastião José Roque. São Paulo: Ícone, 1995.

18) BARROS, Antônio Ozório Leme de. Aids e ética médica. **In:** Anais do I° Seminário Nacional sobre Aids e Direito, São Paulo, 1991.

19) BASTOS, Cristiana. *Transnational responses to AIDS and the global production of science: a case-study from Rio de Janeiro*. Mimeo. Tese de Doutoramento em Antropologia, apresentada perante The City University of New York 1996.

20) BASTOS, Francisco Inácio. ABIA: uma década de luta contra a AIDS (1987-1997) - reflexões preliminares. **In**: ABONG. Impacto social do trabalho das ONGs no Brasil. São Paulo, 1998.

21) BEAUCHAMP, Tom e CHILDRESS, James. *Principles of biomedical ethics*. 4ª ed. New York: Oxford University Press, 1994.

22) BEINER, R. (org.). *Theorizing Citizenship*. New York: State University of New York Press, 1995.

23) BELOQUI, Jorge. Para uma palestra sobre medicação de AIDS. **Treinamento: temas para discussão**. Rio de Janeiro: ABIA, 1998, pp. 44-45.

24) BELOQUI, Jorge. Acesso a tratamento para HIV/AIDS: questões políticas e econômicas. Rio de Janeiro: ABIA: São Paulo: GIV, 1998.

25) BERLINGUER, Giovanni. Ética da saúde. Trad. de Shirley Morales Gonçalves. São Paulo: Hucitec, 1996, p. 105.

26) BITTENCOURT, Lígia (org.). A vocação do êxtase: uma antologia sobre o homem e suas drogas. Rio de Janeiro: Imago/UERJ, 1995.

27) BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

28) BONALD, Louis de (Visconde). *Théorie du pouvoir politique et religieux*. Paris: U.G.E., 1966.

29) BONAVIDES, Paulo. O princípio da igualdade como limitação à atuação do Estado. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo, n.º 16, jun. 1980.

30) BOUER, Jairo. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 12 de julho de 1996.

31) BRASIL. Ministério da Saúde. **Boletim Epidemiológico AIDS**, ano 9, n.º 4, set./nov. 1996.

32) BRITO, Alejandro Guzmán. *Sobre la naturaleza de la teoría de los derechos del hombre*. Separa da **Revista de Derecho Público**, Madrid, 1987.

33) BRUNO, Anibal. Direito Penal. Vol. I, tomo IV. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

34) BURGOS FILHO, Ruy. O impacto do projeto de controle de DST/AIDS para o enfrentamento da AIDS. **Anais do Seminário: Impacto sócio-econômico da epidemia de HIV/AIDS**. Rio de Janeiro: ABIA:IMS/UERJ, 1995, pp.13-16.

35) BURKE, Edmund. Reflexões sobre a revolução em França. Trad. de Renato de Assumpção Faria *et alli*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1982.

36) BUZAGLO, Samuel Auday. Aspectos jurídicos da AIDS. Revista dos Tribunais. São Paulo, nº 655, maio, 1990, p. 396.

37) CAMARGO, Ana Maria Faccioli de. A AIDS e a sociedade contemporânea - estudos e histórias da vida. São Paulo: Letras & Letras, 1994.

38) CAMARGO, Antônio Luis Chaves. Aids e direito penal: aspectos gerais. **Revista USP/Coordenadoria de Comunicação Social**, nº 1, mar./mai. 1989. São Paulo: USP, CCS, p. 65.

39) CAMARGO JUNIOR, Kenneth Rochel de. As ciências da AIDS & a AIDS das ciências: o discurso médico e a construção da AIDS. Rio de Janeiro: ABIA; IMS/UERJ; Relume-Dumará, 1994.

40) CAMARGO JUNIOR, Kenneth Rochel de. A respeito de Bráulios e Ofélias. **Ação Anti-AIDS**, Rio de Janeiro, ABIA, n.º 29, jun./ago. 1995.

41) CAMPOS, Francisco. Direito constitucional. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956.

42) CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1993.

43) CARNEIRO, Henrique Figueiredo. AIDS: a nova desrazão da humanidade. São Paulo: Escuta, 2000.

44) CARVALHO, José Murilo. Quatro pecados capitais e uma nação impenitente. **Revista do Legislativo**, Rio de Janeiro, n.º 27, jan./mar. 2000, pp. 30-33.

45) CASALDÁLIGA, Pedro. Artigo sexto. **In:** ALENCAR, Chico (org.). Direitos mais humanos. Rio de Janeiro: Garamond, 1998.

46) CASSESSE, Antonio. II diritti umani nel mondo contemporaneo. 5ª edição. Roma: Laterza, 1999.

47) CASTILHO, Euclides. É necessário entender a aids. **Notas da Rede**. Brasília: Coordenação Nacional de DST/Aids do Ministério da Saúde, 1997.

48) CLOUGH, Shepard B. e RAPP, Richard T. *Storia economica d'Europa*. Trad. de Franco Salvatorelli. Roma: Editori Riuniti, 1989.

49) COHN, Amélia. Considerações acerca da dimensão social da epidemia de HIV/AIDS no Brasil - tendências e perspectivas. **In**: Congresso Nacional de Prevenção das DST/AIDS, realizado na Bahia, em 1996, mimeo, pp. 14-15.

50) CONDORCET, Marie-Jean-Antoine-Nicolas de Caritat, Marquês de. Texto de julho de 1790, sobre a admissão das mulheres ao direito de cidadania. Trad. de José María Ortiz-Ibarz. **Persona y Derecho**, Pamplona, Universidad de Navarra/Facultad de Derecho, n.º 34, 1996.

51) CORREIA, Fernando Alves. O plano urbanístico e o princípio da igualdade. Coimbra: Almedina, 1997.

52) COSTA, Sérgio. Categoria Analítica ou *Passe-Partout* Político-Normativo: Notas Bibliográficas sobre o Conceito de Sociedade Civil". **BIB - Revista Brasileira de Informação Bibliográfica em Ciências Sociais**, n.º 43, 1997, p.159.

53) CRENSHAW, Kimberle. A construção jurídica da igualdade e da diferença. **In**: DORA, Denise Dourado. Feminino - Masculino: igualdade e diferença na justiça. Porto Alegre: Sulina, 1997.

54) CUNHA, Paulo Ferreira da. Teoria da Constituição. Lisboa: Verbo, 2000.

55) CURY, Munir, MENDEZ, Emílio Garcia e SILVA, Antônio Fernando do Amaral e (org.). Estatuto da Criança e do Adolescente comentado. São Paulo: Malheiros, 1992.

56) DAYTON, Julia. *World Bank HIV/AIDS interventions:* ex-*ante and* ex-post *evaluation.* Washington: World Bank Discussion Paper, 1998.

57) DANIEL, Herbert. Vida antes da morte/Life before death. Rio de Janeiro: Tipografia Jabuti, 1989.

58) DANIEL, Herbert e PARKER, Richard. AIDS: a terceira epidemia - ensaios e tentativas. São Paulo: Iglu, 1991.

59) DAHRENDORF, Ralf e ANTISERI, Darío. *El hilo de la razón*. Trad. de Guillermo Piro. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1994.

60) DARBEDA, Pierre. *Les prisons face au SIDA: vers des normes européennes*. **Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé**. Paris, n.º 4, out./dez. 1990.

61) DE LUCAS, Javier. *El concepto de solidaridad*. México: Distribuciones Fontamara, 1993.

62) DESCARTES, René. Discurso do método. Trad. de J. Guinsburg e Bento Prado Júnior. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

63) D'ORS, Álvaro. *Derecho y sentido común. Siete lecciones de derecho natural como límite del derecho positivo*. Madrid: Civitas, 1995.

64) EAGLETON, Terry. Marx e a liberdade. Trad. de Marcos de Oliveira. São Paulo: UNESP, 1999.

65) ENGELHARDT JR., H. Tristam. Fundamentos da bioética. Trad. de José A. Ceschin. São Paulo: Loyola, 1998.

66) ESSEX, Max. *HIV y sida*. **Actualizaciones en sida**. Buenos Aires, Fundación Huésped, vol. 2, n.º 5, set. 1994.

67) FAORO, Raymundo. Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro. 10ª edição. São Paulo: Globo: Publifolha, 2000.

68) FACHIN, Luiz Edson. Teoria crítica do direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

69) FARIAS, Edilsom Pereira de. Colisão de Direitos. A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem *versus* a liberdade de expressão e informação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996.

70) FEE, Elizabeth e KRIEGER, Nancy. *Understanding AIDS: historical interpretations and the limits of biomedical individualism*. **American Journal of Public Health**, vol. 83, n.º 10, 1993, p. 1.481.

71) FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil.* Trad. de Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. Madrid: Editorial Trotta, 1999.

72) FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, GRINOVER, Ada Pellegrini e FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Liberdades públicas: parte geral. São Paulo: Saraiva, 1978.

73) FERRI, Luigi. *La autonomia privada.* Madrid: Tecnos, 1969.

74) FLEURY, S. (org.). Saúde e democracia: a luta do CEBES. São Paulo: Lemos, 1997.

75) FORRESTER, Viviane. O horror econômico. Trad. de Álvaro Lorencini. São Paulo: Editora da UNESP, 1997.

76) FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de Direito Penal: parte especial, arts. 121 a 160 do CP. 6° edição. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

77) FRANÇA, Martha San Juan. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 8 de julho de 1996.

78) FRANÇA, R. Limongi. Aspectos Jurídicos da Aids. **Revista dos Tribunais**, vol. 661, nov. 1990, p. 19.

79) FREYRE, Gilberto. Casa grande e senzala. 14ª edição. Recife: Imprensa Oficial, 1966.

80) FUKUYAMA, Francis. *The end of history and the last man.* New York: Free Press, 1992.

81) FURET, François e OZOUF, Mona (org.). Dicionário crítico da Revolução Francesa. Trad. de Henrique Mesquita. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1989.

82) FURTADO, Celso. Formação econômica do Brasil. 27ª edição. São Paulo: Companhia Editora Nacional: Publifolha, 2000.

83) GAFO, J. *Los princípios de justicia y solidariedad en Bioetica.* **Cuadernos del Programa Regional de Bioetica**, n.° 6, OMS/OPS, 1998, pp. 14-16.

84) GALVÃO, Jane. AIDS e ativismo: o surgimento e a construção de novas formas de solidariedade. **In**: PARKER, Richard *et alli.* A AIDS no Brasil. Rio de Janeiro: ABIA: IMS/UERJ: Relume-Dumará, pp. 341-350.

85) GALVÃO, Jane. Aids no Brasil: a agenda de construção de uma epidemia. Rio de Janeiro: ABIA; São Paulo: Ed. 34, 2000.

86) GEDIEL, José Antônio Peres. Prefácio. **In**: A escola de Frankfurt no direito. Curitiba: EDIBEJ, 1999, pp. 12-14.

87) GOLDBERG, D. T. (org.). *Multiculturalism: a critical reader*. Oxford: Blackwell Publishers, 1996.

88) GOMES, Joaquim Barbosa. Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: o Direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

89) GRINOVER, Ada Pellegrini *et alli*. Código brasileiro de defesa do consumidor pelos autores do anteprojeto. 6ª edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

90) GRUSKIN, Sofia, HENDRIKS, Aart e TOMOSEVSKY, Katarina. *Human rights and responses to AIDS*. **In**: MANN, Jonathan e TARANTOLA, Daniel (Eds.). *AIDS in the World II*. New York: Oxford University Press, 1996, pp. 326-340.

91) GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. Das necessidades humanas aos direitos: ensaio de sociologia e filosofia do direito. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

92) HABERMAS, Jürgen. O Estado-Nação europeu frente aos desafios da globalização. **Novos Estudos Cebrap**, n.º 43, novembro, 1995.

93) HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. Encyclopedia das Sciencias Philosophicas em Compendio. Rio de Janeiro: Athena Editora, 1936.

94) HELMAN, C. G. Cultura, saúde e doença. 2ª ed. Porto Alegre: Arte Médicas, 1994.

95) HOBBES, Thomas. Leviatã, ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil. Trad. de João Paulo Monteiro e de Maria Beatriz Nizza da Silva. 4ª edição. São Paulo: Nova Cultural, 1988.

96) HOTTOIS, Gilbert. *Aux fondements d'une éthique contemporaine. H. Jonas et H. T. Engelhardt en perspective*. Paris: Vrin, 1993.

97) HUME, David. Investigação sobre o entendimento humano. Trad. de Antônio Sérgio *et alli*. 2ª ed. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

98) JEFFERSON, Thomas. Escritos políticos. Trad. de Leônidas Gontijo de Carvalho. 2ª edição. São Paulo: abril Cultural, 1979.

99) KALICHMAN, A. O. Pauperização e banalização de uma epidemia. **Anais do Seminário Epidemiologia social da AIDS**. Rio de Janeiro, 1994, pp. 20-26.

100) KANT, Immanuel. Crítica da razão pura. Trad. de Valerio Rohden e Udo Baldur Moosburger. São Paulo: Abril Cultural, 1996.

101) KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes. Trad. de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1997.

102) KLEIN, Charles. *AIDS, activism and social imagination in Brazil*. Mimeo. Tese de Doutoramento em Antropologia Social, apresentanda perante a Universidade de Michigan, 1996.

103) KUHN, Thomas. A estrutura das revoluções científicas. Trad. de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 5ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2000.

104) KUTSCHERA, Franz von. Fundamentos de ética. Trad. de Maria Teresa Hernán-Pérez. Madrid: Catedra, 1989.

105) LAFER, Celso. *La reconstrucción de los derechos humanos*. Un diálogo com el pensamiento de Hannah Arendt. Trad. de Stella Mastrangelo. México, D. F.: Fondo de Cultura Económica, 1994.

106) LANDIM, Leilah. A invenção das ONGs: do serviço invisível à profissão sem nome. Mimeo. Tese de Doutorado em Antropologia Social, apresentada perante o Programa de Pós-Gradução em Antropologia Social, da Universidade do Rio de Janeiro, 1993.

107) LEITE, Rogério Cezar de Cerqueira. A Aids, a matemática e o poder. **Folha de Sâo Paulo**. São Paulo, 1° caderno, Editoria Tendências e Debates, 18 mar. 2001, p. 3.

108) LÉVI-STRAUSS, Claude. *Anthropologie structurale*. Paris: Plon, 1973.

109) LIMA, Paulo Roberto de Oliveira. Isonomia entre os sexos no sistema jurídico nacional. São Paulo: Editora RT, 1993.

110) LOCKE, John. Ensaio acerca do entendimento humano. Trad. de Anoar Aiex. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

111) LOCKE, John. Carta sobre a tolerância. Trad. de João da Silva Gama. Lisboa: Edições 70, 1996.

112) LUDEÑA, R. (org.). *Colección de las alocuciones consistoriales, encíclicas y demas letras apostólicas, citadas en la Encíclica y el Syllabus del 8 de diciembre de*

1864, con la traducción castellana hecha directamente del latín. Madrid: Imprenta de Tejado, 1865, páginas 3-52.

113) LUDWIG, Celso. A alternatividade jurídica sob a perspectiva da libertação. Dissertação de Mestrado em Direito, apresentada junto à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, 1993.

114) LYOTARD, Jean-François. *The postmodern condition.* Trad. de G. Bennington e B. Massumi. Manchester: Manchester University Press, 1984.

115) MANDELBAUM, Renata. Responsabilidade civil dos laboratórios de análises clínicas. **In**: BITTAR, Carlos Alberto (coord.). Responsabildiade civil médica, odontológica e hospitalar. São Paulo: Saraiva, 1991.

116) MANN, Jonathan *et alli.* A AIDS no mundo. Trad. de Outras Palavras. Rio de Janeiro: Relume Dumará: ABIA: IMS/UERJ, 1993.

117) MANN, Jonathan; TARANTOLA, Daniel (eds.). *AIDS in the world II.* New York: Oxford University Press, 1996.

118) MANNHEIM, Karl. O pensamento conservador. **In**: MARTINS, José de Souza (org.). Introdução crítica à Sociologia Rural. São Paulo: Hucitec, 1981, pp. 77-131.

119) MARCEL, Gabriel. *La dignité humaine et ses assises existentielles.* Paris: Aubier, 1964.

120) MARCHI, Maria Mathilde. Aids: aspectos legais, éticos e administrativos. **HFA - Publicação Técnico-científica do Hospital das Forças Armadas**, Brasília, vol. 6, n.º 3e 4, jul./dez. 1991, pp. 107-117.

121) MARITAIN, Jacques. *La personne et le bien commun.* Paris: Desclée de Brower, 1947.

122) MARQUES, Cláudia Lima; CACHAPUZ, Maria Cláudia; VITÓRIA, Ana Paula da Silva. Igualdade entre filhos no direito brasileiro atual - direito pós-moderno? Igualdade. Curitiba: vol. 8, n.º 26, jan./mar. 2000, pp. 1-2.

123) MARQUES, José Frederico. Tratado de Direito Penal, Vol. IV. São Paulo: Saraiva, 1961.

124) MARTINEZ, Gregorio Peces-Barba e GARCIA, Eusebio Fernandez (orgs.). *Historia de los direitos fundamentales. Tomo I: transito a la modernidad - siglos XVI y XVII.* Madrid: Dykinson, 1998.

125) MARTINS, Nei Frederico Cano. Estabilidade Provisória no Emprego. São Paulo: LTr, 1995, pp. 202-214.

126) MARTINS, Sérgio Pinto. Debate sobre o tema "A proteção dispensada pela ordem jurídica ao empregado portador do vírus HIV alcança a garantia de emprego?", **Jornal Magistratura & Trabalho**, n.º 13, jul./ago. 1994, p. 12.

127) MARX, Karl. A questão judaica. 2ª ed. São Paulo: Editora Moraes, 1991.

128) MASSINI-CORREAS, Carlos. *Los derechos humanos, paradoja de nuestro tiempo*. Santiago do Chile: Ed. do Autor, 1989.

129) MAURER, Béatrice. *Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l'homme*. Paris: La Documentation française, 1999.

130) MEDRADO, Gézio Duarte. Debate sobre o tema "A proteção dispensada pela ordem jurídica ao empregado portador do vírus HIV alcança a garantia de emprego?", **Jornal Magistratura & Trabalho**, n.º 13, jul./ago. 1994, p. 10.

131) MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. A vida embrionária e sua proteção jurídica. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

132) MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. 3ª ed. São Paulo, Malheiros, 1999.

133) MEMMI, Albert. *Le racisme*. Paris: Gallimard, 1982.

134) MICHAELIS - Dicionário Prático da Língua Portuguesa. São Paulo: Melhoramentos, 1987.

135) MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de Direito Penal. Vol. 2. 3º edição. São Paulo: Atlas, 1985.

136) MIRABETE, Júlio Fabbrini. Execução Penal. 5ª edição. São Paulo: Atlas, 1993.

137) MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 1988.

138) MIRANDA, Jorge (org.). Textos históricos do direito constitucional. Lisboa: Imprensa Nacional/Casa da Moeda, 1980.

139) MIRANDOLA, Giovanni Pico della. *Discurso sobre la dignidad del hombre*. Trad. de Adolfo Ruiz Díaz. Mendoza: Instituto de Literaturas Modernas, 1972.

140) MODERNE, Franck. *La dignité de la personne comme principe constitutionnel dans les constitutions portugaise et française*. **In**: MIRANDA, Jorge (org.).

Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, vol. I, pp. 197-230.

141) MONTAGNIER, Luc. Vírus e homens: AIDS: seus mecanismos e tratamentos. Trad. de Maria Luiza X. Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1995.

142) MORGAN, Lewis. *La sociedad primitiva*. Trad. de Luis María Torres *et alli*. Buenos Aires: Editorial Lautauro, 1946.

143) NATIONAL COMMISSION ON AIDS. *The Workforce and the HIV epidemic in rural America*. Washington: U. S. Government Printing Office, 1990, pp. 277-840.

144) NEVES, Castanheira. O instituto dos "assentos" e a função jurídica dos supremos tribunais. Coimbra: s/ed., 1983.

145) NIETZSCHE, Friedrich. La voluntad de poderío. Trad. de Aníbal Froufe. Madrid: EDAF, 1981.

146) NOVAES, Regina. ONGs/AIDS: mais perguntas do que respostas. **Boletim Pela Vidda**. Rio de Janeiro, ano 5, n.º 18, jan./mar. 1994, pp. 8-9.

147) OLIVEIRA, Manfredo. A Filosofia na crise da modernidade. São Paulo: Loyola, 1992.

148) ORTÍZ-IBARZ, José María. *Libertad, igualdad, constitucionalismo*. **Persona y Derecho**, Pamplona, Universidad de Navarra/Facultad de Derecho, n.º 34, 1996, pp. 99-130.

149) PAINE, Thomas. Os direitos do homem. Trad. de Jaime Clasen. Petrópolis: Vozes, 1989.

150) PARKER, Richard *et alli* (orgs.). A AIDS no Brasil (1982-1992). Rio de Janeiro: Relume-Dumará; ABIA; IMS; UERJ, 1994.

151) PARKER, Richard; DANIEL, Herbert. AIDS: a terceira epidemia. São Paulo: Iglu, 1991.

152) PARKER, Richard. A construção da solidariedade: AIDS, sexualidade e política no Brasil. Rio de Janeiro: Relume-Dumará; ABIA; IMS; UERJ, 1994.

153) PARKER, Richard. Na contramão da AIDS: sexualidade, intervenção, política. Rio de Janeiro: ABIA; São Paulo: Editora 34, 2000.

154) PARKER, Richard (org.). Políticas, instituições e AIDS: enfrentando a epidemia no Brasil. Rio de Janeiro: ABIA; Jorge Zahar, 1997.

155) PARKER, Richard e GALVÃO, Jane (orgs.). Quebrando o silêncio: mulheres e AIDS no Brasil. Rio de Janeiro: Relume-Dumará: ABIA:IMS/UERJ, 1996.

156) PASCAL, Blaise. Pensamentos. Trad. de Sérgio Milliet. 2ª edição. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

157) PASTERNAK, Jacyr, MARCHI, Maria Mathilde, AMATO, Valdir Sabbuga e AMATO NETO, Vicente. Implicações éticas da triagem sorológica para o vírus da imunodeficiência humana. **Bioética - Revista do CFM**, Brasília, Conselho Federal de Medicina, vol. 1, n.º 1, p. 9.

158) PEDROSA, José Stalin. ONG/AIDS. Rio de Janeiro: Planeta Gay Books, 1998.

159) PERELMAN, Chaim. *Le raisonnable et le déraisionnable en doirt, au delà du positivisme juridique*. Paris: LGDJ, 1984.

160) PENNEAU, Jean. *La responsabilité du médicin*. 2ª edição. Paris: Dalloz, 1996.

161) PÉREZ, J. González. *La dignidad de la persona*. Madrid: Civitas, 1986.

162) PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. 3ª ed. Madrid: Tecnos, 1990.

163) PIERUCCI, Antônio Flávio. Ciladas da diferença. São Paulo: USP: Editora 34, 1999.

164) PINTO, Céli Regina Jardim. A democracia desafiada: presença dos direitos multiculturais. **Revista USP**, n.º 42, jun./ago. 1999, São Paulo: USP/CCS, 1999.

165) PINTO, João Batista Moreira. Direito e novos movimentos sociais. São Paulo: Editora Acadêmica, 1992.

166) PINTO, Teresinha; TELLES, Izabel da Silva (orgs.). Aids e escola: reflexões e propostas do EDUCAIDS. São Paulo: Cortez; Pernambuco: UNICEF, 2000.

167) PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional. 2ª edição. São Paulo: Max Limonad, 1997.

168) PIOVESAN, Flávia. A Constituição Brasileira de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos. **In**: BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu e ARAÚJO, Nadia (org.). Os direitos humanos e o direito internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

169) PORTELA, Jacob Augusto S. Relação ONGs/Estado: o caso da ABIA. Mimeo. Dissertação de Mestrado, apresentada em 1997 perante o Programa de Pós-

Graduação em Antropologia e Ciência Política, do Instituto de Ciências Humanas e Filosofia, da Universidade Federal Fluminense.

170) PRATA, Ana. A tutela constitucional da autonomia privada. Coimbra: Almedina, 1982.

171) PUCCINELLI, Oscar Raul. *Sida, constitución y derechos humanos*. Palestra proferida no Seminário Estadual Direitos Humanos em HIV/Aids, Curitiba, 4 e 5 dez.1997, mimeo.

172) PUELMA, Hernán Fuenzalida; PARADA, Ana María; LA VERTU, Diana Serrano. *Aportes de la ética y el derecho al estudio del sida*. Washington: Organização Panamericana da Saúde, 1991.

173) RAIZER, Eugênia Célia. O estatal, o público e o privado e suas expressões na epidemia da AIDS. Mimeo. Tese de Doutoramento em Serviço Social, apresentada perante a Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 1997.

174) REALE, Giovanni e ANTISERI, Dario. História da filosofia. 3ª ed. São Paulo: Paulus, 1990.

175) REALE, Miguel. Filosofia do Direito. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

176) ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 33, n.º 131, jul./set. 1996.

177) ROSEN, G. *History of Public Health*. Nova Iorque: M. D. Publications, 1958.

178) ROUSSEAU, Jean-Jacques. Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens. Trad. de Lourdes Santos Machado. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

179) ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do contrato social. Trad. de Lourdes Santos Machado. 4ª edição. São Paulo: Nova Cultural, 1987.

180) RUBIO, David Sánchez. *Derechos humanos y democracia: absolutización del formalismo e inversión ideológica*. **Crítica Jurídica - Revista Latinoamericana de Política, Filosofia y Derecho**, n.º 17, Curitiba, Crítica Jurídica A.C. (México)/Fundación Iberoamericana de Derechos Humanos (Espanha)/Faculdades do Brasil, 2000.

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

182) RUIZ, José Augusto de Vega. *Tratamiento jurídico del sida*. Madrid: Colex, 1992.

183) SANTOS, Boaventura de Sousa. Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade. 2ª edição. São Paulo: Cortez, 1996.

184) SANTOS, Boaventura de Sousa. A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência. São Paulo: Cortez, 2000.

185) SANTOS, Marco Fridolin Sommer. A AIDS sob a perspectiva da responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 1999.

186) SANTOS, Milton. Técnica, espaço, tempo. Globalização e meio técnico-científico informacional. 2ª edição. São Paulo: HUCITEC, 1996.

187) SANTOS, Milton. A natureza do espaço: técnica e tempo - razão e emoção. São Paulo: HUCITEC, 1996.

188) SARAMAGO, José. Ensaio sobre a cegueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

189) SARMENTO, Daniel. A ponderação de interesses na Constituição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

190) SARTRE, Jean-Paul. O existencialismo é um humanismo. Trad. de Vergílio Ferreira. 2ª edição. Lisboa: Editorial Presença, 1965.

191) SCHONFELD, Erick. Remédios seletos. **Fortune America**, vol. 1, n.º 17, pp. 13-15, 1997.

192) SCOTT, Joan. *Gender and Politics of History*. New York: Columbia University Press, 1988.

193) SEGADO, Francisco Fernandez. *Teoria jurídica de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978 y en su interpretación por el Tribunal Constitucional*. **Revista de Informação Legislativa,** Brasília, ano 31, n.º121, jan./mar. 1994.

194) SENN, Félix. *De la justice et du droit*. Paris: Sirey, 1927.

195) SGRECCIA, Elio. *Manual de bioética*. México: Diana, 1996.

196) SIDGWICK, Henry. *The Methods of ethics*. 7ª ed. London: MacMillan, 1962.

197) SIEYÈS, Emmanuel Joseph. A constituinte burguesa - que é o terceiro estado? Trad. de Norma Azeredo. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1986.

198) SILVA, Cristina Luci Câmara da. ONGs/AIDS, intervenções sociais e novos laços de solidariedade social. **Cadernos de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, Escola Nacional de Saúde Pública, vol. 14, n.º 2, 1998, pp. 129-139.

199) SILVA, José Afonso. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, vol. 212, abr./jun. 1998, pp. 89-94.

200) SILVA, Miriam Ventura da. Direitos das pessoas vivendo com HIV e aids. Rio de Janeiro: Grupo pela Vidda, 1993.

201) SILVÉRIO, Valter Roberto. O multiculturalismo e o reconhecimento: mito e metáfora. **Revista USP**, n.º 42, jun./ago. 1999, São Paulo: USP/CCS, 1999.

202) SOUZA, Herbert de .A cura da Aids. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994.

203) SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. O renascer dos povos indígenas para o Direito. Curitiba: Juruá, 1998.

204) SKINNER, B. F. Para além da liberdade e da dignidade. Lisboa: Edições 70, 1999.

205) SONTAG, Susan. A doença como metáfora. Rio de Janeiro: Graal, 1984.

206) TAGUIEFF, Pierre-André. *L'identité nationale saisie par les logiques de racisation. Aspects, figures et problèmes du racisme différentialiste*. **Mots**, Paris, vol. 12, mar. 1986.

207) TEIXEIRA, Paulo Roberto. Políticas públicas em AIDS. **In**: PARKER, Richard (org.). Políticas, instituições e AIDS: enfrentando a epidemia no Brasil. Rio de Janeiro: Jorge Zahar; ABIA, 1997, pp. 43-68.

208) TERTO JUNIOR, Veriano. O papel das ONGs nas políticas de AIDS. **Anais do Seminário de Políticas Públicas de Saúde relacionadas à AIDS II.** Rio de Janeiro: IMS/UERJ: ABIA, 1995, pp. 32-35.

209) TOCQUEVILLE, Alexis de. A democracia na América. Trad. de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

210) TORRES, Ricardo Lobo. Os direitos humanos e a tributação - imunidades e isonomia. São Paulo: Renovar, 1997.

211) TOURAINE, Alain. Igualdade e diversidade: o sujeito democrático. Trad. de Modesto Florenzano. Bauru: EDUSC, 1998.

212) TREBILCOK, Anne. *El Sida y el lugar de trabajo. Orientaciones deducibles de las normas internacionales del trabajo*. **Revista Internacional del Trabajo**. Genebra, 1989, vol. 108, p. 226.

213) TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos. São Paulo: Saraiva, 1991.

214) TRINDADE, José Damião de Lima. Anotações sobre a história social dos direitos humanos. **In**: SÃO PAULO. Procuradoria Geral do Estado. Grupo de Trabalho de Direitos Humanos. Direitos humanos: construção da liberdade e da igualdade. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1998.

215) TRONCA, Ítalo. As máscaras do medo: lepra e aids. Campinas: Editora da UNICAMP, 2000.

216) TUGENDHAT, Ernst. Lições sobre ética. Trad. de Róbson Ramos Reis *et alli*. 2ª ed. Petrópolis: Vozes, 1997.

217) VALLINOTO, Tereza Cristina. A construção da solidariedade: um estudo sobre a resposta coletiva à AIDS. Mimeo. Dissertação de Mestrado em Saúde Pública, apresentada perante a Escola Nacional de Saúde Pública do Rio de Janeiro, 1991.

218) VATTIMO, Gianni. O fim da modernidade. Niilismo e hermenêutica na cultura pós-moderna. Trad. de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

219) **Veja,** São Paulo, capa, ano 29, 10 de julho de 1996.

220) VELHO, Gilberto. Projeto e metamorfose. Antropologia das sociedades complexas. Rio de Janeiro: Zahar, 1994.

221) VIEIRA, Evaldo. Poder político e resistência cultural. Campinas (SP): Autores Associados, 1998.

222) VILLEY, Michel. *Le Droit et les droits de l'homme*. Paris: P.U.F., 1983.

223) XAVIER, Iara de Moraes. A mulher e a convivência com a AIDS: uma questão de gênero. Tese de doutoramento apresentada à Escola Nacional de Saúde Pública, Rio de Janeiro, junho de 1997, mimeo.

224) WALDHOLZ, Michael. Avanços na busca de uma vacina contra a aids. **Gazeta do Povo**, Curitiba, 2° caderno, Editoria The Wall Street Journal Americas, 2 abr. 2001, p. 31.

225) WATNEY, Simon. *Practices of freedom: selected writings on HIV/AIDS.* London: Rivers Oram Press, 1994.

226) WATNEY, Simon. *Policing desire: pornography, AIDS and the media.* Minneapolis: University of Minessota Press, 1989.

227) WEEKS, Jeffrey. *AIDS: the intellectual agenda.* **In**: AGGLETON, P.; HART, G.; DAVIES, P. (Eds.). *AIDS: social representations, social practices.* Great Britains: Falmer Press, 1989.

228) WIDMER, Charles. *Droits de l'homme et sciences de l'homme. Pour une éthique anthropologique.* Genève: Librairie Droz, 1992.

229) WIESEL, Elie. Prefácio. **In**: BARRET-DUCROCQ, Françoise (org.). Foro Internacional sobre a Intolerância. Academia Universal das Culturas. Trad. de Eloá Jacobina. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000.

230) WILS, J. P. *Fin de la dignité humaine en la éthique?* **Concilium**, n.° 223, 1989, pp. 51-67.

231) WORLD BANK. *Confronting AIDS: public priorities in a global epidemic.* Washington, 1997.

232) WORLD BANK. *World development report 1993: investing in health.* Washington, 1993.

233) ZANCAN, Lenira Fracasso. Dilemas morais nas políticas de saúde: o caso da AIDS. Uma aproximação a partir da bioética. Dissertação de Mestrado, apresentada à Escola Nacional de Saúde Pública. Rio de Janeiro, 1999, mimeo.