DIREITOS HUMANOS
ÉTICA E DIREITOS REPRODUTIVOS

Qual o limite que separa o público do privado? Que fronteira é esta, tão tênue, que hoje interliga a vida pessoal ao mundo globalizado?

Este é um desafio colocado para todos os campos da experiência humana, mas, especialmente, para o debate sobre a sexualidade e a reprodução.

De um lado, a defesa da intimidade, das escolhas, da liberdade e, de outro, a necessária proteção aos direitos fundamentais. Somos contemporâneos da necessidade de tratar deste tema, e o propomos através da relação entre Direitos Humanos, Ética e dos Direitos Reprodutivos

DIREITOS HUMANOS ÉTICA E DIREITOS REPRODUTIVOS

Organizadores:
Denise Dourado Dora
Domingos Dresch da Silveira

THEMIS 5 anos
Assessoria Jurídica e Estudos de Gênero

Este livro resulta do curso de extensão *"Direitos Humanos, Ética e Direitos Reprodutivos"*, promovido pela Associação Nacional de Procuradores da República, Faculdade de Direto da UFRGS, Pró-Reitoria de Extensão da UFRGS e pela Themis - Assessoria Jurídica e Estudos de Gênero

Dedicado à memória de Jonathan Mann.

Direitos Humanos, Ética e Direitos Reprodutivos

Este livro é o resultado do curso de extensão "Direitos Humanos, Ética e Direitos Reprodutivos", realizado em junho de 1998, em Porto Alegre. A promoção foi da Themis - Assessoria Jurídica e Estudos de Gênero, da Associação Nacional de Procuradores da República, da Faculdade de Direito da UFRGS e da Pró-Reitoria de Extensão da UFRGS. E contou com o apoio da Fundação MacArthur, Fundação Ford, Secretaria Nacional de Direitos Humanos, do Ministério da Justiça e Comissão de Cidadania e Direitos Humanos, da Assembléia Legislativa do RS.

Direitos autorais reservados à
Themis - Assessoria Jurídica e Estudos de Gênero
Rua dos Andradas, 1137/2201 - 90.020.007
Fones: (051) 225.20.25 - 212.01.04
Porto Alegre/RS - Brasil

Direitos Humanos, Ética e Direitos Reprodutivos

Organizadores:
Denise Dourado Dora
Domingos Dresch da Silveira

THEMIS
Assessoria Jurídica e Estudos de Gênero

Porto Alegre, setembro de 1998.

© de Themis - Assessoria Jurídica e Estudos de Gênero, 1998.

Organizadores: *Denise Dourado Dora e Domingos Dresch da Silveira, com a colaboração de Jussara Bordin e Stella Máris Valenzuela*

Capa: *Eliana Fabiola Abitante*
Projeto Gráfico: *Stella Máris Valenzuela*
Revisão - *Themis: Assessoria Jurídica e Estudos de Gênero*
Fotolito de capa: *Fotolitos Maredi*
Impressão - *RML Gráfica*

Porto Alegre, RS

Impresso no Brasil/Printed in Brazil

Índice

Apresentação 07
Denise Dourado Dora e Domingos Dresch da Silveira

Instrumentos e desafios para a efetivação dos direitos humanos 09
Domingos Dresch da Silveira

Os direitos humanos das mulheres 33
Denise Dourado Dora

No fio da navalha 37
Denise Dourado Dora

A modernidade diante de suas próprias ficções: o caso de adoção internacional 43
Claudia Fonseca

A monoparentalidade projetada e o direito do filho à biparentabilidade 61
Maria Claudia Crespo Brauner

Ética, sentimentos e perversidade humana 79
Marco Antônio Oliveira de Azevedo

Direitos humanos, ética e direitos reprodutivos 89
Alda Elizabeth Teixeira

SIDA e direitos humanos 103
Dani Rudnicki

O GAPA/RS e os direitos humanos das pessoas com aids: em busca de alternativas 125
Rosa Maria Rodrigues de Oliveira

Direitos humanos, homossexualidade e uniões homossexuais 129
Roger Raupp

Efeitos jurídicos das uniões homossexuais 137
Célio Golin

O Direito à saúde na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional 141
Paulo Leivas

Programa do curso de extensão universitária direitos humanos, ética e direitos reprodutivos 145

Apresentação

Este livro é o resultado do curso de extensão **"Direitos Humanos, Ética e Direitos Reprodutivos"**, promovido pela Themis - Assessoria Jurídica e Estudos de Gênero, Associação Nacional de Procuradores da República, Pró-Reitoria de Extensão da UFRGS e Faculdade de Direito da UFRGS, e realizado em Porto Alegre, em junho de 1998. Naquelas frias noites de inverno gaúcho, reuniram-se em torno de 50 pessoas, entre alunos do curso, professores e colaboradores, para discutir a relação entre a doutrina e os instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos e as condições de exercício da saúde reprodutiva.

Este debate é extremamente atual e necessário, eis que convivemos com realidades díspares e injustas, na qual mulheres geram filhos em ante-salas de hospitais públicos, por falta de verbas, leitos, equipes, e ao mesmo tempo, dispomos de avançadas tecnologias científicas para garantir a reprodução humana. Até então o campo do Direito tinha sido pouco instado a opinar e a decidir em conflitos que envolvem a saúde reprodutiva, mas esta situação mudou. Não só os profissionais da área jurídica começam a comprometer-se com as questões sociais do país de um modo amplo, como também passam a ter responsabilidades no exercício de suas funções na magistratura, no Ministério Público, federal e estadual, como advogados e professores de direito.

Para que a cidadania possa ser efetivamente respeitada e protegida em seus direitos fundamentais, é necessário que o debate em torno

dos direitos reprodutivos seja permeado pela discussão da ética e dos direitos humanos. Este foi o objetivo do curso realizado e que agora apresentamos aos leitores nesta edição, esperando contribuir com este debate junto à sociedade brasileira.

Porto Alegre, setembro de 1998.

Denise Dourado Dora
Advogada, Professora da Unisinos e Coordenadora da Themis - Assessoria Jurídica e Estudos de Gênero

Domingos Dresch da Silveira
Procurador Regional da República e Professor de Direito da UFRGS

Instrumentos e desafios para a efetivação dos direitos humanos

Domingos Sávio Dresch da Silveira
Professor da Faculdade de Direito da UFRGS e Procurador da República

O poeta Thiago de Mello quando em fins de 1965 foi preso na companhia de intelectuais como Antônio Callado e Carlos Heitor Cony, por ter cometido o intolerável pecado, para os donos do poder de então, de se manifestar contra a Ditadura Militar, escreveu na parede da cela a que fora recolhido os seguintes versos:

"É preciso que Amor seja a primeira
palavra a ser gravada nesta cela.
Para servir-me agora e companheira
seja amanhã de quem precise dela"[1].

Ora, o que o amor tem a ver com a efetivação dos direitos humanos que é o tema central desse artigo? De uma forma especialmente encantadora, a resposta pode ser encontrada em recente obra de **Luis Alberto Warat** em que diz:

"Falarei, então, do amor. Falarei da importância do amor para as práticas políticas dos direitos humanos. Quero fugir de um certo espírito fanático que paira quase que obsessivamente em todos os discursos sobre direitos humanos. As falas dominantes sobre esta problemática no Cone Sul tornam-se discursos sobre a morte. Falas que tentam gerar um certa consciência culposa em auditórios assumidos indiretamente como cúmplices.
Prefiro deslocar a questão e falar do amor, para falar dos direitos huma-

[1] Iniciação do Prisioneiro, in: Vento Geral, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1984, p. 275.

nos. Eles não são práticas e discursos de resistência à morte. Trata-se de mostrar que os direitos humanos, como problemática, precisam gerar práticas e discursos de preservação do amor, discursos que precisem falar de instâncias libertatórias, que permitam ao homem reencontrar seus vínculos perdidos com a vida"[2].

Analisando os discursos dos principais movimentos sociais, verifica-se que dificilmente busca-se nos direitos humanos a fundamentação para suas reivindicações. Em geral, identifica-se a causa dos direitos humanos com a violação de direitos vinculados à vida (p.ex: genocídio e tortura), encontrando-se, raramente, sua vinculação com reivindicações pela vida (direito à terra e à educação). Tudo faz crer que só há espaço para falar-se em direitos humanos quando estamos diante de tragédias como as de Carandiru ou Eldorado dos Carajás. Quer nos parecer que esse discurso, a denúncia da morte, apesar de muito presente, não pode ser tido como o único conteúdo possível para a expressão dos direitos humanos, já que também neles estão abrangidas outras dimensões que se estendem do direito a morar com dignidade até os novos direitos vinculados à engenharia genética.

Buscaremos, nesse despretensioso trabalho, tentar analisar os traços gerais dos principais instrumentos processuais previstos na atual Constituição Federal procurando relacioná-los com as diversas "gerações de direitos humanos", dando ênfase especial ao papel da ação civil pública como instrumento de efetivação dos direitos humanos.

Não temos, com isso, a ilusão de que os direitos humanos possam ter no processo e no Judiciário seu principal campo de defesa. Contudo, parece-nos significativo que, cada vez mais, as demandas que busquem a efetivação dos direitos humanos possam também ser veiculadas através do Poder Judiciário contribuindo-se, dessa forma, mesmo com limitações, para a crescente politização da prática do direito.

2. O Processo se engendrando nas Declarações de Direitos Humanos

Os principais textos internacionais consagradores dos direitos humanos asseguram, expressamente, garantias processuais. Inicialmente,

[2] Introdução Geral ao Direito - O Direito não Estudado pela Teoria Jurídica Moderna. Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997, p. 11 - grifamos.

as mesmas dirigiam-se especificamente para os processos criminais e, paulatinamente, foram se estendendo para a jurisdição cível.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, no artigo 10., diz: "Todo homem tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele". Da mesma forma, diz o artigo 8º.: "Todo homem tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei"

Por outro lado, a Convenção sobre a proteção dos Direitos Humanos e das liberdades fundamentais, assinada em Roma em 4.11.1950, envolvendo os países membros do Conselho da Europa, dispôs no artigo 6º.1:

"Toda pessoa tem direito a que a sua causa seja julgada equitativa e publicamente num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, que decidirá quer sobre seus direitos e obrigações civis, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. A sentença deve ser tornada pública, mas o acesso à sala de audiência poderá ser proibido à imprensa e ao público durante a totalidade ou parte do processo no interesse da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses dos menores ou a proteção da vida privada das partes no processo assim o exigirem, ou na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal quando, sob circunstâncias especiais, a publicidade poderia ser prejudicial para os interesses da justiça".

Mais próximo de nós, vale lembrar a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, o Pacto de San José da Costa Rica, firmado em novembro de 1969, que no artigo 8º., dedicado às garantias judiciais, dispõe:

"1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, tabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza".

Pode-se perceber que dos textos internacionais antes referidos, a primeira garantia significativa que compõe a pauta mínima de humanização do processo", é ver assegurado o julgamento da causa por

um juiz que seja independente, imparcial, prévio e anterior ao fato, ou seja, não constituído especialmente para julgar o feito.

Em segundo lugar, destaca-se o fator temporal[3], a idéia de que o processo só atende aos Direitos humanos se a decisão vier em prazo razoável. A prestação jurisdicional morosa não se coaduna com as obrigações assumidas pelo País na ordem internacional.

Como podemos perceber as garantias processuais asseguradas nos tratados internacionais sobre direitos humanos não são sinônimo de direito a qualquer processo. O elemento temporal, presente em todas as declarações, deixa claro que o Estado está obrigado a oferecer o serviço público da jurisdição em tempo razoável.

A Constituição Espanhola, inspirada nesse princípio, estabeleceu dentre as garantias fundamentais o direito a um processo sem dilações indevidas [4], sendo certo que tal princípio, nas duas primeiras décadas de vigência daquela política, tem gerado amplos e significativos efeitos em grande parte inspirados pelas decisões que a Corte Européia de Direitos Humanos vem dando ao artigo 6.1 do Tratado de Roma [5].

Dessa forma, centenas de decisões do Tribunal Constitucional espanhol tem dado efetividade ao direito a um processo ágil, consagrando o princípio de que o tempo é uma exigência objetiva da justiça [6]. É certo que a expressão dilações indevidas contém preceito constitucional composto de termos indeterminados, o que faz com que apenas no exame do caso concreto se possa apurar a existência de lesão ao princípio

[3] Nunca é demais lembrar que a Carta de Banjul, de 27.7.81, conhecida como a Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos, em seu artigo 7º, incluiu dispositivo que prevê expressamente o "direito a um julgamento razoavelmente rápido", o que bem demonstra ser a celeridade processual uma demanda comum a situações culturais de todo diversas (conforme João Baptista Herkenhoff in: Direitos Humanos - a construção de uma utopia. Aparecida-SP, Editora Santuário, 1997, especialmente p. 78).

[4] Diz o artigo 24.2 da Carta Política espanhola: "Asimismo, todos tienen derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informado de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra si mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia"

[5] A propósito, ensina Joan Picó i Junoy: "Un famoso refrán florentino nos recuerda que giustizia ritardata, giustizia denegata. Por ello, nuestro Texto Constitucional, siguiendo las previsiones normativas recogidas en todas las Declaraciones y Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, intenta garantizar que la resolución de los litigios tendrá lugar dentro de un plano razonable, eto es, sin dilaciones indebidas"(In: Las Garantias Constitucionales del Proceso. Barcelona, Jose Maria Bosch Editor, 1997, especialmente p. 118).

[6] Las Garantias..., p. 119.

constitucional.

À luz da orientação jurisprudencial firmada pelo Tribunal Constitucional espanhol, tem se adotado seis critérios a serem verificados quando da apuração de eventual lesão ao preceito constitucional: (a) o excesso de trabalho do órgão jurisdicional; (b) a defeituosa organização dos tribunais; (c) o comportamento da autoridade judicial; (d) a conduta processual da parte; (e) a complexidade do caso posto em julgamento; (f) a duração média dos processos do mesmo tipo[7].

O volume de processos, que também na Espanha aflige os julgadores, bem como as deficiências estruturais do Judiciário não têm sido entendidas como justificação para a resolução dos processos em prazo razoável. Da mesma maneira, se o retardamento da marcha processual decorre de exigência indevida do julgador, ou mesmo quando devida possa gerar desproporcional atraso na prestação jurisdiconal (p.ex. prova que não seja imprescindível à solução da lide), o TCE tem determinado ao Juiz que profira a decisão ou execute o ato judicial necessário[8].

Para apurar se a duração processual é razoável, tem sido considerada a complexidade do feito, pois não seria racional e, tampouco compatível com o contraditório, que se sancionasse como indevido o retardamento no curso do processo decorrente da dilação probatória necessária à instrução. Processos mais simples, à evidência, devem ser resolvidos com maior rapidez do que aqueles com maior complexidade[9].

As consequências decorrentes da ofensa ao princípio são variáveis. Em algumas circunstâncias, do reconhecimento judicial resulta apenas a anulação do ato gerador da dilação indevida. Contudo, quando o retardamento provocou consequências que não podem ser resolvidas no processo, tem sido admitidas medidas reparadoras, a responsabilização civil do juiz e do Estado pelo anormal funcionamento da administração da justiça [10].

[7] op. cit. p. 121-2.

[8] op. cit. p. 123.

[9] Las garantias..., pp. 127 e 129.

[10] No particular, merece especial atenção a monografia de Placido Fernandez-Viagas Bartolome, intitulada El derecho a un Proceso sin Dilaciones Indebidas. Madrid, Civitas, 1994, especialmente o capítulo 5 (pp. 156-199).

Para **Osvaldo Agripino de Castro Júnior**[11], "a especificidade e o caráter especial dos tratados de proteção internacional dos Direitos Humanos encontram-se reconhecidos e sancionados pela CF de 1988, passando os direitos fundamentais neles dispostos, consoante os parágrafos 1º e 2º do art. 5º da CF/88, a integrar o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados e direta e imediatamente exigidos no plano do ordenamento jurídico interno". São normas componentes do ordenamento jurídico nacional pelo só fato de serem subscritas, independentemente de ratificações ou outros procedimentos internos. A mesma orientação pode ser encontrada, até mesmo, em autor marcadamente conservador como Érico Maciel Filho que sustenta a cogência da Carta de São Francisco[12].

3. Os Writs constitucionais e a Efetivação dos Direitos Humanos

Para proceder à análise dos diversos writs constitucionais adotaremos a classificação dos Direitos Humanos em três gerações, conforme referido anteriormente, não deixando de considerar que, de autor para autor, são introduzidas peculiaridades próprias, "novas gerações" de direitos. Nossa opção não quer significar qualquer desprezo pelo esforço doutrinário empreendido por esses autores, mas tão-somente um corte necessário às peculiaridades dessa exposição.

Reconhecemos, também, que a classificação em gerações pode dar a impressão que tais direitos se superam, como costuma ocorrer com as gerações de seres humanos em que as novas suplantam (mesmo que, em alguns casos, apenas biologicamente) as mais antigas. Ao contrário, os direitos humanos de diversas gerações coexistem e interagem, constituindo-se, antes de tudo, dimensões do fenômeno denominado direitos humanos. Na análise a ser feita procuraremos detectar qual a dimensão dos direitos humanos predominantemente tutelada pelo instrumento processual (writ constitucional). Isso significa dizer, por óbvio, que o writ não se destina apenas à tutela daquela geração de direitos.

[11] Direitos Humanos no Brasil e a sua Garantia Através dos Instrumentos Processuais Constitucionais. Revista de Informação Legislativa, Brasília, 33(130), abr./jun., 1996, p. 87.
[12] Noções Básicas de Direito. Porto Alegre, Livraria do Globo, 1973, pp. 189 a 200.

3.1. Writs vinculados aos direitos humanos de primeira geração

3.1.1. Habeas Corpus

O primeiro, talvez o mais famoso dos writs constitucionais, é o Habeas Corpus. Na sua origem inglesa "não estava vinculado apenas à liberdade de locomoção, mas à idéia de due process of law, sendo usado até em matéria de direito civil (...) Em 1679, o Habeas Corpus Amendemont Act tornou-o um remédio destinado a assegurar a liberdade dos súditos"[13]. Na transposição para o direito norte-americano teve seu objeto ampliado para a proteção de "qualquer espécie de violência ou constrição ao ius libertatis".

Segundo **Pontes de Miranda**, o habeas corpus foi "implicitamente" introduzido no Brasil na época do império, por força do disposto no art. 179 e § 8º da Carta imperial que dizia:
"Art. 179 - A inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império: (...)
§ 8º. - Ninguém poderá ser preso sem culpa formada, exceto nos casos declarados em lei".

Formalmente, só foi instituído no Código de Processo Criminal de 1832 (art. 340) e constitucionalizou-se pelo § 22 do artigo 72 da Carta Republicana. Na doutrina formulada por Ruy Barbosa, era instrumento para combater qualquer abuso do poder ou ilegalidade. Pela emenda constitucional de 1926 (art. 5o., LXVIII) voltou a ser, expressamente, instrumento destinado apenas à tutela da liberdade de locomoção, o que possivelmente pode ser atribuído à reação do regime autoritário de então ao controle dos atos da administração que vinham sendo realizados através do habeas corpus que, na verdade, funcionava como um protótipo do mandado de segurança.

Atualmente[14], destina-se a tutelar a liberdade de locomoção excetuando-se apenas, os casos de punições disciplinares (art. 142, par. 2o.).

[13] Os Direitos Humanos no Brasil...., p. 91
[14] art. 5o., inc. LXVIII: "conceder-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder".

O Habeas Corpus, por seu histórico e perfil, destina-se primordialmente à defesa dos direitos humanos de 1ª geração, os direitos de liberdade, em seu valor mais caro, que é a liberdade física, de movimentação dos indivíduos, sendo assim uma ação exercida em oposição ao Estado, ou a algum ente que cumpra função marcadamente estatal.

3.1.2. Habeas Data

Outro writ tipicamente vinculado aos direitos humanos de 1ª. geração é o HABEAS DATA, pois visa à proteger a intimidade e a autodeterminação informática (Canotilho)[15], como aliás, já consagrado antes da nossa Carta Política, pela Constituição Portuguesa (art. 268, item 2 e Lei n. 1/89- lá denominado de garantia do arquivo aberto).

É novidade em nosso direito e tende a ser um dos writs constitucionais mais importantes, notadamente em razão do avanço extraordinário da informática sobre a privacidade, devassando a vida e canalizando informações que, dispersas, não teriam maiores significações mas, reunidas pelo computador ou em rede, ofendem a privacidade e a intimidade.

Consagrado no artigo 5º, inciso LXXII, tem por objetivos a (1) obtenção de informações, circunstância em que terá rito sumário, podendo servir, também, para (2) retificação dos dados erroneamente lançados, quando então regular-se-á pelo rito ordinário. Com acerto, **Hely Lopes Meirelles** definiu o instituto como sendo uma ação civil especial "que deverá desenvolver-se em duas fases, a menos que o impetrante já conheça o teor dos registros a serem retificados ou complementados, quando, então, pedirá à justiça que o retifique, mediante as provas que exibir ou vier a produzir" [16].

---

[15] Afirma o ilustre constitucionalista português: "O segredo não é compatível com as liberdades e direitos do homem. Ao segredo acrescenta-se um novo perigo para o cidadão: 'a digitalização dos direitos fundamentais'. Contrapondo-se à idéia de arcana praxis, tende hoje a ganhar contornos um direito geral à autodeterminação informativa que se traduz, fundamentalmente, na faculdade de o particular determinar e controlar a utilização dos seus dados pessoais (cfr. CRP, artigo 35º, e Leis 10/91, de 29-4, e 28/94, de 29-8, reguladoras da proteção dos dados pessoais face à informática). Este direito de autodeterminação pode exigir a criação de meios de defesa jurisdicionais, e, nesse sentido, apontam já hoje convenções internacionais e o direito de habeas data consagrado na Constituição brasileira de 1988" (Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra, Almedina, 1997, pp. 468-9).

[16] Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, 'Habeas-Data'. 13ª ed., SP, RT, 1989, p. 147.

Recentemente, com a edição da Lei nº 9.507, de 12.11.97, o direito de acesso às informações e o rito processual do habeas data foram regulamentados. Tratou-se nesse diploma legal, incialmente, do procedimento administrativo para obtenção das informações, prevendo-se prazos bastane exíguos para apreciação do pedido de informações (48 horas), comunicação do resultado ao interessado (24 horas), bem como para a retificação da informação inexata (dez dias) [17].

A norma regulamentadora do direito constitucional em exame estabeleceu, também, hipótese que não estava explicitamente prevista na Constituição Federal ao afirmar que tanto na esfera administrativa, quanto na judicial, quando o dado não for inexato poderá ser anotado à margem do cadastro explicação, contestação ou justificação [18].

A Lei nº 9.507/97 acolheu orientação jurisprudencial consagrada na súmula 2 do STJ, que estabelecia como condição da ação a prova da recusa do acesso à informação, retificação do dado errôneo ou anotação da justificativa. Tal orientação possui a virtude de evitar que o protocolo do administrador do banco de dados seja substituído pelo do Judiciário, com a inútil multiplicação de feitos que poderiam ser evitados. Contudo, a limitação traz uma certa ingenuidade, pois permite que haja alteração de dados, o que se pode operar com grande facilidade, sobretudo quando se tratar de arquivos informatizados, o que poderá acarretar maiores dificuldades para a reparação de eventual dano decorrente da inexatidão da informação. Diante do erro o administrador do banco de dados terá a possibilidade de pura e simplesmente eliminar a informação do sistema.

No referido writ constitucional figurarão como legitimados passivos o administrador de bancos de dados públicos e os que possuam caráter público, assim entendidos todos os que contenham "informações que sejam ou que possam ser transmitidas a terceiros ou que não sejam de uso privativo do órgão ou entidade produtora ou depositária das informações" [19]. Amplia-se, assim, a hipótese prevista no artigo 43 § 4º da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) que já considerava de caráter público os bancos de dados e cadastros relativos a consumidores e serviços de proteção ao crédito, os quais já se achavam submetidos ao controle pelo habeas data.

---

[17] Conforme dispõem respectivamente o art. 2º, parágrafo único e artigo 4º, § 1º.

[18] Nesse sentido dispõem o art. 4º, § 2º e art. 7º, inciso III.

[19] Como prevê o parágrafo único do art. 1º da Lei nº 9.507/97.

Quer nos parecer, entretanto, que a regulamentação da garantia constitucional acabou restringindo indevidamente o âmbito de atuação de tão essencial instrumento processual, pois excluiu-se os bancos de dados mantidos por empresas privadas e destinados, com exclusividade, ao "uso privativo do órgão ou entidade produtora ou depositária das informações". Portanto, parece que nada impede que uma grande empresa, com ramificações no País e no exterior (v.g. administradora de cartões de crédito), mantenha para uso pessoal cadastro de clientes inadimplentes com dívidas prescritas, desde que tais informações sejam para a exclusiva utilização da empresa depositária da informação. Nesse caso, mesmo que incorreto o dado, aparentemente não seria viável a ação constitucional em comento. Cuida-se de evidente inconstitucionalidade pois reduz o alcance previsto na Constituição Federal para a referida ação.

Saliente-se, ainda, que não estão legitimados ativamente apenas pessoas físicas, podendo se valer do habeas data também pessoas jurídicas, já que a constituição e, tampouco a lei, fazem qualquer restrição.

3.1.3. Mandado de Segurança

Por fim, deve-se lembrar como instrumento processual de defesa dos direitos humanos de 1a. geração, o Mandado de Segurança. Foi criado pela Constituição de 1934 e destinava-se à proteção de "direito individual certo e incontestável". Não houve qualquer previsão na CF de 1937, tendo sido mantido apenas por legislação infra-constitucional (DL 6, de 16.11.37 e CPC de 1939). Sofria sérias restrições: (a) quanto ao impetrado - não era admitido contra atos das mais altas autoridades (presidente, ministro, governador e interventor); (b) quanto à matéria - não cabia quando a discussão versasse sobre matéria tributária.

A dicção constitucional que encontramos atualmente é, basicamente, a mesma desde 1946 (art. 141, par. 24), prevendo-se que seu objetivo é buscar tutelar direito líquido e certo. A complexidade dos fatos e do direito, desde que comprovados de plano com a inicial, não retira a liquidez e certeza do direito tutelável pelo mandado de segurança.

Em termos amplos, a CF assegura o emprego do mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

É polêmica, em razão dos termos amplos como foi assegurada a garantia constitucional, a admissibilidde das restrições previstas em lei quanto ao prazo decadencial (120 dias), eficácia relativamente a determinadas matérias (desembaraço aduaneiro, vantagens de servidores públicos, dentre outras). Indaga-se, não importariam tais previsões em indevidas restrições ao mandado de segurança ?

A grande novidade do atual modelo constitucional é o mandado de segurança coletivo. Possui dois elementos fundamentais: (1) institucional: atribuição de legitimação para instituições associativas defenderem os interesses de membros ou associados; (2)objetivo - uso do remédio para a defesa dos interesses coletivos.

Pressupostos (segundo Tucci e Tucci): a. que o direito subjetivo, individual ou coletivo, seja líquido e certo; b. que a lesão ou ameaça decorra de ilegalidade ou abuso de poder; c. que o ato seja praticado por autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público.

Na sua versão coletiva, especialmente, mas também no mandado de segurança tradicional, pode ser utilizado para a efetivação de direitos sociais, ou seja, de terceira geração (v.g. MS para obter medicamentos do estado em nome do direito líquido e certo à saúde).

3.2. Writs vinculados aos Direitos Humanos de segunda geração

3.2.1. Ação Popular

Na defesa dos direitos humanos de Segunda geração, destaca-se a ação popular. Tem origem romana. A denominação deve-se à atribuição ao povo, ou parcela dele, de legitimação para pleitear tutela judicial de interesse que não lhe pertence, mas à coletividade. Em nosso ordenamento constitucional, foi introduzida pela Carta Política de 1934 (art. 113, § 36).

Há contudo um antecedente histórico que merece ser lembrado. Na Constituição imperial o art. 157 previa a ação popular contra atos de juízes de direito e oficiais de justiça, nos casos de suborno, peita, peculato e concussão, que poderia ser intentada dentro de ano e dia.

Seu objeto encontra-se significativamente ampliado, abarcando o

ato ilegal e lesivo à moralidade administrativa, meio ambiente, patrimônio artístico, histórico e cultural.

Há significativa polêmica na doutrina e jurisprudência acerca da necessidade, para a desconstituição do ato administrativo ilegal, imoral e atentatório à improbidade administrativa, da demonstração da lesão ou dano efetivo. Alguns afirmam a indispensabilidade de tal requisito, outros a negam peremptoriamente e, outros ainda, que admitem em determinadas hipóteses, notadamente as elencadas no artigo 4º da Lei nº 4.717/65 (Lei da Ação Popular), a presunção de lesividade daqueles atos.

Tais princípios da Lei nº 4.717/65 não possuem natureza processual, mas sim material, aplicando-se em qualquer apreciação que o Judiciário faça, em qualquer via processual, e não apenas nas ações populares.

Sobre o ponto específico, ensina **Hugo Nigro Mazzilli**:
"Ora, em diversos casos, a Lei da Ação Popular presume a lesividade - e essas hipóteses em tudo são aplicáveis à matéria da Ação Civil Pública, quando se trate da defesa do patrimônio público"[20].

Sobre a presunção de lesividade dos atos enquadráveis no artigo 4º, ensina **José Afonso da Silva** em obra clássica sobre o tema que todos são casos de:
"Lesividade ao patrimônio das entidades públicas ou privadas interessadas. Vale dizer, ocorrendo qualquer daquelas hipóteses, não há necessidade de verificação de outro prejuízo. Nelas já está consubstanciada a lesão justificativa da demanda popular (...) a lesividade já está ínsita na prática dos atos nas condições indicadas, sem necessidade de ocorrência de outra lesão"[21].

No julgamento do Recurso Especial nº 34.272-0-RJ, julgado em 12.5.93, afirmou o Ministro **Mílton Pereira**:

"(...) A escusar-se a responsabilidade do administrador público, pela salvaguarda de que o empregado, em contraprestação, prestou serviços,

[20] A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo. SP, Saraiva, 8ª ed., rev. ampliada e atual., 1996, p. 147.
[21] Ação Popular constitucional - Doutrina e Processo, Ed. Revista dos Tribunais, 1968, p. 149

será construir um estranho indene de impunidade em favor do agente político que praticou ato manifestamente contra a lei - nexo causal das obrigações da relação de trabalho nascida de ato ilegal - criando-se inusitada convalidação dos efeitos de ato nulo. Será estimular o ímprobo a agir porque, a final, aquela contraprestação o resguardará contra ação de responsabilidade civil"[22]

Assim, a melhor posição parece ser aquela que transfere à administração pública o encargo de demonstrar, nas hipóteses em que há presunção legal de lesividade, o encargo de demonstrar que essa efetivamente não ocorreu. Nessa linha, ensinam **Sérgio Ferraz** e **Lúcia Valle Figueiredo** que "Compete à parte, e não à Administração, a prova de que o dano, decorrente da presunção de lesividade, é menor do que a reposição integral"[23].

O Supremo Tribunal Federal, em inúmeras decisões, tem afirmado que nas hipóteses do artigo 4º da Lei nº 4.717/65 há presunção de lesividade dos atos. Para ilustrar, convém lembrar recente decisão:
"Ação Popular. Procedência. Pressupostos. Na maioria das vezes, a lesividade ao erário público decorre da própria ilegalidade do ato praticado. Assim o é quando dá-se a contratação, por município, de serviços que poderiam ser prestados por servidores, sem a feitura de licitação e sem que o ato administrativo tenha sido precedido da necessária justificativa" (STF, RE nº 160.381-0, Min. Marco Aurélio, 2ª turma, Decisão: 29.03.1994).[24]

Do corpo do acórdão, é possível destacar:
"Poder-se-á dizer que apenas agora a Constituição Federal consagrou a moralidade como princípio de administração pública (art.. 37 da Constituição Federal). Isso não é verdade. Os princípios podem estar ou não explicitados em normas. Normalmente, sequer constam de texto regrado. Defluem no todo do ordenamento jurídico. Encontram-se ínsitos, implícitos no sistema, permeando as diversas normas regedoras de determinada matéria. O só fato de um princípio não figurar no texto constitucional, não significa que nunca teve relevância de princípio. A circunstância de, no texto constitucional anterior, não figurar o princípio da moralidade

[22] Apud: HUGO NIGRO MAZZILLI, op. cit., p. 149.
[23] Dispensa e inexigibilidade de licitação, 3ª ed., Malheiros, p. 108
[24] LEX-JSTF 194/223-236

não significa que o administrador poderia agir de forma imoral ou mesmo amoral. Como ensina **Jesus Gonzales Perez**, "el hecho de su consagración legislativa haya perdido tal carácter"("El principios de buena fé en el Derecho Administrativo 1983, Madrid, pág. 15). Os princípios gerais do direito existem por força própria, independentemente de figurarem em texto legislativo. E o fato de passarem a figurar em texto constitucional ou legal não lhes retira o caráter de princípio.

"No preciso ensinamento de **Rafael Bielsa**, "o móvel, pois, da ação popular, não é apenas restabelecer a legalidade, mas também punir ou reprimir a imoralidade administrativa. Nesse duplo fim vemos a virtude desse singular meio jurisdicional, de evidente valor educativo"("A ação popular e o poder discricionário da Administração", in Revista de Direito Administrativo, vol. 38/40)

Teoricamente, o relator diverge da posição mencionada, ao falar em dois requisitos em relação ao objeto da ação. É que, em verdade é um só.

A lesividade decorre da ilegalidade. Está ela in re ipsa. O agente administrativo apenas pode decidir em face das finalidades encampadas no ordenamento normativo. A ele é dada a competência apenas para que atinja boa prestação de serviços públicos. O fim gizado na norma constitucional ou legal é o objetivo único do agente. Sua competência destina-se a alcançar os fins traçados no sistema normativo. A ilegalidade do comportamento, por si só, causa o dano. Dispensável a existência de lesão. Se moral, está no próprio objeto do ato administrativo ou, no caso dos autos, no objeto do contrato.(grifei)

"Não são, pois dois os requisitos objetivos para o acolhimento da ação popular. É mania do doutrinador criar obstáculos à livre ação dos cidadãos, instituindo exigências que a norma constitucional não prevê. O saudoso mestre **Hely Lopes Meirelles** não diz o contrário. Assegura a exigência de dois requisitos e, mais adiante, afirma que, embora os casos mais comuns sejam de conseqüência pecuniária, a lesividade alcança o patrimônio moral das entidades públicas.

Por aí se vê que o requisito é único. A ilegalidade lesa o patrimônio público".(grifei)

Vê-se, assim, que apesar da polêmica envolvendo a necessidade de comprovação do duplo pressuposto (legalidade/lesividade), a ação popular é um instrumento fundamental de afirmação da cidadania pois permite o controle popular sobre a administração pública.

3.2.2. Mandado de Injunção

O mandado de injunção destina-se a suprir a falta de norma regulamentadora que torne inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania (art. 5o., LXXI). Diz diretamente com o exercício da cidadania e, portanto, aproxima-se mais dos direitos de segunda geração.

A orientação majoritária no STF inclinou-se pela redução do instrumento constitucional à mera declaração de mora e recomendação ao Congresso Nacional que legisle. A propósito, merece ser lembrada a seguinte decisão:

"Mandado de Injunção. Juros. Limite constitucional de 12%. Ausência de norma regulamentadora do art. 192, § 3º, da Constituição.
Mora do Congresso Nacional reconhecida para a regulamentação do dispositivo. Precedentes.
Mandado de injunção parcilamente deferido para comunicar ao Poder Legislativo sobre a mora em que se encontra, cabendo-lhe tomar as providências para suprir a omissão" [25].

Quanto à natureza jurídica, assentou o STF que o mandado de injunção, apesar da eficácia limitada que lhe foi indevidamente conferida, é ação e, se houver repetição, com mesmo objeto e partes, haverá coisa julgada[26].

Destaque-se, ainda, que tem sido admitido Mandado de Injunção coletivo, como se depreende da decisão proferida no MI 20-DF, cuja passagem da decisão relevante para o tema diz:

"A jurisprudência do STF firmou-se no sentido de admitir a utilização, pelos organismos sindicais e pelas entidades de classe, do MI coletivo, com a finalidade de viabilizar, em favor dos membros ou associados

---

[25] MI 530-SP, Impetrante: Antônia Mayo Rodrigues, impetrado: Congresso Nacional. Relator Min. Maurício Correa.

[26] Ao julgar o MI 516-SP, relatado pelo Min. Moreira Alves, afirmou o Pleno do STF: "Mandado de Injunção. Coisa Julgada. Tendo o mandado de injunção a natureza de ação, e ocorrendo, no caso, a hipótese de que essa Corte já julgou anteriormente mandado de injunção - o MI 513, de que foi relator o eminente Ministro Maurício Corrêa - idêntico entre as mesmas partes, com mesma causa de pedir e o mesmo pedido, já coisa julgada, que se dá quando se repete ação que já foi decidida por sentença de que não cabe recurso (artigo 301, § 3º, in fine, do CPC). Mandado de Injunção cujo processo se extingue sem julgamento do mérito" (D.J.U. de 6.6.97, p. 24871).

dessas instituições, o exercício de direitos assegurados pela Constituição"[27].

3.3. A ação civil pública como instrumento primordial de efetivação dos direitos humanos

O tema nada tem de acadêmico. Reflete-se no mais tortuoso desafio do direito nesse final de século que é a efetivação dos direitos humanos de terceira geração ou, como quer nossa Constituição Federal, os direitos sociais [28].

Durante muitas décadas, houve forte preocupação com a consagração em tratados e convenções internacionais dos direitos que seriam fundamentais aos seres humanos.

Esse conjunto, bastante extenso e diversificado, envolvendo desde os direitos à vida e à liberdade até os direitos à livre escolha da orientação sexual, compõem as "gerações" de direitos humanos [29].

Ocorre que, atualmente, o desafio não é prosseguir na enunciação dos Direitos Humanos, mas sim efetivá-los. A propósito, afirma **Bobbio**: "Uma coisa é falar dos direitos emergentes, direitos sempre novos e cada vez mais extensos, e justificá-los com argumentos convincentes; outra coisa é garantir-lhes uma proteção efetiva (...) Os direitos sociais, como se sabe, são mais difíceis de proteger do que os direitos de liberdade" [30].

Se examinarmos nossa Constituição Federal veremos que a mesma consagra inúmeros valores e princípios, estando previstos quase todos os direitos humanos declarados em tratados e convenções, dentre os quais destacam-se os direitos sociais. Diante desse quadro, impõe-se a

[27] MI 20-DF-REI. Celso de Mello, D.J.U de 22.11.96, p. 45690.

[28] Juán Ramón Capella afirma que há uma certa ambiguidade no termo direitos sociais pois assim enunciados parecem contraporem-se aos direitos individuais, contudo são também direitos individuais, sendo certo, também, que todos os direitos sempre são sociais, qualquer que seja seu objeto, pois careceriam de sentido sem vida social (in: Fruta Prohibida - Una aproximación histórico-teorética al estudio del derecho y del estado. Madrid, Trotta, 1997, p. 203.

[29] Dentre os inúmeros textos que se relacionam aos Direitos Humanos, vale lembrar: Convenção dos Direitos Políticos da Mulher em 1952, Declaração dos Direitos da Criança em 1959, Declaração dos Direitos do Deficiente Mental em 1971, Declaração dos Direitos do Deficiente Físico em 1975, Declaração dos Direitos do Ancião na Assembléia de Viena em 1982.

[30] A Era dos Direitos. Rio de Janeiro, Campus, 1992, p. 63.

pergunta: qual o papel a ser cumprido pelo Direito e, de forma mais objetiva, pelo Judiciário e os operadores do direito para a transposição dos direitos declarados em palavra para a realidade?

Em geral responde-se que a implementação dos direitos sociais é função do Poder Executivo, não cabendo ao Judiciário suplementar a omissão ou deficiência das políticas públicas respectivas. A propósito, é sintomática recente decisão do Superior Tribunal de Justiça:

"Ninguém deseja que conflitos sociais entre proprietários e trabalhadores sem terra que invadem áreas rurais se transformem em conflitos violentos e sanguinários, mas não compete ao Poder Judiciário encontrar soluções para o assentamento e fixação de famílias pobres e miseráveis, cuja atribuição é em tudo e por tudo debitável ao Poder Executivo" [31].

"O Caso em exame envolve grave problema social, o qual não compete ao Poder Judiciário resolvê-lo, por não se encontrar na esfera de suas atribuições e sim determinar o cumprimento da lei, inclusive da norma constitucional que assegura o direito de propriedade" [32].

No acórdão percebe-se com nitidez a separação entre direito e política claramente sustentada pelo pensamento juspositivista. Poderia haver campo do pensamento humano mais impregnado de valorações políticas do que a jurisdição constitucional ? Inafastavelmente, por mais óbvio que possa parecer, sempre que valoro formulo um juízo político.

Tal repulsa à possibilidade de enfrentar-se questões políticas na aplicação do direito projeta-se, também, na atitude de considerável parcela do Judiciário diante da ação civil pública na qual se rompe o tradicional papel do processo, buscando-se suprir por medidas judiciais a omissão ou lacuna das políticas públicas. Para muitos, parece que não é jurídico, mas sim político, buscar a efetivação dos direitos sociais básicos, como por exemplo a saúde e a educação, por meio de medidas judiciais que visam a atender falhas pontuais da ação estatal. Não raramente afirma-se que tal conduta busca instituir o governo dos juízes, rompendo-se com a separação dos poderes.

Sobre o tema afirma, com firmeza **Cappelletti** que o papel do

[31] Revista dos Tribunais, vol. 706, p. 147.

[32] Revista dos Tribunais, vol. 719, p. 226.

Judiciário se torna imprescindível já que: "As proclamações (nacionais ou supranacionais) dos direitos fundamentais cessam de ser meras declarações filosóficas no momento em que sua atuação é confiada, em concreto, aos tribunais"[33].

Analisando o tema, afirmou com precisão **Rodolfo Camargo Mancuso**:

"Não se trata de 'inchamento' do Poder Judiciário, porque, quando ele outorga tutela aos interesses metaindividuais, não está desenvolvendo atividade de 'suplência'; é sua própria atividade, de outorgar tutela a quem pede e merece. No caso dos interesses difusos, a intervenção jurisdicional é hoje considerada fundamental; não é que esse Poder esteja a invadir a seara dos outros; será, antes, um sinal de que os outros não estão a tutelar esses interesses, obrigando os cidadãos a recorrerem diretamente à via jurisdicional"[34].

Curiosamente, vem-se repetindo, sem maiores reflexões, que a Constituição possui muitas normas programáticas, as quais devem ser tidas como meras promessas resgatáveis conforme as possibilidades de arrecadação do Estado. Cuida-se, no dizer de muitos, do realismo necessário na aplicação da Constituição. Contrariando tal posição, vale, mais uma vez, invocar a profética lição de **Cappelletti** que cuidando da difícil tarefa atribuída aos tribunais disse que a eles cabe "dar conteúdo a tais enigmáticos e vagos preceitos, conceitos e valores (tarefa, claro está, altamente criativa), ou considerar como não vinculante justamente o núcleo central das constituições modernas, vale dizer, a parte dos textos constitucionais relativa à salvaguarda dos direitos fundamentais do homem em face do poder público. A longo prazo, esta segunda alternativa mostra-se dificilmente defensável. Ela implica, efetivamente, que os juízes, cuja função essencial é propriamente a de proteger direitos, tenham que renunciar a desempenhar um papel na proteção dos direitos mais fundamentais"[35].

Essa forma "realista" de interpretar a Constituição leva à subordinação do direito à economia, o que aos olhos dos menos avisados parece ser menos grave que a politização do jurídico. Nada menos verdadeiro, visto ser a economia apenas a expressão de juízos políticos travestidos

[33] Juízes Legisladores ? Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris, 1993, p. 66.
[34] Interesses Difusos - conceito e legitimação para agir. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1988, p. 96.
[35] op. cit. p. 68.

de critérios técnicos.

A propósito, vale lembrar a oportuna afirmação de **José Alcebíades de Oliveira Júnior**:

"Se falássemos da existência de uma lógica da existência e outra da economia, em termos de Estado versus mercado (ou sociedade), o que se poderia dizer e verificar é uma brutal redução do direito à economia. Em nome de certas urgências de adequação do Estado à "realidade", prega-se a implosão do mesmo (...) Contudo, não pode haver privilegiamento de um aspecto em detrimento do outro; do direito face à política e vice-versa. Não obstante, salienta-se a necessidade de uma discussão política da ordem jurídica em vigor para que esta venha a produzir efeitos, já que atualmente não se pode pensar o direito somente em um plano estrutural e distanciado de suas funções. Hoje, existe uma acentuada preocupação com a efetividade do direito, que formalmente inclui a todos, mas que na prática exclui a muitos da cidadania.

Essa "nova" tendência jurídica confronta-se com a máxima do Positivismo Jurídico, cujo principal expoente é Hans Kelsen, e que relaciona-se à defesa de uma posição neutra da Ciência Jurídica (isenta de questões políticas), e que levaria ao entendimento de que "o direito pelo direito garante a cidadania". Ao lado da visão descritivista da Ciência Jurídica, é preciso assumir uma postura prescritivista própria da sociologia jurídica, em busca da efetividade do direito e portanto da concretização da cidadania. São tarefas distintas, mas que podem e devem ser pensadas concomitantemente"[36].

Assim, deve-se entender que os direitos humanos de terceira geração são direitos subjetivos, ou seja, no dizer de Ihering "interesse juridicamente protegido", sendo, portanto, tuteláveis [37].

Mesmo que não se queira entender os direitos sociais como efetiváveis pela via judicial, ainda assim não se pode negar que existem

[36] Cidadania e novos Direitos. In: O Novo em Direito e Política. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1997, p. 196.
[37] Sobre o tema, disse WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO: "Urge, então, que se abandone, entre nós, posições exageradamente formalistas, para que, especialmente em assuntos como esses, atinentes aos 'direitos fundamentais da pessoa humana' (J. Afonso da Silva), não se opere uma 'interpretação de bloqueio' (Tércio S. Ferraz Jr.). Há que se praticar uma 'teoria material da constituição' que parte em busca de conteúdo para as normas do ordenamento constitucional, colaborando na tarefa de fundamentar e complementar esse conteúdo" (Direitos Subjetivos, Direitos Humanos e Jurisprudência dos Interesses - Relacionamento com o pensamento tardio de Rudolf Von Ihering. In: Adeodato, J.M. Ihering e o Direito no Brasil. Recife, Editora Universitária, 1996, p. 254).

"técnicas de garantia". Uma delas, sustenta **Ferrajoli** [38], poderia ser a introdução no texto constitucional de vinculações aos gastos públicos determinando a aplicação de percentuais mínimos para as diversas áreas que compõem os direitos sociais (dentre outras, saúde, educação, subsistência). Essa técnica, aliás, um nosso sistema constitucional foi consagrada para a educação.

Parece-nos ser inegável que uma série de mitos que povoam o discurso dos juristas (ineficácia das normas constitucionais programáticas e insindicabilidade do mérito do ato administrativo, dentre outras), decorrem do mito fundador que prega a separação entre direito e política. Sua força, no mais das vezes oculta, impede a compreensão da relação direito-política como um campo de conhecimento (no sentido que lhe confere Bourdieu).

Dessa forma, a dinâmica jurisdicização da política e a politização do jurídico passa desapercebida pois o jurista está sempre atento a, prontamente, rejeitar como jurídico aquilo que se "contamina" com o político, negando, assim, a eficácia que o jurídico pode conferir às ações políticas para a efetivação os direitos sociais.

Nesse quadro, quer nos parecer que o instrumento constitucional primordial para a defesa judicial dos direitos sociais é a ação civil pública, sobremodo se considerarmos seu objeto primordial que é de se constituir em instrumento de participação popular na gestão da coisa pública[39].

[38] Sobre o tema, diz textualmente o consagrado jurista italiano: "Así, pues, no es en absoluto cierto que, como a menudo se repite, los derechos sociales, por comportar para el Estado una obligación de prestaciones positivas, no consentirían técnicas de garantia tan universales y formalizables como las previstas para los derechos de libertad" (El Estado constitucional de Derecho hoy: el modelo y su divergencia de la realidad. In: IBÁÑEZ, P. A. Corrupción y Estado de Dercho. El papel de la jurisdicción. Madrid, Editorial Trotta, 1996, p.26).

[39] Essa idéia é desenvolvida mais amplamente por Rodolfo Camargo Mancuso na obra já citada.

4. Conclusão

Se é verdade que, como disse Bobbio, vivemos mais o tempo de efetivar direitos proclamados em séculos de declarações de princípios acerca dos direitos humanos, percebe-se que em nosso ordenamento jurídico, especialmente o constitucional, existem inúmeros instrumentos que se forem utilizados com coragem poderão contribuir, em muito, para a efetivação dos direitos fundamentais.

Contudo, se tomarmos o exemplo da maior inovação do sistema de efetivação de direitos que foi a criação do mandado de injunção, poderemos perceber que as perspectivas, a depender do órgão de cúpula do Judiciário nacional, não são as melhores.

Procuramos, nesse trabalho, tentar destacar, também, que existem exigências das declarações dos direitos humanos ratificadas pelo Brasil, dentre as quais creio ser especialmente significativa aquela que determina deva a solução do processo dar-se em prazo razoável. Se é certo que nossa Constituição, ao contrário da espanhola, não consagrou expressamente a garantia a um processo sem dilações indevidas, é possível afirmar que esse princípio está implicitamente assegurado na cláusula do devido processo legal, bem como na obrigação de todo serviço público dever pautar-se pela economicidade (artigo 37 da Constituição Federal). Nem se diga que tal norma é inaplicável ao serviço judiciário, pois esse, enquanto serviço público, rege-se pelos princípios gerais aplicáveis a toda administração.

Bibliografia

ADEODATO, J. M. O Problema da Legitimidade - no rastro do pensamento de Hannah Arendt. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1989.

BARTOLOME, Placido Fernandez-Viagas. El derecho a un Proceso sin Dilaciones Indebidas. Madrid, Civitas, 1994.

BARACHO, J. A. O. A Plenitude da Cidadania (Teoria Geral da Cidadania) e As Garantias Constitucionais e Processuais. In: TRINDADE, A. A. C., org. A Incorporação das Normas Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos no Direito Brasileiro. San José, C. R. IIDH, ACNUR, CIVC, CUE, p. 435-461, 1996.

BIDART, A. G. La Humanizacion del Proceso. Revista de Processo, São Paulo, .3(9): 105-151, Jan./Mar., 1978;

BOBBIO, N. A Era dos Direitos. Rio de Janeiro, Campus, 1992.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra, Almedina, 1997.

CAPELLA, Juán Ramón. Fruta Prohibida - Una aproximación histórico-teorética al estudio del derecho y del estado. Madrid, Trotta, 1997.

CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Legisladores ? Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris, 1993.

CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. Direitos Humanos no Brasil e a sua Garantia Através dos Instrumentos Processuais Constitucionais. Revista de Informação Legislativa, Brasília, 33(130), abr./jun., 1996.

CAVALCANTI, T. B. Do Mandado de Segurança, 4a. ed. rev. aum.. Rio de Janeiro, Livraria Freitas Bastos;

CRETELLA JÚNIOR, José. Comentários à Lei do Mandado de Segurança. Rio de Janeiro, Forense, 1989;

FERREIRA, Luís Pinto. Teoria e Prática do Mandado de Segurança. São Paulo, Saraiva, 1984;

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. A autoridade Coatora e o Sujeito Passivo do Mandado de Segurança. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1991;

FERRAJOLI, L. Estado constitucional de Derecho hoy: el modelo y su divergencia de la realidad. In: IBÁÑEZ, P. A. Corrupción y Estado de Drecho. El papel de la jurisdicción. Madrid, Editorial Trotta, 1996.

GUERRA FILHO,W.S. Direitos Subjetivos, Direitos Humanos e Jurisprudência dos Interesses - Relacionamento com o pensamento tardio de Rudolf Von Ihering. In: ADEODATO, J.M. Ihering e o Direito no Brasil. Recife, Editora Universitária, 1996.

HERKENHOFF, João Baptista. Direitos Humanos - a construção de uma utopia. Aparecida-SP, Editora Santuário, 1997.

JUNOY, Joan Picó I. Las Garantías Constitucionales del Proceso. Barcelona, Jose Maria Bosch Editor, 1997.

LAFER, Celso. A Soberania e os Direitos Humanos. Lua Nova, SP, n. 35, 1995.

MACIEL FILHO, Érico. Noções básicas de Direito. Porto Alegre-RS, Livraria do Globo, 1973.

MANCUSO, Rodolfo Camargo. Interesses Difusos - conceito e legitimação para agir. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1988.

MARSHALL, T. H. Cidadania, classe social e status. RJ, Zahar, 1967.

MAZZILLI, Hugo Nigro. A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo, 8a. ed., rev., a. ıp. e atual. São Paulo, Saraiva, 1996.

MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção e Habeas Data, 14a. ed. atual. São Paulo, Malheiros, 1992;

MELLO, Thiago. Iniciação do Prisioneiro, in: Vento Geral, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1984

MUJICA, Miguel S. Protecion Procesal de Los Derechos Humanos. Revista de Processo, São Paulo, v. 30:242-250, s/d;

OLIVEIRA JÚNIOR, J. A. Cidadania e novos Direitos. In: O Novo em Direito e Política. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1997.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. História e Prática do Habeas Corpus, 3a. ed. Rio de Janeiro, José Konfino, 1955.

ROCHA, C. L. A. O Constitucionalismo contemporâneo e a instrumentalização para a eficácia dos direitos fundamentais. Revista do Centro de Estudos Judiciários, v. 1, n. 3, set/dez 1997, pp. 76-91.

SANCHEZ, J. M. R. Proceso, Democracia y Humanización. Revista de Informação Legislativa. Brasília, 30(118): 305-324, abr./jun., 1993;

SILVA, José Afonso da. Ação Popular constitucional - Doutrina e Processo. Revista dos Tribunais, 1968.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A Proteção Internacional dos Direitos Humanos - Fundamentos Jurídicos e Instrumentos Básicos. São Paulo, Saraiva, 1991.

WARAT, L. A. Introdução Geral ao Direito - O Direito não Estudado pela Teoria Jurídica Moderna. Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997

Os Direitos Humanos das Mulheres

Denise Dourado Dora
Advogada e professora de Direito

Este ano, em que se comemora os 50 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos, vem sendo implementada uma campanha mundial pelos direitos humanos das mulheres, através das redes e organizações feministas. Por que ainda é necessário realizar campanhas de defesa dos direitos humanos das mulheres? Trata-se de implementar os direitos já conquistados, de ampliá-los, de convencer alguém de que somos humanas?

Aparentemente, a afirmação de que os direitos das mulheres são direitos humanos parece óbvia, mas não é. Há três períodos históricos da relação entre os direitos das mulheres na perspectiva do direito internacional de direitos humanos, que merece uma análise para compreendermos melhor o momento em que estamos agora.

A primeira fase inicia em 1919, ano de fundação da OIT - Organização Internacional do Trabalho -, quando muitos dos tratados celebrados referiam-se às mulheres, à maternidade, à proibição de trabalho insalubre e perigoso, e que cumpriram um papel muito importante na luta contra a exploração absurda a que estavam submetidas as trabalhadoras. Estes tratados inspiraram várias legislações nacionais, inclusive a CLT brasileira, e tinham um caráter protetivo.

O segundo momento tem como marco precisamente a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, com a afirmação da igualdade, independentemente do sexo, e o princípio da não discriminação, que avança da idéia de proteção para a participação igualitária. Assim, as mulheres vão, progressivamente ocupando posições nos organismos da ONU, e introduzindo o tema nos diversos instrumentos de direitos humanos.

A terceira fase é inaugurada em 1979, quando da aprovação da CEDAW - Convenção para Eliminação de Todas as Formas de Discri-

minação Contra a Mulher. A Convenção não se resume a proteger e a apoiar as mulheres, nem proibir a discriminação, vai mais além. Diz que os Estados têm o dever de adotar medidas para se opor à discriminação e eliminá-la. Este conceito de proteção aos direitos humanos insere-se em todos os instrumentos internacionais posteriores.

O movimento de mulheres começou a operar uma radical mudança no direito internacional dos direitos humanos, eis que a doutrina tradicional impunha uma separação entre o espaço público e o privado, e limitava a ação dos direitos humanos na função do Estado, que deve passar a ter uma ação ativa de defesa dos direitos e de proteção das vítimas. Muitas vezes atuando na vida familiar e nas relações de trabalho, como nos casos de violência doméstica e assédio sexual.

Além desta questão, o movimento de mulheres também colaborou para um maior equilíbrio da hierarquia dos direitos humanos, tradicionalmente separados em gerações na qual os direitos civis e políticos vinham antes dos econômicos e sociais. As mulheres criticaram esta concepção, propondo a idéia de que todo ser humano tem seu contexto de classe, de etnia, de gênero, o que vai definindo a sua vulnerabilidade às violações de direitos e, também, as suas necessidades e lutas. Portanto, em alguns lugares do mundo, a fome e a miséria podem ser a maior causa de desrespeito aos direitos humanos, em outros podem ser as ditaduras, e é muito complexo definir o que é mais importante: a vida ou a liberdade! Tanto é assim que muitas pessoas morrem em defesa da liberdade e outras tantas são presas na defesa da vida.

É por introduzir estes temas que o movimento de mulheres vem redimensionando a própria doutrina dos direitos humanos, as práticas das organizações nacionais e internacionais e o sistema da Nações Unidas. Até muito pouco tempo era comum os relatórios sobre violações de direitos humanos não visibilizar também a situação das mulheres. Os analistas relatavam o que se passava na guerras e não faziam menção ao fato de que milhares de mulheres tinham sido estupradas, que haviam sido contaminadas com o vírus HIV, que foram transformadas em escravas sexuais. Parece que isto não fazia parte da guerra, que era quase natural, que os Estados e a ONU não tinham nada a ver com isto.

Foi a Conferência de Direitos Humanos, em Viena em 1993, que afirmou pela primeira vez, em um texto internacional de direitos humanos que os direitos das mulheres são direitos humanos. É por isto que as campanhas pelos direitos humanos das mulheres fazem todo o sentido;

porque além de implementar os direitos já conquistados na lei precisamos ainda, e sempre, construir uma nova agenda para os direitos humanos, como parte deste caminho que começou com nossas ancestrais, no passado, e caminha em direção ao futuro.

* Este texto foi elaborado para o curso de Direitos Humanos, Ética e Direitos Reprodutivos, e originalmente publicado no Fêmea- jornal do Centro Feminista de Estudos e Assessoria, em maio/98.

No Fio da Navalha

Denise Dourado Dora
Advogada e professora de Direito

O conceito de direitos reprodutivos é, ao mesmo tempo, novo e antigo. Representa uma novidade porque insere o pensamento feminista na longa trajetória da discussão sobre regulação da fecundidade e natalidade, que tem sido objeto de debates e deliberações normativas durante todo este século. O tema populacional vem sendo tratado como questão de Estado, de ordem pública, e muitas decisões foram tomadas, envolvendo a capacidade reprodutiva das mulheres. Podemos citar como exemplo as leis de liberação do aborto, editadas na Rússia, logo após a revolução bolchevique. Anos depois, os dirigentes soviéticos mudaram estas leis, e desenvolveram campanhas de elogio à maternidade, para aumentar o número de nascimentos. Hitler, durante a II Guerra Mundial, também estabeleceu esta política de elogio à maternidade, inclusive premiando as mulheres alemãs que tivessem mais filhos.

Portanto, explícita ou implicitamente, os países e as agências internacionais vão adotando medidas que causam impactos demográficos, pautados pela pergunta: podem as populações crescer e/ou diminuir sem limites impostos pelo Estado? É uma questão estratégica? Quem define, o indivíduo, a família ou a sociedade? Este não é só um debate teórico permanente, mas um ponto a partir do qual definem-se políticas de saúde, leis reguladoras, campanhas de controle de natalidade, e muitas outras medidas. É precisamente o ponto em que o feminismo vem construindo suas ações: quem decide?

O conceito de direitos reprodutivos critica o fato de que, embora as políticas demográficas tenham tradicionalmente sido destinadas às mulheres, que apareciam para a sociedade como os corpos que precisam ser regulados, ou controlados, as decisões tomadas não consultavam seus interesses ou opiniões. A partir desta crítica gesta-se o princípio de que, na vida reprodutiva, existem direitos a serem respeitados, mantidos ou ampliados. Estes são os direitos reprodutivos! Foram necessárias várias

décadas de reivindicações e lutas durante o século XX para a construção deste conceito, a partir de pautas como proteção à maternidade no trabalho (regulada pela Convenção nº 3 da Organização Internacional do Trabalho, em 1919, que ajudou a alterar a situação dramática de exploração a que mulheres grávidas eram submetidas). Também o movimento sufragista, além do direito ao voto, incluía o tema do acesso à educação para as mulheres e da autonomia para regulação da fecundidade, bandeira das mulheres até hoje.

A partir do final dos anos 60, o movimento feminista, junto com os novos movimentos sociais, pela paz, em defesa do meio ambiente, retoma os temas da autonomia e da liberdade frente às políticas estatais e começa a afirmar a concepção de que o poder de decisão sobre seu corpo é das próprias mulheres. Vem daí a expressão "meu corpo é meu", utilizada em muitas campanhas feministas e paradigma muito importante deste debate. A agenda do feminismo passou a incorporar de forma muito expressiva toda a discussão sobre saúde da mulher (contracepção, aborto, planejamento familiar, parto, esterilização,..) e as políticas decorrentes. No Brasil, a partir do começo dos anos 80, vários grupos de mulheres se formaram tendo como questão principal as ações na área da saúde da mulher, e assim em outras partes do mundo, dando início a uma nova fase de intensa produção teórica e prática.

Vai se constituindo assim, o que hoje denominamos direitos reprodutivos, inicialmente como a possibilidade de interferir, opinar e definir sobre todas as políticas que envolvam a vida reprodutiva, a partir do princípio de respeito aos direitos humanos. Jonathan Mann, em seu artigo Saúde Pública e Direitos Humanos, publicado na Revista da Saúde Coletiva, vol. 6, número 1 e 2, de 1996, afirma que *"a promoção e proteção da saúde estão intrinsecamente ligadas à promoção e proteção dos direitos humanos"*, e que, ao não compreender isto, os formuladores e gestores de políticas na área da saúde cometem o grave erro de elaborar estratégias ineficientes e discriminatórias, em muitas situações. A análise sobre leis e políticas que tratavam da saúde reprodutiva das mulheres demonstraram que Jonathan Mann estava certo. Na sua maioria, reproduzem valores da elites econômicas e políticas, tradições religiosas e culturais, doutrinas jurídicas conservadoras, discriminações étnicas, sexuais e de classe.

O corpo feminino e sua capacidade reprodutiva, vêm sendo objeto de legislação normativa do Estado há muito tempo. O que não ocorria

é o contraponto com outro conceito de direitos, que exija discussão, negociação, aprovação pelas mulheres e pela sociedade. E que fundamenta-se nos princípios dos direitos humanos.

O direito internacional dos direitos humanos e os direitos reprodutivos

Em 1968, a I Conferência Mundial de Direitos Humanos, promovida pela ONU em Teerã, proclamou que: " 16 ...os pais têm o direito humano fundamental de determinar livremente o número de seus filhos e os intervalos entre seus nascimentos." Antes, em 1948, a Declaração Universal de Direitos Humanos já tinha estabelecido o princípio da igualdade e da autonomia, mas é a proclamação de Teerã que define como direito humano a liberdade de decidir sobre a vida reprodutiva. Desta forma, os direitos reprodutivos, ao tratarem da liberdade e da autonomia, se inseriram no campo dos direitos civis e políticos, da primeira geração de direitos humanos, e assim foram politicamente tratados pelo movimento de mulheres nos anos 70 e 80. Especialmente nos EUA e Europa, o debate sobre legalização do aborto, tecnologias reprodutivas, concepção e contracepção, acesso a informações, etc, refere-se à autonomia e liberdade para decidir. E temos que considerar que, talvez o valor fundamental dos direitos reprodutivos, seja realmente a liberdade.

A Conferência Mundial sobre a Mulher, em Nairóbi, em 1985, foi um marco significativo de uma abordagem, que se referencia nas experiências que as mulheres, especialmente as africanas, latino-americanas, asiáticas, indianas, vinham, e vêm, tendo. A autonomia e a liberdade são direitos universais, mas têm traduções diferentes, conforme os contextos em que as pessoas estão inseridas. Este aspecto deve ser contemplado sob o risco de construirmos novas retóricas que contribuam pouco com as mudanças sociais que queremos realizar. O exercício da liberdade na vida reprodutiva, em países como o Brasil, está condicionado, senão submetido, à possibilidade de acesso à saúde, e para a grande maioria da população feminina este acesso é precário, quando não inexistente. A autonomia de decisão está vinculada à educação básica, recursos econômicas para auto suficiência e uma vida livre de violência física e moral.

Assim, o poder de decisão das mulheres sobre sua vida reprodutiva

está limitado pelo seu lugar na sociedade, no país e no continente em que vive. Ao depender de fatores como acesso à saúde e educação, os direitos reprodutivos passam a ser tratados como direitos econômicos, sociais e culturais, e a exigir uma negociação com contextos locais. Esta tensão entre direitos civis e políticos, de primeira geração, com os direitos econômicos, sociais e culturais, de segunda geração, vem permeando o debate sobre os direitos reprodutivos, a construção de seu conceito e a forma como deve ser aplicado. E talvez esta tensão coloque, de forma emblemática, a quebra da hierarquia entre os direitos de primeira, segunda e terceira gerações, e da idéia de gerações de direitos. Porque é impossível realizar a liberdade de decisão sem as condições sociais básicas para seu exercício, e vice-versa. É impossível projetar as condições básicas de acesso à saúde sem a liberdade de escolha dos caminhos a seguir na vida reprodutiva.

Os direitos reprodutivos podem ser para os direitos humanos um novo paradigma, que rompa com a hierarquia, na qual uns direitos são mais importantes do que outros e alguns vêm na frente de outros, retomando o que é um princípio para os direitos humanos: a idéia de sua integralidade. Este é um elemento importante na relação entre direitos reprodutivos e direitos humanos - a quebra da hierarquia - estabelecendo uma nova convivência entre distintas faces de uma mesma questão. Afinal, é possível definir o que é mais importante, se é a liberdade ou a necessidade? O que vem primeiro, o que desejamos ou o que precisamos?

Além da integralidade, os direitos reprodutivos desafiam os direitos humanos também no seu princípio de universalidade. É indiscutível que todas as pessoas, em todos os lugares do mundo, são da raça humana, e, nesta condição, todos portadores do mesmo direito à proteção e respeito. Poder-se-ia dizer, também, que não há nada mais universal do que a reprodução humana. Mas se é verdade que a reprodução humana é um dos aspectos mais naturais e universais da vida, também ela não o é de uma forma muito profunda. Não existe a possibilidade de que se defina um padrão acerca de como os seres humanos devem reproduzir-se, quantos filhos devem ter, de que forma devem comportar-se na sua vida reprodutiva, o que radicaliza a concepção de que os seres humanos merecem respeito, seja nas circunstâncias em que forem. Radicaliza a concepção de universalidade, e exige sua tradução concreta para todos os contextos, seja a tradição dos países islâmicos, ou as modernas

tecnologias reprodutivas.

Para o movimento feminista, este tem sido um longo, e rico, caminho de aprendizagens, onde a construção de uma agenda comum deve considerar as diversidades entre as mulheres. Este foi talvez o grande desafio nas Conferências sobre População e Desenvolvimento, no Cairo, em 1994, e na IV Conferência sobre a Mulher, em Pequim, em 1995, onde mulheres do mundo todo tentavam construir uma plataforma de ação que contribuisse para melhorar a condição feminina no planeta, pautadas por suas próprias experiências regionais. As latino americanas, trazendo o tema da pobreza e de seus impactos sobre a defesa e efetivação dos direitos fundamentais; as africanas, mostrando os efeitos das guerras e das epidemias; as asiáticas, com as denúncias de agressões ao meio-ambiente, e assim foi se construindo esta pauta mundial, recortada e costurada coletivamente, na tentativa de uma abstração com valor universal.

Este debate sobre a universalidade no campo da reprodução, na forma como acontece diferentemente, a partir de regionalidades, etnias, idades e classes sociais, não está resolvido. Existem alguns princípios que se deve resguardar em relação às diferenças de contexto, que remetem novamente ao ponto da autonomia e da liberdade. Uma das perguntas postas talvez seja o que é autonomia e liberdade, quais as características que compõem esta noção? o que significa? que sentido tem para todas as mulheres do mundo? A todo o momento retoma-se este ponto, como por exemplo, na discussão sobre a legalização do aborto no Brasil, "as mulheres são sujeitos moralmente autônomas para decidir", ou não?, "é o Estado que deve decidir?" Sobre as tecnologias reprodutivas, a mesma questão, os profissionais que trabalham nas pesquisas, e os indivíduos que querem usufruir, são moralmente responsáveis para tomar todas as decisões, ou o Estado deve interferir legislando, estabelecendo limites?

Caminhamos no fio da navalha, o que exige, e merece, nossa reflexão permanente. A vida reprodutiva é recheada de intimidade, de escolhas, de paixões; também é feita de violências, de submissão, de perdas. Anda entre o público e o privado, cultiva a tradição, rende-se à modernidade, quer atenção do Estado, prega a liberdade. Os direitos reprodutivos querem ser respeitados e protegidos, não regulados e controlados.

Bibliografia

AZEREDO, Sandra, STOLCKE, Verena (orgs.). Direitos Reprodutivos. São Paulo, Fundação Carlos Chagas/DPE, 1991.

CORRÊA, Sonia, PETCHESKI, Rosalind. "Direitos sexuais e reprodutivos: uma perspectiva feminista". Physis Revista de Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, UERJ/IMS, v. 6, n. 1/2, p. 147-178, 1996.

DA GUERRA À PAZ: os direitos humanos das mulheres. Porto Alegre Porto Alegre, THEMIS - Assessoria Jurídica e Estudos de Gênero, 1997.

DIREITOS SEXUAIS E REPRODUTIVOS: instrumentos internacionais de proteção. Porto Alegre, THEMIS - Assessoria Jurídica e Estudos de Gênero, 1997.

DORA, Denise Dourado (org.). Feminino masculino: igualdade e diferença na justiça. Porto Alegre, Sulina, 1997.

MANN, Jonathan. "Saúde pública e direitos humanos". Physis Revista de Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, UERJ/IMS, v. 6, n. 1/2, p. 135-146, 1996.

A modernidade diante de suas próprias ficções: o caso da adoção internacional[1]

Claudia Fonseca

Professora titular em Antropologia na UFRGS.

Do ponto de vista legal, a adoção tal como a conhecemos hoje (isto é, a adoção *plena)* é um fenômeno muito recente. Só passou a existir a partir do meio desse século: 1967 na França, 1979 no Brasil. Havia desde a antiguidade outras formas de adoção que diziam respeito principalmente à transmissão de patrimônio ou de poder político, mas é só nos últimos trinta anos que vemos surgir a idéia de uma família adotiva que "imita a natureza" a tal ponto que aniquila os laços e a identidade da família biológica. A idéia de filiação *substitutiva*[2] pela qual apaga-se a identidade dos genitores só surgiu depois da Segunda Guerra Mundial.

Desde o fim dos anos 80, a adoção - pela sua dimensão crescentemente internacional - tem assumido uma nova feição. Hoje, a maioria de crianças adotadas nos países do chamado "Primeiro Mundo" vem do estrangeiro. As torneiras de produção local foram fechadas. Na Europa ou nos Estados Unidos, pais adotivos em potencial são obrigados a procurar seus filhos longe de casa. Num primeiro momento, o maior fornecedor era o Oriente - (em particular, a Coreia); depois, passou a ser África e a América Latina. Com a queda do muro de Berlim, começou-se uma nova tendência Leste-Oeste, trazendo as crianças da Romênia para lares adotivos no Ocidente[3]. Com a abertura da fronteira chinesa, a América do Norte foi inundada não somente com produtos mas também com crianças chinesas. Estima-se que atualmente efetivam-se, por ano, uma média de 18.000 a 22.000 adoções internacionais (Nabinger 1994). O volume não é gigantesco. No entanto, este movi-

[1] Este trabalho foi publicado numa versão levemente diferente na Revista Horizontes Antropológicos n.5 (PPGAS_UFRGS).

[2] Ver Verdier et Delaisi (1994).

[3] Segundo uma fonte, apenas nos primeiros três meses de 1991, 2.000 crianças romenas saíram do país para adoção (Nabinger 1994: 15).

mento migratório já deixa sua marca no imaginário dos cidadãos do mundo contemporâneo. Além dos inevitáveis artigos jornalísticos sobre o tráfico de nenês, surge, a cada dia, mais uma associação especializada nesse assunto (ver Abreu 1994). Houve no mínimo quatro reuniões internacionais nos últimos doze anos para tentar definir uma legislação praticável[4]. A grande atenção dedicada a este assunto apesar de seu tamanho relativamente modesto sugere que a adoção internacional serve como filão, uma entrada para um processo maior que mexe profundamente com as ficções chave da modernidade - a "família" e a "nação-estado".

Na primeira parte esse ensaio, ao falar do "imaginário" do "mundo moderno", estarei me referindo principalmente à França, embora muitas observações podiam se aplicar tranquilamente às camadas médias e altas brasileiras. Na segunda parte, estarei olhando para o "imaginário" de outra parcela do mundo moderno - o dos grupos populares no Brasil de onde sai uma boa parte das crianças indo para adoção. O desafio particular que levantamos é de juntar os dois pedaços - isto é, de ir além das considerações usuais formuladas principalmente do ponto de vista dos pais adotivos, para incluir na nossa análise a perspectiva dos habitualmente "excluidos" das pesquisas - isto é, dos genitores. É no confronto dessas duas vozes que veremos os paradoxos do sistema "moderno" de adoção.

1. Os percalços da família moderna

Cabe lembrar que a adoção se insere dentro de um campo de valores familiares em rápida mutação. Hoje, na França, mais de um quarto das crianças que nascem são ilegítimas; cada vez menos pessoas se casam, quase um terço dos casamentos são fadados a terminar em divórcio, e os divorciados, quando acham novos companheiros, tendem a optar pela união consensual em vez do casamento oficial (Segalen e Zonabend 1986). Certos pesquisadores olham tudo isso como o " fim da família". Outros sugerem uma interpretação quase oposta, sugerindo que, com essas mudanças, o eixo da "família moderna" simplesmente desloca-se do casal para *outras* estruturas de parentesco. Destacam-se redes

[4] Consideramos: La Hague 1965, La Paz 1984, New York (1986 e 1989), La Haye 1993.

da família extensa, arranjos domésticos incluindo três gerações, etc. - dinâmicas que, em décadas anteriores, sumiam, apagadas na sombra da obsessão acadêmica pelo "casal" (Gullestad e Segalen 1995). Nesse quadro, ressalta-se ainda outra dimensão da família contemporânea que, apesar de não ser "nova", só agora está recebendo maior reconhecimento: o grande número de padrastos e madrastas vivendo sob o mesmo teto com seus enteados (Le Gall e Martin 1985). No processo, vem a tona uma forma de filiação *que não envolve laços biológicos*, obrigando não somente pesquisadores mas também leigos a trabalhar com novas definições da "família" que dão conta dessa realidade.[5]

Não obstante comportamentos que diariamente reafirmam o caráter social da identidade familiar, o senso comum não se despreende facilmente da biologia como eixo fundamental da família. Esse apego a noções biologizantes é reforçado pela popularidade atual da farmacologia psiquiátrica, fundamentada numa visão fisiológica do comportamento humano. As depressões e distúrbios de personalidade que vinte anos atrás eram diagnosticados como resultado em grande medida de experiências na infância, isto é, de uma construção socio-cultural, tendem a ser vistos hoje como problemas essencialmente orgânico-biológicos: é questão da carga hereditária dos genes. A clientela que antigamente ia para o psicanalista, hoje, procura receitas médicas para equilibrar seus hormônios. Atualmente, que seja questão de tara ou talento, as crenças *folk* sobre a personalidade remeterm-se ao sangue antes do que ao condicionamento familiar.

A ciência tem reforçado a importância do fator consangüíneo na definição famliar também por outras vias. Pensamos por exemplo na busca de paternidade através de análises de DNA. A publicidade dada recentemente a casos em que figuras públicas - jogadores de futebol e homens políticos - são processados por suas ex-amantes e supostos filhos para assumirem responsabililidades paternas, tem conferido credibilidade a essa maneira de descobrir os "verdadeiros" pais de uma criança. O código genético revela nossos segredos mais intimos. O

[5] Segalen, na sua tentativa de adaptar uma definição de família aos novos padrões de comportamento, coloca o biológico como apenas um de vários eixos possíveis : define como parentes aquele "conjunto de pessoas ligadas pelo sangue, pela aliança ou pela pseudo-aliança que se reconhecem não em função de ancestrais , nem de mitos ou de territórios em comum, mas sim em função de direitos e deveres mútuos que surgem essencialmente da presença de crianças nascidas ou socializadas entre elas." (Gullestad e Segalen 1995: 15-16)(tradução do francês por CF).

mistério da vida está sendo decifrado e são os geneticistas que seguram a chave na mão.

Entretanto, os "paradoxos" da nossa época fazem com que a ciência moderna exerça uma influência também no sentido oposto - explodindo noções preconcebidas sobre o que vem a ser a família "natural". O exemplo, por excelência, dessa outra tendência se encontra nas complicações que acompanham a chamada "maternidade assistida". O doador num banco de esperma é "pai" da criança ou não é? No caso das "barrigas de aluguel", quem é a mãe? quem carregou o nenê na sua barriga ? ou quem é responsável por sua carga genética? [6] Transpostas nossas dúvidas para o campo jurídico, colocam-se perguntas tais como: o doador de esperma tem direito ao anonimato? a criança que nasce de um processo de inseminação artificial tem direito a conhecer sua paternidade? A legislação, atada à noção conservadora de família, tem dificuldade em jogar com as novas situações. Caducaram os critérios antigos sobre o comportamento aceitavel e justo. Se, por um lado, a ciência nos traz cada vez mais certezas sobre "os fatos" biológicos, por outro, ela semeia dúvidas sobre o que, afinal, é "natural" (ver Strathern 1992).

Vemos enfim que, apesar de ter um pé na biologia, hoje em dia, a noção de família se estende a uma variedade cada vez maior de relações socialmente criadas. A adoção consta como apenas uma de várias formas de filiação não-biológica. Nesse sentido, pais adotivos têm algo em comum com padrastos, madrastas e os protagonistas da maternidade assistida. No entanto, por causa da diferença frequente de fenótipo entre pais e filhos, a adoção *internacional* torna explícita a negação do fundo biológico da relação filial. Pais brancos constituem famílias com seus filhos africanos, índios, ou coreanos, proclamando o caráter eminentemente social dos laços que os unem.

2. A identidade nacional e a "solidariedade norte-sul"

A adoção internacional rói às bases de outra certeza da modernidade - a das fronteiras da Nação-Estado. Se, em décadas anteriores, vivemos momentos eufóricos de convergências nacionais, hoje,

[6] Se a identidade paterna tem sido tradicionalmente um problema, agora resolvido em parte pela tecnologia moderna, a ambiguidade sobre a identidade materna é uma novidade radical.

nesse final do milênio, sabemos que as restrições impostas à imigração voltaram com força. A derrubada das fronteiras entre os países do Mercado Comum, por exemplo, parece ter reforçado as barreiras contra imigrantes de outros lugares - longínquos e mais pobres. Vimos, nesses últimos dias, a polícia francesa atacar uma igreja com gaz lacrimogênio para expulsar imigrantes africanos residindo ilegalmente no país[7]. Outros exemplos de xenofobia bem como do novo "fundamentalismo cultural" são bem conhecidos (Stolke 1995).

Na França, a nacionalidade é regida pelo princípio de *jus sangue*. Quem nasce no território não tem direito a ser nacional do país. Esse privilégio é reservado a quem tem pais franceses - pais biológicos ou adotivos. Ironicamente, a adoção internacional introduz no país uma quinta coluna - inteiramente legal - de imigrantes na medida de 3 a 4.000 por ano. Não é, numericamente, muita coisa. Mas lembremos que cerca de um quarto dessas crianças já tem seis anos ou mais quando chega no país adotivo. Seu exotismo nem sempre se limita à cor da pele. Trazem a língua, os costumes e as lembranças de outra cultura. Viver ao lado dessas crianças aparentemente estrangeiras e, no entanto, plenamente francesas - há de deixar marcas sobre a própria noção de fronteiras nacionais.

Muitos pais adotivos expressam abertamente o desejo de fazer algo para aliviar a miséria no mundo, de ajudar os países pobres. Há, neste processo, uma idéia de "solidariedade" norte-sul (Gokalp e Bertrand 1986). Uma recente pesquisa sobre 90 crianças gaúchas colocadas em famílias da Europa ocidental mostrou que os pais adotivos não desejam que seu filho perca a noção de suas origens nacionais (Ver Nabinger 1994). A quase totalidade dos pais pesquisados tem a intenção de providenciar ao seu filho uma viagem para visitar o país em que nasceu. Em certos casos, há um esforço de incorporar nos ritos familiares algo do *folklore* de Brasil - carnaval, por exemplo. E, eventualmente, procura-se contatos com outras crianças adotivas da mesma proveniência. Mas o interesse pelas origens não se estende a uma investigação da identidade ou vida da família original. Resgata-se a história da criança através de uma espécie de nascimento virgem - só que, no caso, vai-se um passo além, pois esse nascimento, rememorado porque tem "lugar", prescinde inteiramente da mãe. A situação assemelha-se à descrita por F-R Ouellette

[7] Esse confronto foi noticiado em todos os jornais nacionais durante o mês de agosto, 1996.

para crianças estrangeiras adotadas no Canada: "A adoção não apaga a identidade biológica da criança (...) mas essa identidade é traduzida em termos de etnicidade e cultura, jamais em termos de parentesco" (Ouellette 1996: 74)[8].

É inegavel que a tão propalada "globalização" tem agilizado o processo de adoção internacional. Mas esclarecemos bem: aqui, não estamos falando da globalização estereotipada. Contrariamente a mitologias populares, a modernidade **não** tem provocado uma grande convergência dos modos de vida e visões do mundo das populações espalhadas pelo globo. Apesar de podermos encontrar BigMacs em Ouagadougou e Coca-cola em Peking , apesar de passar a mesma programação CNN nas televisões de Taipei a Timbuctu, e não obstante uma classe média cosmopolita que parece sentir-se em casa onde quer que esteja, sabemos que as culturas locais, as identidades nacionais e regionais, representam bem mais do que bolsões de arcaïsmo num mar de mesmice (ver Oliven 1992).

Nos morros das cidades brasileiras, por exemplo, há modos de vida que, embora permeados por forças da "modernidade", mantêm feições próprias. Se, por um lado, vemos casos em que o consumo parece ter progredido além das "mentalidades" (o caso clássico do campones analfabeto que brinca com seu videogame...), por outro lado, temos casos sem dúvida igualmente comuns em que um sujeito intelectualmente sofisticado nunca conheceu o mínimo conforto moderno[9]. Em outras palavras, o modo de vida não pode ser previsto pela lógica habitual da modernidade - os valores e as dinâmicas sociais tampouco. A globalização não tem produzido uma população mundial homogeneizada, de forma alguma, mas tem permitido, isto sim, a justaposição no tempo e no espaço de populações radicalmente diferentes. A adoção internacional é um exemplo, por excelência, desse processo. Traz o exótico - em carne e

[8] "L'identité biologique de l'adopté se voit alors reconnaître une actualité que l'adoption ne gomme pas, mais elle se trouve transporsée en termes d'ethnicité et de culture et plus du tout en termes de parenté" (1996: 74).

[9] Penso, por exemplo, num trabalhador da DMAE, funcionário municipal - eleitor, primeiro grau completo, radicado desde a infância na metrópole, poeta e aficionado de Stan Getz - que nunca usou um telefone, nunca subiu num elevador, nunca viu um forno a micro-ondas, nem uma instalação para água quente.

osso - para os bairros subúrbios do "primeiro mundo"; sob encomenda, a favela carioca materializa-se na casa do vizinho[10].

Por que essa procura de crianças que vêm de alhures? Por que mais do que a metade das crianças adotadas na Europa e nos Estados Unidos vem de países como o Brasil, India, Coréia, China? O que aconteceu com a oferta local? Lembrando o bem-documentado caso francês — podemos deduzir que a fonte secou. Em 1911, existiam no país 148.000 *pupilles de l'Etat* - crianças sob a tutela do Estado que, eventualmente, podiam ser adotadas. Em 1988 eram 7.500 e o número não cessa de baixar[11]. A redução é regular e contínua. Apesar da população do país ter dobrado, o número de tutelados caiu cerca de 5% do seu nível do início do século. Em compensação, crianças, candidatas potenciais à adoção, parecem jorrar da fonte brasileira. Como explicar essa diferença?

Uma primeira explicação possível remeteria-se a velhas crenças maltusianas sobre a grande prolificidade dos pobres e sua recusa em aceitar tecnologias modernas de contracepção. Conforme essa lógica, alega-se que, na França, graças ao uso generalizado de contraceptivos, reduziu-se o número de gravidezes involuntárias, provocando uma diminuição correlata do número de crianças "expostas". Os brasileiros, menos modernos, não teriam acatado as novidades da tecnologia reprodutiva, e assim estariam produzindo mais do que nunca nenês indesejadas, crianças "abandonadas". Esse argumento não resiste, porém, às evidências. Estatísticas mostram que, quanto ao uso de contraceptivos, a diferença entre mulheres do primeiro e do "terceiro mundo" torna-se cada dia menor. Atualmente, enquanto 62% daquelas usam algum método, 50% dessas se previnem contra a gravidez indesejada - muitas vezes com métodos definitivos tais como a esterilização (ver Berquó 1993). No Brasil, houve uma extraordinária baixa de fecundidade nos últimos anos. Em 1996, a média de filhos por mulher é da ordem de 2, 7 - aproximando-se da média, por exemplo, da Suécia (2,2 filhos por mulher). Até no nordeste (parte mais pobre e prolifica do Brasil) a média de filhos por mulher caiu de 7.5 em 1971 para 3,7 em 1991 - isso é, mais de 50% em vinte anos (ver Souza 1996). De forma significativa,

[10] Veja Tabela III.

[11] Ministère des Affaires sociales - SESI.

apesar da baixa dramática de fecundidade, o número de crianças "abandonadas" e colocadas em adoção aumenta a cada ano.

É evidente, então, que a explicação sobre por que as crianças adotáveis vêm do "terceiro mundo" não é de ordem demográfica, mas sim política. Na França, uma política social tem garantido todo tipo de amparo a famílias pobres. Há, desde o último século, um salário família conseqüente que aumenta conforme o número de crianças residindo em casa. Há o RMI - *revenu minimum d'insertion* -, ajudas para alojamento, auxílios educativos, serviços gratuítos de saúde - com abonos especiais para pais ou mães solteiras. Enfim - uma série de medidas sócio-democráticas cercam essas "famílias assistidas", tornando a família inteira uma "tutelada do Estado". Os méritos deste sistema são discutíveis (ver Donzelot 1977) - mas aqui não há espaço para entrar em tal digressão. Suscito a existência deste "aparelho" de serviços sociais que amparam ao mesmo tempo que disciplinam as famílias pobres simplesmente para entender por que num contexto as crianças ficam *apesar* da pobreza, e em outro contexto saem para famílias substitutas.

3. A circulação de crianças - um sistema tradicional de colocação

Fui trazida ao tema de adoção pela pesquisa que faço, em grupos populares brasileiros, sobre a circulação de crianças - uma prática familiar, velha de muitas gerações, em que crianças transitam entre as casas de avós, madrinhas, vizinhas, e "pais verdadeiros". Dessa forma, as crianças podem ter diversas "mães" sem nunca passar por um tribunal. No decorrer da minha pesquisa com cerca de 120 famílias em dois bairros diferentes, estabeleci relatos sobre quase cem crianças que tinham "circulado"; nunca soube uma só criança *legalmente* adotada pela família com que vivia.

É preciso assinalar que mesmo nas classes médias brasileiras, a família "moderna", isto é, nuclear e fechada, alheia à influência do clã, não é tão comum quanto, por exemplo, nos Estados Unidos. A mobilidade geográfica, pelo menos no sul do país, ainda é mínima. As mulheres, mesmo depois de casadas, continuam a passar uma boa parte de seu tempo na casa dos pais, e estes, com freqüência, acabam ocupando-se dos netos quase em regime de tempo integral. Até mais ou menos vinte anos atrás, esta fluidez dos limites da família foi responsável por um

número impressionante de adoções informais, onde uma mulher de classe média colocava um de seus filhos na casa de uma irmã solteira ou estéril. (Apenas no meu departamento na universidade, tenho três colegas que foram criadas em tais condições). A freqüência desta prática indica não somente a importância da família extensa no sistema de parentesco brasileiro (ver Abreu 1982) mas, também, a influência particular da ideologia materna: evidentemente, essas mulheres, ao mesmo tempo que eram instruídas e relativamente abastadas, não temiam os danos psicológicos que podiam resultar do fato do afastamento de uma criança de sua mãe biológica. Apesar da falta de pesquisas sobre este campo, arrisco a hipótese de que, durante a última geração, as crianças da classe média pararam de circular. Suas mães aprenderam a se angustiar conforme os ditames de Freud e Dr. Spock. Com sua memória convenientemente curta, este grupo passou a condenar a circulação de crianças como uma prática de pais "desnaturados", usando-a para marcar a distinção entre as famílias respeitáveis e as moralmente repreensíveis.

Nas camadas populares, a tendência à circulação de crianças, avivada pela penúria econômica, é mais pronunciada ainda[12]. Existe um vai-vem, uma rede de ajuda mútua e de sociabilidade entre as casas, que rende porosos os limites da família. Quando os casais começam a ter filhos, eles são habitualmente jovens, com empregos precários, sem possibilidades de viver independentemente de parentes ou de amigos mais bem instalados. O primeiro alojamento deles é quase sempre uma peça no fundo da casa dos pais de um ou de outro. E é frequentemente uma avó ou uma tia morando no mesmo quintal com eles que acaba criando seus filhos... Quando os dois esposos trabalham, podem recorrer a uma vizinha para guardar as crianças, por semana ou por mês. Nestas circunstâncias, se os pais mudam de endereço ou se separam, a criança pode muito bem ficar ali, onde foi colocada, e por tempo indeterminado.

O complemento desta colocação de crianças é a surpreendente facilidade com que as pessoas recebem meninos e nenês em suas famílias. Pois se, de um lado, os pais precisam frequentemente de alguém para se ocupar das crianças, de outro lado, sempre há adultos buscando

[12] Ver Scheper-Hugues (1992) para uma discussão da circulação de crianças numa região muito mais pobre do Brasil. Ver Campos (1991), Cadoret (1995) e Lallemand (1993) para perspectivas comparativas sobre o assunto.

acolher em casa uma criança. As jovens casadas tomam emprestado um sobrinho ou uma sobrinhazinha até poderem elas mesmas pôr no mundo um bebê. As mulheres e os casais cujos filhos já são grandes, procuram integrar uma pessoinha à família. E há, é claro, os casais estéreis. Segundo as assistentes sociais, o Juizado de Menores está sempre inundado de pedidos feitos por pais adotivos potenciais. Até eu ja recebi interpelações do tipo: "Tu, que andas aí por todo lado, tu não sabes onde tem algum nenê que eu possa pegar pra mim?"

Um aspecto fundamental deste sistema é que a criança mantém **a identidade dos pais biológicos**. Nas condições de inter-conhecimento existentes num bairro popular, seria quase impossível, em todo caso, os pais adotivos esconderem de uma criança o fato de não ter nascido na família. Embora essas crianças chamem seus pais adotivos de "mamãe" e "papai", elas mantêm, geralmente, contatos no m'inimo esporádicos com sua genitora. Diante dessa situação, coloca-se uma questão evidente: como se dá a coexistência de duas mães? A experiência seguramente cria conflitos. Quem tem direito a que?

A mãe biológica quase nunca considera ter "abandonado" seus rebentos. O discurso para justificar uma colocação gira sempre em torno do "bem-estar" da criança "acima de tudo". *"O filho foi morar numa bela casa num bom bairro"*, ou *"foi viver com fulano que poderá mandá-la à escola"*, etc. Uma mulher que, sete anos depois de colocar a filha com uma comadre, insiste em ter a criança de volta, está furiosa ao encontrar oposição: "O que ela está pensando? Não sou cadela para dar meus filhos!" Mães que entregam os filhos a outros consideram que sacrificaram suas prerrogativas maternas em benefício destes; elas regalaram os pais adotivos com a graciosa presença de uma criança, assegurando ao mesmo tempo um contexto familiar decente para seus rebentos. Esta idéia de sacrifício materno é subjacente aos esforços que ocasionalmente se vê uma mãe biológica fazer para extrair ajuda material do tutor de sua criança: a idéia implícita é, "eu te emprestei meu filho, agora o que tu vais me emprestar?".

O provérbio "mãe é uma só" resume o que a genitora reivindica. Pouca diferença faz se uma criança cresce chamando três ou quatro mulheres de "mãe", ou se uma mãe adotiva afirma gozar da devoção exclusiva de seus protegidos. A idealização do laço entre mãe biológica e filhos desponta sem cessar no discurso: "Uma mãe nunca perde o direito aos filhos", "Tu podes ter cinqüenta maridos, mas mãe é uma só ..."

Durante meu trabalho de campo, encontrei vários exemplos de jovens adultos que, depois de passarem a maior parte da infância em lares adotivos ou em instituições, decidiram viver perto de sua "verdadeira" mãe (ver Fonseca 1986). A maioria das crianças parece não guardar mágoas por ter sido "colocada", e mesmo quando isso acontece o ressentimento não serve de empecilho à lealdade aos genitores. Enfim, a expressão "o sangue puxa" adquire nesse contexto um valor especial, norteador de uma identidade familiar que se mantém apesar de as pessoas passerem longos anos sem encontrar seus parentes.

Um segundo provérbio exprime o ponto de vista da mãe adotiva: "mãe é quem criou". Mulheres que abrigam crianças acham que praticam um ato de caridade e se sacrificam consideravelmente, esperando algum tipo de retribuição a longo termo. Não lhes agrada a idéia de cuidar de uma criança anos a fio para vê-la voltar à mãe legítima quando o grosso das responsabilidades de criação está cumprido. Ao sublinhar seus "anos de trabalho" sofridos com a criação do filho, a mãe adotiva enfatiza o serviço que ela rendeu à genitora e seu filho. Mas os fatos mostram que a mística da consanguinidade é frequentemente mais forte do que a gratidão. Os pais adotivos têm lá suas razões para denegrir a imagem da genitora e acentuar a grande contribuição deles mesmos para com a saúde e o bem-estar da criança adotada — existe sempre uma possibilidade real desta criança voltar para perto da família biológica.

A difícil definição do abandono

Desde 1965, existe, na legislação brasileira, a possibilidade de decretar a cessão de qualquer vínculo entre genitores e seus filhos. Qual é a justificativa no "sistema moderno" para privilegiar os pais adotivos, fazendo com que os genitores desapareçam da existência de seus filhos? Segundo os argumentos tradicionais dos juristas, o *"segredo das origens"* tinha o objetivo precípuo de prevenir o infanticídio. A genitora era freqüentemente uma adolescente solteira que desejava refazer sua vida sem o fardo de uma criança bastarda. Eliminar todo traço de ligação entre ela e a criança garantia os interesses da primeira, e a vida da segunda (ver Legrand-Sebille 1996). Mais recentemente, tentou-se dar à adoção uma auréola de nobreza. O gesto "caridoso" das mães adotivas seria o complemento do "nobre" sacrifício da genitora. Mas o efeito é o mesmo: justificar o apagamento da filiação biológica.

Ora, segundo minhas experiências no Brasil, as mulheres que colocam seus filhos - na FEBEM ou com uma família de criação - não são motivadas por sentimentos de ordem "tradicional". Sua intenção não é esconder uma vergonha, nem de fazer um nobre sacrifício. Elas colocam seus filhos porque elas não têm as mínimas condições para cuidar deles. Não abrem mão, no entanto, da esperança de revê-los mais tarde. Mesmo quando essa expectativa não é abertamente declarada, é engendrada pelos valores que subjazem as práticas familiares: todo o mundo sabe, tem inúmeros exemplos para comprovar o provérbio: o sangue puxa.

Por que a legislação atual encara as duas mães com mutuamente excludentes ? Para responder a essa pergunta, é necessario perguntar: qual é a relação entre os doadores e os recebedores de crianças? quem, na nossa sociedade, aceita dar uma criança em adoção?

Nas camadas médias urbanas - sejam européias, norte-americanas ou brasileiras - ninguém mais pensa em colocar um filho como serviçal ou pequeno empregado a fim de colher benefícios da situação. Graças ao desenvolvimento do sistema escolar, não é mais necessário afastar a criança do lar paterno para dar-lhe um ensinamento; poucas pessoas pensam em enviar um filho ou uma filha para morar com a avó e lhe fazer companhia. De fato, hoje em dia, dar uma criança para ser criada por outrem não é apenas inútil, é moralmente condenável. Enquanto antigamente os adultos dispunham das crianças como bem lhes aprouvesse, hoje a idéia do bem-estar da criança tornou-se um grito de batalha dos empresários da moralidade. E este bem-estar, todos estão convencidos, é melhor assegurado no seio da família biológica ou, pelo menos, nuclear.

Quem é, então, que dá[13] seus filhos? Aqueles que não têm como evitá-lo — os párias, como as mães solteiras, e os pobres — aquelas mulheres que, por ocasião do parto, não têm condições de manter a criança e que, para satisfazer as necessidades do momento, aceitam renunciar para sempre, não apenas ao seu *pátrio poder*, mas também ao próprio laço de filiação. Em outras palavras, a lei se aproveita da fragilidade

[13] Em função do nosso estudo, cabe até perguntar se uma mulher tem o direito de unilateralmente "dar" seu filho. Muito rapidamente, os técnicos rotulam a família como "desestruturada", aceitando o depoimento da mãe como prova da inexistência de pai, avós ou outros parentes. Ouvi, diversas vezes, as pessoas acusando alguma parente de ter entregado seus filhos à FEBEM justamente para magoar seu ex-marido e os parentes dele.

de certas mulheres para anular sua condição de mãe. Se este procedimento já é eticamente duvidoso para o caso do "Primeiro Mundo", quão mais questionável seria nos grupos populares brasileiros, onde práticas e valores tradicionais dificultam a compreensão da adoção "moderna".

Ao avaliar o "contrato" implícito no processo de adoção, é preciso perguntar o seguinte: as genitoras entendem o espírito da lei? Já Existem, por exemplo, inúmeros casos de Brasileiras que tentaram reaver seus filhos adotados por outras famílias[14]. Pouco adianta lhes explicar o que significa a adoção plena - elas assinam todos os documentos necessários sem perder a esperança de um dia reencontrar os filhos.

Desde 1965, a legislação brasileira limita as crianças adotáveis à categoria das "abandonadas", mas a definição desta condição continua vaga, permanecendo a possível "confusão de línguas" evidente nos casosde mulheres que "perderam" filhos à FEBEM. Não é nosso objetivo pintar as genitoras como vítimas passivas, nem como heroínas românticas. Os nossos dados etnográficos revelam as múltiplas táticas que possuem estas mulheres para tirar benefícios da colocação de um filho. Entretanto, pode-se ter certeza de uma coisa: "dar" uma criança tem para elas um significado diferente do que tem para os legisladores; e, em todo caso, quase nunca é pensado por elas em termos de "abandono".

Na verdade sabemos muito pouco sobre as famílias que dão seus filhos em adoção . Reina um silêncio portentoso sobre esse assunto. Os livros e teses sobre adoção versam na sua vasta maioria sobre a situação e a psicologia da criança ou dos pais adotivos. Apesar de trazerem perspectivas valiosas (ver, por exemplo, Costa 1988, Nabinger 1994, Freire 1994), esses estudos fazem pouco para combater um dos estereótipos mais arraigados do senso comum: o da criança adotada enquanto pequeno ser trazido pela cegonha....sem história, sem vínculos sociais[15]. A existência das famílias biológicas é negada, recalcada, pois admití-la seria coexisitr com um "outro" incómodo, capaz de dialogar e criar con-

[14] Além dos casos que aparecem periodicamente em jornais, veja Sznick 1994, Siqueira 1993, Gokalp et Bertrand 1986.

[15] Mais uma vez, Ouelette, no seu estudo sobre crianças adotadas no Canada, apresenta conclusões semelhantes às nossas: "Implicitement, l'enfant serait un individu ahistorique, non relationnel, que existe en lui-même, dans l'abstrait, dissociable des éléments structurants de son identité personnelle, donc intégralement transférable (1996: 72)".

flitos. A forma atual de adoção garante uma alteridade pacífica, empacotada, em que o "outro", encarnado naquele nenê de cor, é assimilado tranqüilamente aos fantasmas e projeções dos pais adotivos.

Já que estou lidando com um assunto delicado - um "outro" diferente e, ao mesmo tempo, perto de casa - sinto-me na obrigação de esclarecer bem minhas premissas. Não apresento a circulação de crianças como um modelo a ser emulado, nem como algo mais "natural" ou humano do que o sistema de socialização de crianças que vemos nas classes mais abastadas. Apresento a circulação de criancas, isto sim, como parte coerente de um sistema social histórico que não pode ser ignorado. Eís o nó da questão. Pois, na realidade, trata-se de um sistema de adoção que pouco tem em comum com a legislação moderna. Essas pessoas estão colocando filhos com mães de criação há gerações, mas com o intúito de reatar laços mais tarde. O que fazer, então, quando as regras do jogo mudam? Hoje, a legislação que rege a situação da mãe que deixa seu filho numa instituição estatal é inspirada numa visão globalizada e homogeneizada do mundo social. O linguajar é calcado não simplesmente na "família biológica" mas na própria "natureza". "Naturalmente", a criança tem apenas uma mãe. Acontece que essa noção de família não é a mesma que existe entre os grupos populares com quais eu trabalho onde há geraçoes as crianças crescem chamando diversas mulheres de mãe.

Os legisladores brasileiros se orgulham em dizer que o Estatuto da Criança e do Adolescente (1990), é norteado por princípios tão esclarecidos que serve como modelo até para países do "primeiro mundo". Vemos claramente as boas intenções em clausulas como a seguinte:

> *art. 4: "E dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos ...(diversos da criança)".*

Há de perguntar, no entanto, se uma lei "primeiro-mundista" é a mais adequada para estabelecer a justiça social num contexto que, manifestamente, não é do "primeiro mundo". Tudo corre no suposto interesse e direito das crianças, definidos evidentemente conforme as sensibilidades de quem faz as leis. Existe uma certa retórica sobre as responsabilidades do estado, mas nove vezes em dez , quando impõe-se uma sanção a base dessa nova lei, é contra o elo mais fraco da cadeia

social - o dos pais - adultos pobres (ver Ribeiro 1996)[16]. No cume de uma série de sanções possíveis, vem a destituição do *pátrio poder*, procedimento *sine qua non* do lançamento no mercado de mais um adotando em potencial. O silêncio que existe em torno dos pais biológicos das crianças adotadas, a falta quase total de pesquisas[17], de curiosidade quanto a *suas* perspectivas deixa suspeitas quanto à extensão de direitos de cidadania no mundo moderno.

Que seja claro. Não é nossa intenção fazer uma apologia da família biológica. Na perspectiva antropológica, essa nunca deixa de ser uma construção cultural, uma noção que assume contornos próprios a cada época, a cada lugar. É sinal da criatividade de nossa época admitir a possibilidade de "verdadeiras" famílias constituídas a base de laços não-biológicos - de reciprocidade, de afeto, etc. Ademais, o imaginário moderno só tende a beneficiar de dúvidas colocadas quanto à lógica de fronteiras nacionais.

No contexto atual, seria simplista colocar-se inteiramente contra a adoção internacional. Quando ela funciona relativamente bem, os pedidos nacionais recebem sistematicamente a prioridade e a adoção internacional serve principalmente para absorver crianças de dificil colocação: de pele escura, mais idosas ou que apresentam algum problema fisico[18]. Os pais estrangeiros passam por um processo de seleção rigorosa e a adaptação da criança a sua nova família é monitorada, às vezes durante anos, após sua chegada. Recusar, por zelo xenófobo, a permissão para essas crianças serem adotadas seria apenas "nacionalizar a miséria".

Se ousamos falar em "paradoxo", esse não se coloca de forma alguma ao nível psicológico da criança adotiva que, conforme a maioria de estudos, não demonstra problemas demasiados quanto ao seu lugar no processo (Nabinger 1994, Goody 1982). Não se coloca tampouco ao nivel dos pais adotivos que procuram aliviar o sofrimento de um jovem que, de outra forma, passaria sua vida inteira numa instituição delapidada e impessoal. Coloca-se antes ao nível do imaginário moderno e o apara-

---

[16] A leitura do ECA mostra contradi'c!oes inerentes que abrem a porta para a discrimina'c!ao contra pais pobres. Ver, por exemplo, art 22: "Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores...". Art. 23: "A falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do pátrio poder". Art. 24: "A perda ...() do pátrio poder ser'a decretada judicialmente...na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o art. 22".

[17] Cardarello 1996 é uma notável exceção.

[18] Ver os trabalhos de Silvia Nabinger 1991, 1992.

to judiciário que o acompanha. É a esse nível que enfrentamos o desafio de levar a adoção internacional a suas últimas consequências, de repensar a "naturalidade" da família, a "inevitabilidade" das fronteiras nacionais, e a noção capenga de cidadania que até hoje não inclui a voz de milhares de grupos que, por imposição ou por escolha, não entraram no discurso da "modernidade". Sem um enfrentamento assumido dessas alteridades, a "modernidade" arrisca ser nada mais do que uma nova retórica evolucionista, uma re-edição do sonho do homem branco talhado à medida de seus próprios fantasmas.

Bibliografia

ABREU FILHO, Ovídio de. 1982. "Parentesco e identidade social". Anuário Antropológico 80: 95-118.

ABREU, Domingos. 1994. Adoption et aide humanitaire: stérilité biologique, fécondidité sociale et parenté symbolique: le cas de l'Association de soutien à l'université populaire (ASUP) D. Helder Camera." Mémoire de DEA de Sociologie et de Sciences Sociales, Université Lumière, Lyon II, Faculté d'ANTHROPOLOGIE ET DE SOCIOLOGIE.

BERQUO, Elza. 1993. "Brasil: um caso exemplar, anticoncepção e parto cirúrgicos: à espera de uma ação exemplar". Revista de Estudos Feministas 1(2): 366-381...

CADORET, Anne. 1995. Parenté plurielle : anthropologie du placement familial. Paris: Harmattan.

CAMPOS, Maria Machado Malta. 1991. "Infância abandonada - o piedoso disfarce do trabalho precoce". In O massacre dos inocentes: a criança sem infância no Brasil (José S. de Martins, org.). São Paulo: Hucitec.

CARDARELLO, Andrea. Implantando o Estatuto. Tese defendido no PPG em Antropologia Social, UFRGS.

COSTA, Maria Cecília Solheid. 1988. Os filhos de coração : adoção em camadas médias brasileiras. Tese de Doutoramento, Museu Nacional, Universidade Federal do Rio de Janeiro (mimeo).

DONZELOT, Jacques. 1977. A Polícia das famílias. Rio de Janeiro: Graal.

FONSECA, Claudia. 1995. Os caminhos da adoçao. Sao Paulo: Editora Cortez.

FREIRE, Fernando (org.). 1994. Abandono e adoção: Contribuições para uma cultura de adoção II. Curitiba: Terre des Hommes.

GOKALP, A. et C. BERTRAND. 1986. L'Adoption étrangère, une aventure humaine. Service Social d'Aide aux Emmigrés, Paris.

GOODY, Esther. 1982. Parenthood and social reproduction:fostering and occupational roles in West Africa. Londres: Cambridge University Press.

GULLESTAD, Marianne e Martine SEGALEN. 1995. La famille en Europe: parenté et perpétuiation familiale. Paris: La Découverte.

LALLEMAND, Suzanne. 1993. La circulation des enfants en société traditionnelle. Prêt, don, échange. Paris: Editions Harmattan.

LE GALL, Didier e Claude MARTIN. 1985. "Construire un nouveau lien familial: beaux-parents et beaux-grands-parents". La famille en Europe: parenté et perpétuation

familiale (Marianne GULLESTAD e Martine SEGALEN, org.) Paris: La Découverte.

LE GRAND-SEBILLE, Catherine. 1996. "Naissances marquées, rituels manqués". Gradhiva 19: 77-84.

NABINGER, Sylvia. 1994. L'adoption d'enfants brésiliens. Tese de doutoramento apresentada na Université de Jean Moulin - Lyons III, Faculté de Droit.

OLIVEN, Ruben. 1992. A parte e o todo: a diversidade cultural no Brasil-nação. Petrópolis: Vozes.

OUELLETTE, Françoise-Romaine. 1996. "Statut et identité de l'enfant dans le discourrs de l'adoption". Gradhiva 19 : 63-76.

RIBEIRO, Fernanda Bittencourt. 1996. A inserção do conselho tutelar na construção do problema social da infância e Adolência. Tese defendida no PPG de Sociologia, UFRGS.

SCHEPER-HUGHES, Nancy. 1992. Death without weeping: the violence of everday life in Brazil. Berkeley: University of California Press.

SEGALEN, Martine. 1986. "La révolution industrielle: du prolétaire au bourgeois." In Histoire de la famille, vol.3: Le choc des modernités. Paris: Armand Colin.

SEGALEN, M. e Francoise Zonabend. 1986. "Familles en France". In Histoire de la famille, vol.3: Le choc des modernités. Paris: Armand Colin.

SOUZA, Guaraci Adeodato Alves de. 1996. Sucessão das gerações na Bahia: reencontro de uma totalidade esquecida. Doutorado em Ciências Sociais, UNICAMP, 30 de agosto.

STOLKE, Verena. 1995. "Talking culture: New boundaries, new rhetorics of exclusion in Europe". Current Anthropology 36: 1-24.

STRATHERN, Marilyn. 1992. Reproducing the future: anthropology, kinship and the new reproductive technologies. New York: Routledge.

SZNICK, Valdir. 1993. Adoção. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, Ltd.

VERDIER, Pierre et Geneviève DELAISI. 1994. Enfant de personne. Paris: Odile Jacob.

A monoparentalidade projetada e o direito do filho à biparentalidade*

Maria Claudia Crespo Brauner
Professora de Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS

A monoparentalidade constitui um fato comum em nossa vida moderna, que pode revestir diversas situações que evocam e comprovam a possibilidade de um só genitor assumir convenientemente a responsabilidade e a dignificante tarefa de amar e educar uma criança. Saber-se se é aceitável ou justo uma criança ser trazida ao mundo com a ausência deliberada de ascendência, por opção de uma mãe, em virtude das novas técnicas de reprodução artificial requer uma reflexão profunda centrada na própria reformulação do conceito de família e, igualmente, da indispensável conciliação entre o direito de todo o ser humano de gerar e o direito da criança a uma vida familiar.

Com o objetivo de tecer considerações sobre esta questão tão delicada, será importante analisar a vida familiar e o projeto parental, perpassando-se pelo paradoxo feminino moderno representado pela necessidade de sucesso profissional e de maternidade, buscando-se finalmente, perceber se o direito de gerar é absoluto e, se há uma confrontação direta entre o exercício deste direito e a garantia dos direitos fundamentais da criança.

1. A vida familiar e o projeto parental

1.1 A evolução da noção de família e a sua nuclearização

A vida familiar caracteriza-se pela dinâmica e pela renovação constante de valores e hábitos. Podemos observar que, entre tantas outras mudanças estruturais referentes à sociedade moderna, um domínio que sofreu grandes alterações foi a forma de viver em família.

A estrutura familiar e o modus vivendi sempre caracterizaram-se

pelas variações constantes nos diversos momentos históricos. São responsáveis por essa transformação os fatores de ordem cultural, religiosa e, também, econômica e política peculiares de cada sociedade. No entanto, o que parece distinguir nitidamente as diferenças à nível da organização e do relacionamento entre os membros de um grupo familiar é a própria noção de família.

Um dos fatores mais relevantes que impulsionou a modificação nas relações familiares foi a modificação do estatuto da mulher. A partir do momento em que a mulher passou a trazer sua colaboração econômica ao lar, integrando a atividade produtiva, ela passou a ser considerada de modo diverso, o que repercutiu na hierarquia familiar e determinou a alteração de sua situação jurídica. Os direitos da mulher se afirmaram mesmo sofrendo a resistência de setores conservadores que viam nesta um seu indefeso, incapaz de gerir seus bens e defender seus interesses, e que deveria dedicar-se exclusivamente ao marido e aos filhos e garantir a ordem e a organização do lar[1].

Com a emancipação feminina, os direitos e os deveres entre cônjuges passaram a ser definidos e tutelados pelo Direito, sendo cada um deles responsável e solidário pela manutenção do vínculo matrimonial e pela responsabilidade com o sustento e educação da prole.

A família matrimonializada recebeu tratamento especial do Direito na concepção das codificações civilistas e esse fato perdurou até poucos anos, quando a ordem jurídica foi incorporando de forma gradual, dispositivos que beneficiaram as outras formas de constituição de família não fundadas no casamento, através de leis especiais e do trabalho jurisprudencial, que, no contexto brasileiro, tiveram um papel preponderante para modificação do tratamento das questões familiais.

No decorrer dos últimos trinta anos, a maioria das legislações ocidentais adotou o princípio da igualdade entre os cônjuges, reformulou as normas referentes aos regimes matrimoniais, instituiu o divórcio e, progressivamente procedeu-se ao nivelamento da condição dos filhos havidos no matrimônio ou fora deste, atribuindo-se iguais direitos a todos os filhos.

Em muitos países, o nascimento de uma criança fora das relações do matrimônio, não constitui mais uma ilicitude e imoralidade, em virtude

[1]Orlando Gomes, O novo Direito de Família, Porto Alegre, Fabris, 1984, p. 6.

dos valores morais e éticos que se renovaram. Essa criança não é mais considerada um pária porque a legislação atribuiu-lhe gradualmente direitos, até finalmente consagrar-lhe a igualdade com os filhos nascidos dentro do matrimônio.

1.2 O modelo nuclear de família

A designação de família nuclear quer caracterizar o agrupamento familiar formado pelo casal e filhos menores, sem considerar-se os outros parentes como irmãos do marido e da esposa, sobrinhos ou sogros. É a noção de lar urbano que, em virtude das condições de vida nas cidades, induz as pessoas à busca da realização pessoal e profissional e ao acesso ao conforto, direcionando a formação de uma família reduzida que recorre ao planejamento familiar, beneficiando-se da eficiência dos métodos contraceptivos modernos.

A família deste final de século apresenta um novo perfil, não apenas reduziu o número de componentes, em virtude do modelo nuclear que se implantou, mas igualmente resgatou os fundamentos centrados na afetividade, estabelecendo-se uma repersonalização do suporte fático da família e, substituindo-se de forma incontornável a prevalência dos interesses patrimoniais que vigoravam nas codificações de influência napoleônica, pelos interesses pessoais e comuns do grupo familiar.

No dizer de Orlando Gomes: "Outro é hoje o padrão de comportamento dos membros de uma família nuclear, não há mais o marido tirano, a mulher submissa e o filhos aterrados. O ambiente familiar descontraise e as relações entre marido e mulher e entre pais e filhos travam-se numa atmosfera bem diferente, cada qual desses membros do grupo movendo-se com liberdade, ou ao menos compreensão dos outros, na esfera própria."[2]

1.3 O novo perfil do Direito de família

Conjuntamente com outras numerosas legislações ocidentais, o Brasil incorporou definitivamente a renovação do modelo familiar deste final de século, marcando uma transição sem precedentes no âmbito das relações familiais com reflexos notáveis na mentalidade da sociedade e

[2]Orlando Gomes, ob. cit., p. 23.

na busca da tão desejada igualdade, garantindo-se o respeito à cidadania dos entes familiais.

Pode-se afirmar que a preocupação com as questões sociais presentes na nova Constituição substituiu o individualismo, o patrimonialismo e o formalismo jurídico do direito privado. A tendência é atualmente a busca da justiça social.

A Constituição fixou princípios que garantem a proteção da família como unidade fundamental da sociedade, remodelando profundamente a idéia de família e reconhecendo como "entidade familiar" as uniões estáveis e as famílias monoparentais. Considerando finalmente "legítimas" e merecedoras de proteção estatal outros modelos de vida familiar, como prevê o artigo 226, § 3º da Constituição: "Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento".

A Lei maior enunciou categoricamente o princípio de igualdade entre os cônjuges no parágrafo 5º do art. 226, in verbis : " Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher".

De maneira também inovadora a Lei Magna se referiu ao divórcio no parágrafo 6º do artigo acima citado, prevendo que: "o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos". Houve assim uma maior flexibilização quanto aos critérios temporais para a dissolução do vínculo matrimonial.

Quanto aos filhos, referiu-se o parágrafo 6º do art. 227 que : "os filhos havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação." Finalmente procedeu-se a tão desejada nivelação de direitos entre todas as filiações, permitindo-se o estabelecimento do vínculo parental sem nenhum interdito quanto à origem da filiação.

Doravante as expressões: filhos legítimos, ilegítimos, espúrios, adulterinos não mais podem ser empregadas pelos operadores do Direito, pois proibe-se terminantemente as designações discriminatórias e pejorativas.

Também foi objeto de disposição constitucional: a adoção (227 §5º), o planejamento familiar e a paternidade responsável (226, §7º), a coibição à violência no âmbito familiar (226, §8º), entre outros.

Com o objetivo de tratar a temática proposta, nos interessa o fenômeno da filiação, o qual deve ser tratado em toda sua complexidade e extensão. De fato, a relação de filiação supera o conteúdo da conceituação que a define como um vínculo de descendência que existe entre pai e mãe com relação a seu filho. Devemos pois, estender este entendimento para além da simples noção de triangulação: pai, mãe e filho. Com este intuito a Constituição brasileira de 1988 veio explicitar que: "entende-se também como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes". (art. 226, § 4º, CF 88)

A existência de famílias monoparentais não é acontecimento novo, sempre existiram mães solteiras, mães ou pais viúvos ou adotivos que criaram normalmente seus filhos sendo que, a sociedade aos poucos foi aceitando tal situação pois era uma realidade incontornável e, muitas vezes, imprevisível.

Mas a psicologia e outras áreas afins reiteradamente enfatizaram a necessidade de oferecer-se à toda criança um modelo familiar representado pelas figuras materna e paterna, com o objetivo de dar referenciais sobre os papéis sexuais dos indivíduos, com intuito de garantir a boa formação da personalidade do novo ser.

Atualmente se questiona a vinculação entre certos distúrbios da personalidade e ausência de referenciais maternos ou maternos. Estes fatos estariam relacionados preponderantemente à carência de afeto, maus tratos ou abusos na infância do que a existência de apenas um genitor na vida da criança.

Sendo que, muitas vezes o pai ou a mãe ausente é substiuído por um(a) amigo(a) da família, companheiro ou companheira do genitor presente, professor (a) da criança que irá fornecer o referencial do outro sexo.

Enfim, tudo leva-nos a acreditar que a vida familiar pode, certamente ser construtiva e equilibrada se existe afeto e compreensão entre o adulto e a criança. Nos parece difícil sustentar a idéia de que só a triangulação tradicional da concepção familiar pode construir um ser equilibrado e potencialmente promissor para a sociedade e para ele mesmo.

Sendo que, cada vez mais se constata a existência das famílias reconstituídas, de pessoas que incluem em sua vida familiar filhos biológicos de outros e que, lhe proporcionam as condições indispensáveis ao bom desenvolvimento das potencialidades do indivíduo.

1.3 O filho como projeto e orgulho da fecundidade dos pais

O desejo de ter filhos constitui um objetivo a atingir para a maioria das pessoas que chegam a idade adulta. Mas o momento de concebê-los e o número de filhos que pretendem ter é definido e programado antecipadamente pelo casal, no intuito de proporcionar melhores condições de vida a uma prole reduzida e de possibilitar a realização pessoal e profissional de cada um dos cônjuges. Em outros tempos, os casais procuravam uma descendência numerosa que correspondesse à necessidade de mais força de trabalho e de sobrevivência do grupo familiar.

Na vida cotidiana os pais que trabalham precisam, reiteradamente, contar com auxílio de instituições de ensino ou de profissionais para auxiliá-los na tarefa de criação e educação dos filhos e isto, desde a mais tenra idade da criança. É a solução da vida moderna que, nem portanto, deixa de corresponder à necessidade de participação dos pais na criação e na vida da criança. Embora atarefados, os pais tentam compartilhar momentos com os filhos, de modo mais intenso e programado.

É conhecido o fato de que alguns países ocidentais, justamente aqueles que desfrutam de melhores condições de vida, confrontam-se nas últimas décadas com problemas ligados à esterilidade. Isto reflete negativamente na já diminuta taxa de nascimentos que apresentam certos países. Mesmo que estes países disponham das melhores condições médicas e tecnológicas, as soluções terapêuticas para identificação das causas e do tratamento das doenças ou disfunções ligadas à reprodução humana constitui uma grande dificuldade.

"Nos nossos dias, os distúrbios dos mecanismos fisiológicos da reprodução constituem problema médico-social generalizado e de progressiva incidência que atinge uma assinalável camada da população em idade procriativa, envolvendo, à escala mundial, cerca de 12 à 15% de todos os casais."[3]

E, justamente quando tudo é tão programado e organizado na vida dos casais, a não realização do objetivo de gerar um filho traz consigo um conteúdo de indignação e de frustação do homem e da mulher. Eles questionam dos motivos pelos quais a natureza pode negar-lhes este acontecimento tão desejado! Poderíamos pensar que, talvez, o organismo não responda como uma máquina ou um serviço de tele-entrega...

[3] A. e T. Almeida Santos. "Esterilidade, infertilidade e procriação medicamente assistida". in Bioética. Coordenação de Luís Archer; Jorge Biscaia; Walter Osswald, Lisboa, Verbo, 1996. p. 269.

Neste ponto, cabe fazermos uma reflexão sobre o papel do filho na satisfação dos desejos de realização do indivíduo na sociedade, sobre a imperatividade de provar-se à todos sua fertilidade e a capacidade de gerar um ser "perfeito", à imagem dos pais.

Nesta busca de satisfação, muitas vezes imbuída de vaidade e de egoísmo, muitos casais vêem na criança um objeto, um valor a ser perseguido para o qual todos os meios justificam a realização deste projeto. Os valores de nossa sociedade moderna enaltecem a concepção hedonista do mundo e a impossibilidade de transmitir a vida é vivenciada normalmente com muito dramatismo e reconhecimento de fracasso.

Neste contexto, devemos proceder a seguinte indagação: o filho se justifica pelo que ele é ou pelo que ele representa para os pais? Há espaço para aceitar-se o nascimento de um filho com problemas de saúde, deformidades ou não há lugar para a diferença?

Um casal pode trazer ao mundo um produto mal feito ou mal acabado?

Todas essas indagações relevam questões de âmbito não simplesmente científico, mas igualmente de cunho moral e metafísico. Neste momento, estaria-se a discutir o direito à vida e o estatuto do embrião, temas que necessitam de aprofundamento em outra oportunidade.

Mesmo que a medicina moderna tenha trazido soluções para alguns casos de esterilidade e continue desenvolvendo rapidamente o domínio sobre as técnicas de reprodução artificial, nem todos os casos conseguem solução satisfatória.

A certeza é que desde o ano de 1978, quando veio ao mundo o primeiro bebê de proveta, "Louise Brown" os casais com problemas de esterilidade respiraram esperançosos. E, a partir deste momento, as técnicas de procriações artificiais não pararam de evoluir e de diversificar seus métodos.

A possibilidade de recorrer-se às técnicas de reprodução artificial é uma realidade na maioria dos países que dispõem de tecnologia nesta área e, sem dúvida, devemos considerar que muitos casais vivem a sua esterilidade como um defeito físico e, também como causa de alienação ou exclusão social. Por esses motivos, devemos compreender o direito dos casais estéreis de recorrer à utilização das técnicas de procriação artificial.

2.O paradoxo feminino: sucesso profissional e maternidade

Um dos aspectos apontados como responsável pelos distúrbios e disfunções ligadas à atividade reprodutora humana está ligado ao fator idade das mulheres que desejam engravidar, aos longos anos de utilização de métodos contraceptivos e, também, ao fator psicológico, relacionado ao stress da vida moderna.

De fato, observa-se que as mulheres aguardam mais tempo para ter filhos. Este acontecimento está ligado à necessidade de formação profissional, realização afetiva e conquista de objetivos no âmbito pessoal e profissional. A necessidade da mulher garantir sua emancipação, sua independência econômica e a aquisição de experiência fez com que o projeto de gerar fosse retardado, deixado para o futuro. O encontro do companheiro ideal para partilhar este projeto de parentalidade também é um fator a ser considerado.

Na opinião do Professor David le Breton, "a contracepção e a possibilidade do aborto legal, em diversos países, mudou ontológicamente a relação da mulher com seu corpo e com sua necessidade de gerar, ambos tornaram-se extremamente programáveis."[4]

Constata-se então que a primeira gravidez tão programada para depois dos trinta anos, momento em que a mulher parece estar preparada para o acontecimento, nem sempre obtém a pronta resposta das suas funções reprodutoras. Neste ponto, a mulher busca os recursos médicos disponíveis para solucionar o impasse.

2.1 O projeto de geração adiado e o filho que não vem

No momento em que a mulher busca o socorro científico, ela quer uma solução rápida e vencedora. Ela não pode esperar mais porque a natureza não lhe concede outra prorrogação, instala-se, assim, uma luta contra o tempo.

"A esterilidade afetaria segundo as diversas estatísticas, entre 10 à 15% dos casais humanos e esta constatação está relacionada aos seguintes fatores:

[4]David le Breton, "L'embryon médicalement assité", in L'embryon Humain. Approche multidisciplinaire, Direction de Brigitte Feuillet-Le Mintier, Paris, Economica, 1996. p. 10.

a) aumento da incidência de situações que detectam fatores de ordem masculina;
b) incremento de patologia dependente de doenças sexualmente transmissíveis;
c) adiamento da idade desejada para a primeira gestação, com inevitáveis consequências sobre a fecundidade;
d) prática mais generalizada do aborto e utilização de métodos contraceptivos perniciosos para uma futura concepção;
e) verificação, com alguma frequência de sequelas de tuberculose genital feminina;
f) exposição excessiva a fatores tóxicos e ambienciais com efeitos deletérios nos mecanismos que asseguram a reprodução."[5]

E, percebe-se igualmente a influência das manifestações psicológicas que consideram como um dos elementos de bloqueio da função reprodutiva: a ansiedade, a angústia e a sensação de frustação. É também conhecido o fato de que em 10% dos casos de esterilidade não se detecta nenhuma causa presumível da impossibilidade de engravidar e que 40% das esterilidades conjugais são atribuídas ao fator masculino.[6]

No caso de algumas mulheres o problema afeta profundamente a vida conjugal pois o relacionamento amoroso com o companheiro passa a ser agendado, cronometrado e há uma gradual desvinculação da noção de prazer e de doação.

O período fértil é ansiosamente esperado e os testes e exames médicos tornam-se rotineiros. Para entender-se a situação pela qual passam estas mulheres, basta recolher o relato de uma delas nas salas de espera dos consultórios de especialistas em fertilidade e reprodução.

Os sentimentos de culpa por ter esperado tanto para engravidar, a sensação de fracasso e o complexo de inferioridade se instalam. Todas as mulheres grávidas ou com filhos pequenos que cruzam seu caminho servem para lembrá-la de sua incapacidade de gerar.

No entanto, com um certo alívio, podemos constatar que muitas mulheres finalmente conseguem engravidar e realizar seu projeto do modo, digamos, convencional, ou seja, o bebê é "feito em casa" com a participação do marido ou do companheiro.

Outras deverão recorrer às clínicas e profissionias da reprodução ar-

[5]A. e T. Almeida Santos, ob. cit., p. 269.
[6]A. e T. Almeida Santos, ob. cit., p. 271.

tificial humana, ou se inclinam ao projeto adotivo, frente a impossibilidade de gerar, diagnosticada como definitiva ou sem causa aparente.

2.2 A aceitação da filiação adotiva e a superação da esterilidade

O recurso à adoção se apresenta como uma das maneiras de realização do desejo de ter um filho, sem que exista a gravidez da mãe, pelo menos do ponto de vista biológico, pois do ponto de vista psicológico este filho já existe, é primeiramente imaginário, no espírito dos pais e o processo adotivo implica em fazer a passagem entre o filho imaginário e o filho real, que assumirá este papel, de forma definitiva na vida do adotante.

Segundo o psiquiatra francês Michel Soulé: "o filho imaginário, o filho do sonho nasce muito cedo em cada ser humano, homem e mulher." A chegada do filho conferirá a imortalidade, no momento em que o medo da morte se aproxima.[7]

Diz-se que a adoção serve para comprovar o processo de desbiologização da filiação, pois a noção de descendência genética perde, neste momento, para o critério afetivo das relações paterno-filiais.[8]

"As relações de consanguinidade, na prática social, são menos importantes que as oriundas da afetividade. Difunde-se no Brasil a convicção de que pais são os que criam e não os que procriam."[9]

Como afirmava a psicoterapeuta francesa Françoise Dolto "toda a filiação é adotiva porque é necessário o ato de aceitação da criança como filho para que exista realmente essa vinculação afetiva entre mãe e filho ou pai e filho."

Para aquela pessoa que adotou e que vivenciou a experiência positivamente, a questão da esterilidade parece estar superada, a longa espera pelo filho acabou, a satisfação de criar, educar e amar uma criança se completa. Poderiamos afirmar, então, que ambos são vencedores: a mulher que se torna mãe pela adoção e a criança que recebe uma segunda chance de encontrar alguém que a aceita como filho ou filha.

---

[7]Michel Soulé. "L'enfant imaginaire, l'enfant dans la tête". Revue Autrement. Objectif bébé, Paris, Seuil, n. 72, 1985, p. 47.

[8]João Batista Villela. "Desbiologização da paternidade", Revista Forense, Rio de Janeiro, n. 71, p. 49.

[9]Paulo Luiz Neto Lobo, "A repersonalização das relações de família", in O Direito de Família e a Constituição de 1988, Coordenação de Carlos Alberto Bittar, São Paulo. Saraiva. 1989. p. 74.

2.3 A rejeição à esterilidade e o recurso aos procedimentos de procriação artificial

A constatação da esterilidade feminina pode vir acompanhada de um desejo irrepreensível mas, intenso de superar o diagnóstico e de buscar a oportunidade de engravidar por todo ou qualquer meio científico oferecido pelas tecnologias modernas de reprodução humana.

Considerando as diversas possibilidades oferecidas, a mulher pode optar, com o auxílio médico, pela inseminação artificial homóloga ou heteróloga, pela fecundação artificial in vitro com participação genética do cônjuge ou de um doador (FIV), pela transferência de embriões (GIFT) e, ainda, outras técnicas mais complexas que podem envolver doadora de óvulo, doação de embriões, ou até a maternidade de substituição.

Sem querer adentrar nos aspectos científicos de cada um destes procedimentos, pode-se, de antemão, perceber os envolvimentos éticos e os riscos que estão presentes na utilização destas técnicas sem a existência de uma legislação que organise, estabeleça critérios e responsabilidades pelos descaminhos que podem, certamente, envolver a vida e os direitos elementares da criança nascida de tais intervenções. E é, justamente, neste vazio normativo que encontra-se o Brasil, até o presente momento.

Sabe-se que, embora muitas legislações já tenham sido elaboradas com o intuito de organizar a realização das reproduções artificiais humanas em diversos países, no Brasil, até o presente momento, conta-se simplesmente com a Lei 1358/92 do Conselho Federal de Medicina. Ela é uma lei pouco conhecida fora da classe médica, e que elenca alguns princípios básicos, presentes em leis de outros países.

Como bem afirma o Professor Eduardo de Oliveira Leite: "A questão jurídica criada pelas técnicas de procriação artificial deixou de ser mera especulação teórica, como pretendem os segmentos mais retrógrados da sociedade brasileira. As indagações decorrentes dos embriões excedentes, da fertilização "post mortem", do contrato de "mãe de substituição", ou do "aluguel de útero", assim como a impossibilidade de invocar a negatória de paternidade, após o consentimento do pai na inseminação heteróloga, aí estão a desafiar a argúcia dos juristas que procuram, não sem vacilações, harmonizar novas realidades e fenômenos nascidos no cotidiano, quer com os princípios do nosso Código Civil, quer com a nova ordem constitucional, que se pretende revolucionária no âmbito

familiar."[10]

Frente a esta gama de possibilidades que se apresentam à mulher, envolvendo a realização do seu projeto de maternidade, um deles reveste-se de um contexto especialmente delicado e complexo: trata-se da opção pela monoparentalidade da mulher só que recorre à técnica de reprodução artificial com a participação genética de doador anônimo, ou do caso em que a mulher pretende ser inseminada com o esperma do marido ou companheiro pré-morto.

A situação que atualmente preocupa os pesquisadores na área do Direito de Família é quando o projeto de gerar exclui por antecipação a possibilidade desta criança vir a ter os dois laços de filiação estabelecidos e a impossibilidade de buscá-lo em justiça.

A questão se torna ainda mais delicada quando se trata de inseminação artificial post mortem, quando a criança será concebida deliberadamente numa situação de orfandade.

O direito de ter filhos é reconhecido como um direito fundamental do ser humano, assim como casar com a pessoa de sua livre escolha e com esta formar uma família. A presente discussão leva-nos a refletir sobre a eventual confrontação de dois direitos: o direito natural de todo ser humano de gerar filhos; e o direito fundamental da criança a ter uma vida familiar.

Nestas duas situações, acima referidas, a criança nascerá sem a perspectiva de conhecer seu pai, de dispor da figura materna e paterna concomitantemente em sua vida e isto, em virtude da decisão exclusiva da genitora que decide sózinha. Será que a decisão desta mãe não afronta direta e irreversivelmente os direitos do filho?

Esta situação deve ser permitida e, devem ser tolerados todos os reflexos diretos na vida deste novo ser?

Observe-se bem que aqui não tratamos do caso da mãe solteira que foi abandonada pelo namorado quando engravidou ou da esposa grávida que ficou viúva, pois estes fatos escapam normalmente da esfera de decisão da mulher e a criança, mesmo não desfrutando da presença do pai em sua vida, poderá, no primeiro caso, saber que é o pai, conhecê-lo e até estabelecer judicialmente a filiação, ou, no segundo caso, a criança saberá que ela poderia ter tido a sorte de conhecer seu pai se a morte,

[10] Eduardo de Oliveira Leite, Procriações artificiais e o Direito, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 13.

normalmente imprevisível, não o tivesse arrebatado deste mundo.

Com efeito, cabe analisar se esse direito ao filho pode ser limitado ou não, e se os interesses da criança podem ser considerados realmente feridos quando se inviabiliza o conhecimento de sua ascendência paterna.

3. O direito de gerar e os direitos do filho

3.1 O direito de gerar é absoluto?

A questão é de saber se todo e qualquer modo de gerar, através das procriações artificiais deve ser permitido? Se nenhum limite deve ser imposto à mulher que deseja escolher a denominada "produção independente"? E, poderá a mulher querer gerar este filho em qualquer condição, por exemplo, após os sessenta anos?

Levando em consideração a opinião de diversos especialistas que se pronunciaram sobre essas novas técnicas, constata-se que muitas questões são polêmicas, pois a formação de novas famílias constituídas com patrimônio genético de sujeitos anônimos suscita sérias inquietações que envolverão, certamente, direitos a proteger e conflitos a solucionar. E qual será o encaminhamento jurídico a ser seguido nestes casos?

3.2 Os caminhos apontados pelas legislações estrangeiras sobre a procriação artificial heteróloga

O tratamento jurídico desta problemática já constitui uma realidade em certos países europeus que elaboraram leis específicas regulando a utilização das técnicas de reprodução artificial. A leitura destas disposições normativas leva-nos a distinguir precipuamente duas posições: primeiramente aquela adotada por legislações que outorgam a primazia ao desenvolvimento tecnocientífico, entre eles a Espanha, Reino Unido e França e, outra posição que coloca em relevo o interesse das pessoas envolvidas nessas novas práticas e, em especial, o interesse da criança nascida de tais procedimentos, que caracterizam as previsões das leis da Alemanha, Áustria, Suécia, Noruega e Suiça.

Essencialmente, no aspecto que interessa a este estudo, estas previsões normativas se distinguem entre aqueles países que autorizam a mulher a fazer recurso da inseminação artificial heteróloga mesmo sem ser casada ou, vivendo em união estável com pessoa de outro sexo, e entre

aqueles países que restringem ou proibem o acesso a estas técnicas por mulheres isoladas, sem cônjuge ou companheiro.

A Lei Espanhola de nº 35 de 1988 adota a primeira posição pois elimina qualquer limite ao direito da mulher de fundar uma família, autorizando igualmente a inseminação post mortem desde que, o marido ou companheiro tenha dado seu consentimento por ato notarial ou testamento e, com a condição de que a inseminação seja feita nos seis meses após a morte (artigos 6º e 9º da Lei).

A Lei do Reino Unido de 1º de novembro de 1990 sobre fertilização humana e embriologia aceita implicitamente a utilização de esperma e óvulos de pessoas estranhas ao casal, garantindo-se a doação gratuita e secreta destes gametas.

As leis alemãs e austríacas não proibem a doação de esperma e, portanto, permitem as reproduçoes heterólogas, mas vedam a doação de óvulos. A Áustria reserva essas técnicas exclusivamente aos casais casados ou vivendo em união estável, não permitindo às mulheres solterias, viúvas ou vivendo em união homossexual. Países como a Suécia, a Noruega e a Suiça, adotaram princípios análogos que enfatizam a possibilidade de utilização das técnicas de procriação artificial aos casais casados, excluindo-se a fecundação artificial in vitro heteróloga.

O Parlamento Europeu em sua Resolução de 16 de março de 1989, sobre a fecundação artificial in vivo e in vitro adotou um critério restritivo com relação às procriações heterólogas, declarando que: "será benéfico para a criança que exista concomitância entre a paternidade biológica, afetiva e legal. Assim, a fecundação heteróloga ou a fecundação in vitro também heteróloga, não são desejáveis, tratando-se de doação de esperma, ou de óvulos ou de sua conservação criogênica."[11]

O estudo destas legislações e os fundamentos que ensejaram a escolha por uma ou por outra posição, foi objeto de um artigo de Roberto Andorno, que concluiu da seguinte maneira: "O direito dos países europeus se encontra profundamente dividido sobre a atitude a tomar em relação as procriações artificiais. Estas últimas e, sobretudo as modalidades heterólogas e de fecundação in vitro, criam graves conflitos entre o desenvolvimento tecnocientífico, de um lado, e a integridade física e psíquica das pessoas envolvidas, de outro. O legislador, inspirado nos

[11]Sobre a questão ver: Roberto Andorno, La distinction juridique entre les personnes et les choses: à l'épreuve des procréations artificielles, Paris, LGDJ, 1996.

princípios personalistas segundo os quais, a pessoa deve sempre ser considerada como um fim em si mesma e não como um meio, deve proteger especialmente o interesse da criança a ter uma família biparental constituída por seus pais biológicos. Ao mesmo tempo, a vida humana merece ser protegida desde o início de sua existência dos riscos de dominação pela técnica."[12]

Pode-se afirmar e, parece plenamente procedente, a idéia de que o direito de gerar não é absoluto, ou que o direito ao filho não pode ser um argumento que abra as portas à todas as possibilidades de reproduzir artificialmente. Os motivos evocados para restringir-se esse acesso ilimitado às técnicas, ora referidas, fundamenta-se em rejeitar o tratamento da criança como sendo uma "coisa", "um objeto-devido", negando-se irresponsavelmente a sua dignidade de pessoa.

Não é apenas o exercício da liberdade individual que deve ser observado quando da possibilidade de gerar uma criança sem ascendência completa, através de uma inseminação artificial com doador ou inseminação artificial post mortem, mas também está em jogo outros interesses relevantes.

"O direito-liberdade de fundar uma família muda de aspecto porque ele não implica simplesmente no exercício de uma liberdade individual, na esfera íntima da vida privada, mas a intervenção ativa de terceiros, jungidos às regras profissionais e, - porque está em jogo uma criança - a responsabilidade do Estado igualmente será evocada."[13]

3.3 O filho intensamente desejado justificaria a monoparentalidade projetada?

Deve-se indagar se a filiação monoparental que, aqui denominamos, projetada corresponde aos interesses da criança e respeita os seus direitos fundamentais como pessoa ou, contrariamente, vilipendia seus direitos considerando-a como simples coisa ou objeto à mera disposição dos adultos?

[12]Ver: Roberto Andorno, "Les droits nationaux européens face à la procréation médicalement assistée: primauté de la technique ou primauté de la personne?" Revue Internationale de Droit Comparé, Paris, n. 1, 1994, p. 141-152.

[13]Marie-Thérèse Meulders-Klein, "Le droit de l'enfant face au droit à l'enfant et les procréations médicalement assistées", Revue Trimestrielle de Droit Civil, Paris, 1988, p. 645.

Primeiramente, não se trata de colocar a discussão simplesmente sobre aspectos psicológicos, morais ou religiosos com relação à geração de uma criança com participação genética de doador anônimo ou de pai pré-morto mas, de saber se é justo uma criança não ter acesso à sua ascendência paterna?

A Convenção Internacional dos Direitos da Criança e do Adolescente da ONU, em seu artigo 7º, afirma que: "a criança deve ser registrada ao nascimento e ter direito a um nome, e o direito à adquirir uma nacionalidade e, na medida do possível, tem o direito de conhecer seus pais e de ser criada por eles."

Veja-se, justamente, que o direito a um ter pai e uma mãe e, de conhecer a ambos e conviver com eles é um direito que, em certos casos, pode não se concretizar, sem que se possa afirmar, no entanto, que o bem estar físico e psíquico da criança estejam comprometidos. Talvez esta atenuação ao direito à biparentalidade se refira, não simplesmente, aos casos de adoção plena, mas também, tenha-se reconhecido um espaço reservado às famílias monoparentais.

De fato, o interesse da criança deve ser preponderante mas isso não implica concluir que seu interesse se contrapõe, de forma reiterada, ao recurso às técnicas de procriação artificial e que ela não possa vir a integrar uma família monoparental, desde que o genitor isolado forneça todas as condições necessárias para que o filho se desenvolva com dignidade e afeto.

É de se ressaltar que não há, necessariamente, uma incompatibilidade entre os direitos da criança e o direito da mãe que opta pela utilização de contribuição genética de doador para gerar e que, portanto, em virtude do critério do anonimato e segredo da identidade do doador não poderá desvendar jamais à criança o nome de seu genitor.

Retomando o que abordou-se no início deste estudo, a família deste final de século não se define mais exclusivamente pela existência da triangulação clássica: pai, mãe e filho e, ainda, afirmamos que o critério biologista, ou seja, os valores simbólicos ligados à hereditariedade, parentesco sanguíneo e o direito de conhecer as origens devem ceder lugar, progressivamente, à noção de filiação de afeto, de paternidade e maternidade social ou sociológica.

Este fato, traz consigo a idéia de que o projeto de ter um filho envolve aspectos principalmente emocionais e que, para aquela mulher que deseja realmente um filho e que, para isso, se submete à participação de profissionais da medicina na realização deste projeto, violando a sua intimidade física e psíquica, merece alcançar o que, para algumas mulheres, poderia representar um descuido na contracepção, que deve rapidamente ser suprimido através das práticas abortivas.

Conclusão

Sim, defende-se a idéia de que o filho desejado e buscado será bem vindo e que o projeto de monoparentalidade pode ser exercido normalmente, como já o é, por muitas mães solteiras e viúvas e também, por alguns pais solteiros e, em casos mais controvertidos, mas já constatados, por casais homossexuais.

Acredita-se que a verdade sobre as condições peculiares do nascimento da criança devam ser reveladas, no momento oportuno, e que esta criança não será nem mais, nem menos problemática do que é uma criança que vem ao mundo pelo modo natural, pois ela também fará parte de uma sociedade composta de seres tão problemáticos e complexos, mas, igualmente tão esperançosos no futuro.

Entretanto, o direito de dar a vida só poderia ser cerceado ou limitado se a pessoa não apresentasse condições psíquicas para se ocupar de uma criança, por doença mental ou, se sua intenção de gerar fosse imoral, ou ilícita ou ainda, desvirtuasse a idéia, menosprezando o papel e a responsabilidade do genitor ou genitora na vida do filho.

Deste modo, é recomendável que se proceda um estudo antecipado do perfil da mulher que deseja ser mãe e das motivações que lhe impulsionam a uma procriação artificial com sémen de doador ou do marido falecido. Havendo preparo para o acontecimento, tudo deverá se passar como uma gravidez normal e estará superado o impasse da esterilidade e, através do auxílio do homem às forças da natureza: a vida brotará.

Enfatiza-se que a prudência deverá sempre existir quando da utilização da biotecnologia moderna e isto, em todos os domínios, mas a indagação é de saber se sua utilização serve ao homem e à vida, e ainda, se não envolvem perigos ou práticas eugênicas ou totalitárias. Guardados estes cuidados, os desafios devem ser aceitos.

Bibliografia

ANDORNO, Roberto. La distinction juridique entre les personnes et les choses à l'épreuve des procréations artificielles. Paris: LGDJ. 1996.

_____. "Les droits nationaux européens face à la procréation médicalement assistée: Primauté de la technique ou la primauté de la personne?". Revue Internationale de Droit Comparé. Paris. n. 1. 1994. p. 141-152.

ARCHER, Luis; BISCAIA, Jorge e OSSWALD, Walter. Bioética. Lisboa: Verbo. 1996.

CABRILLAC, Rémy; FRISON-ROCHE, Marie-anne; REVET, Thierry (Direção de). Droits et Libertés Fondamentaux. Paris: Dalloz. 1997.

GOMES, Orlando. O novo Direito de Família. Porto Alegre: Fabris. 1984.

FACHIN, Luis Edson. Da Paternidade: relação biológica e afetiva. Belo Horizonte: Del Rey. 1996.

_____. Estabelecimento da filiação e paternidade presumida. Porto Alegre: Fabris. 1992.

OLIVEIRA LEITE, Eduardo de. Procriações artificiais e o Direito. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 1995.

BITTAR, Carlos Alberto. O Direito de Família e a Constituição de 1988. São Paulo: Saraiva. 1989.

DELINSKI, Julie Cristine. O novo Direito da Filiação. São Paulo: Dialética. 1997.

FEUILLET-LE MINTIER, Brigitte (Direção de). L'embryon humain. Paris: Economica. 1996.

CONSEIL D'ETAT. Statut et protection de l'enfant. Paris: La documentation française. 1991.

SOULÉ, Michel. "L'enfant imaginaire, l'enfant dans la tête". Revue Autrement. Objectif bébé. Une nouvelle science: la bébologie. Paris: Seuil. n. 72. 1985. p. 47-56.

LEMAIRE, Jacques et SUSANNE, Charles (Dossier édité par). La pensée et les hommes. Bioethique: jusqu'où peut-on aller? Bruxelles: Université de Bruxelles. Nouveulle série, n. 31. 1996.

Ética, Sentimentos e a Perversidade Humana

Marco Antônio Oliveira de Azevedo

Médico e professor de Filosofia da PUCRS.

Pediram-me que tratasse das lições de Nüremberg e suas implicações com respeito à ética e aos direitos humanos, em especial, aos chamados direitos reprodutivos. Na verdade, vou aproveitar a oportunidade para propor algumas reflexões meta-éticas. Partindo dos processos de Nüremberg, sob uma ótica que talvez interesse particularmente os que estudam o que chamamos atualmente de Bioética, pretendo provocar uma reflexão sobre questões de fundamentação da moral, em especial, sobre os limites das abordagens que em ética procuram fundamentar a moralidade dos direitos humanos sob uma ótica unicamente baseada em princípios. Não espero, propriamente, convencer ninguém; minha expectativa é tão só provocar a reflexão, já que os argumentos aduzidos em favor de minha tese serão infelizmente provocadores e breves. Espero poder chamar a atenção, porém, para o fato de que há outras formas razoáveis de abordagem em filosofia e em Bioética sobre o assunto.

Comecemos por Nüremberg. Tratam-se dos processos desencadeados pelo Tribunal Militar Internacional, mais especificamente dos processos abertos em 9 de dezembro de 1946 contra médicos, subseqüentes ao processo aberto em outubro de 1945 contra militares e políticos nazistas. Na ocasião, vinte e três médicos e administradores foram acusados de participação em crimes de guerra e crimes contra a humanidade. Destes, 16 foram considerados culpados e sete foram sentenciados à forca. No tribunal, foi elaborado um documento que contém observações sobre as condições em que a pesquisa em seres humanos pode ser considerada eticamente correta, conhecido como **Código de Nüremberg**. O texto inicia afirmando que "*o consentimento livre da pessoa humana é absolutamente essencial*" para qualquer pesquisa científica. Mas somente em torno de 1972 foi que a expressão *informed consent*, ou **consentimento informado,** passou a ser empregada. Em 1948, ao final dos

processos (os condenados foram executados em 2 de junho de 1948), foi fundada a Associação Médica Mundial (WMA). No ano seguinte, em sua assembléia em Genebra, foi aprovada a *Declaração de Genebra*, que passou a ser entendida como uma verdadeira re-escritura do antigo juramento de Hipócrates. Esta é sua versão integral:

> *"Eu solenemente dou meu empenho a consagrar minha vida ao serviço da humanidade;*
> *Darei a meus professores o respeito e gratidão que lhes é devido;*
> *Praticarei minha profissão com consciência e dignidade;*
> *A saúde de meu paciente será minha primeira preocupação;*
> *Respeitarei os segredos que me forem confiados;*
> *Manterei por todos os meios ao meu alcance, a honra e as nobres tradições da profissão médica;*
> *Meus colegas serão meus irmãos;*
> *Não permitirei que considerações de religião, nacionalidade, raça, partidos políticos ou motivos sociais interfiram entre meu dever e meu paciente;*
> *Manterei o máximo respeito pela vida humana desde o tempo de sua concepção; mesmo quando em perigo. E não usarei meu conhecimento médico contrariamente às leis da humanidade;*
> *Faço estas promessas solenemente, livremente pela minha honra".*[1]

Em seu livro, "*The New Medicine, Life and Death after Hippocrates*[2], o eminente acadêmico, médico e líder evangélico, Nigel M. de S. Cameron, destaca algumas diferenças entre o antigo Juramento e a nova Declaração. Segundo Cameron, há pelo menos duas grandes diferenças entre os dois documentos: Primeiro, o documento de Genebra é inteiramente secular, enquanto que o caráter do primeiro é basicamente religioso, seja ele interpretado no contexto do paganismo pitagórico dos antigos médicos seguidores de Hipócrates, seja ele interpretado no contexto que sucedeu à antiga medicina dos gregos, tendo por base a reinterpretação da missão hipocrática à luz da doutrina cristã. Segundo, e em decorrência da primeira distinção, o documento hipocrático é um juramento feito na presença de uma divindade e sua força, afirma Cameron, deriva-se deste contexto teísta. O documento de Genebra, porém, seria uma pálida reafirmação feita na presença apenas de homens mortais, já que toda sua solenidade auto-proclamada tem somente pontos de referência 'horizontais' e não 'verticais'.

Cameron é um cristão convicto e, por isso mesmo, não poderia nem deveria pensar diferente. Toda sua preocupação com a 'Nova Medicina' deriva-se claramente de sua adesão a certos dogmas do cristianismo. Cameron caracteriza a medicina atual como pós-hipocrática. O documento de Genebra atesta seu caráter secular e, diferentemente do antigo, que para Cameron era uma '*seameless dress*', trata-se de um conjunto de preceitos abertos à sucessivas modificações. De fato, em 1960, a Associação Médica Mundial modificou a penúltima cláusula do documento, substituindo a expressão '*desde o tempo de início da concepção*' por '*desde seu início*', o que para Cameron é de suma significação.

Assim, para Cameron, a medicina nazista é um marco, um exemplo aberrante e perverso de como a medicina não só pôde mas de fato pode ser facilmente modificada em seus preceitos e conceitos mais tradicionais. A medicina, como toda profissão, sempre esteve intimamente relacionada às elites dominantes em qualquer sociedade. Assim, há uma tendência quase natural de que a medicina, como profissão, acompanhe as mudanças que ocorrem ou podem ocorrer nos valores compartilhados pela sociedade. Há evidentemente um risco de que a Medicina perca seus referenciais tradicionais, risco este acentuado em uma sociedade secularizada. Cameron parece lembrar-nos do fim do penhasco de uma encosta escorregadia (*sllipery slope*), a que todos somos sujeitos a cair caso rompamos os elos que nos unem às tradições e passemos a costurar novos e sucessivos remendos, ainda que em lamento a tais elos perdidos.

Quero dizer a vocês que isso me parece absolutamente verdadeiro. Isso em que pese eu tenha sido criado, e minha consciência política e médica ter sido gerada, em uma outra época, à luz de novas tradições. Sou partidário das mesmas opiniões gerais que acredito também

[1] Para comparação, esta é o primeiro parágrafo do famoso Juramento de Hipócrates: "*Eu juro por Apolo, o médico, e por Asclépio, Higéa e Panacéa, e todos os deuses e deusas, fazendo-os minhas testemunhas, que eu cumprirei este juramento e este código, de acordo com minha habilidade e juízo*" (traduzido de Ludwig Edelstein, *Ancient Medicine*, J.Hopkins U.P., Baltimore, USA, 1967 (1987), p.6.

[2] Cameron, N.M. de S., *The New Medicine, Life and Death after Hippocrates*, Crossway Books, Illinois, USA, 1992.

tenham muitos de vocês acerca da necessidade do respeito à autonomia, aos direitos humanos que consideramos universais, ao direito das mulheres à privacidade, aos seus direitos reprodutivos, à contracepção e também ao aborto. Mas não creio que justifique hoje estas opiniões da mesma maneira como muitos se apressam a justificá-las. Parecem-me profundamente verdadeiras afirmações, a princípio conservadoras, como as de Cameron. O mesmo diria do modo como filósofos que, como a professora Elizabeth Anscombe[3] (aliás, uma católica fervorosa) e Alasdair MacIntyre, autor de After Virtue[4], assinalaram o fracasso das várias tentativas da moral iluminista de justificar nossas crenças em uma moral universalista.

Eis o grande problema da filosofia moral moderna, em especial, das várias tentativas de fundamentação racional de uma moral universal: lidar com conceitos remanescentes de concepções que perderam com a secularização do mundo moderno o contexto em que suas formulações metafísicas faziam sentido. Um exemplo é o conceito de **dever**. A doutrina kantiana, por exemplo, tem como seu núcleo principal a noção de que agir moralmente é agir por dever. A compatibilidade com a noção de autonomia só é obtida na medida em que ter autonomia é agir *por* dever e não meramente *conforme* o dever. Agir apenas em conformidade ao dever, segundo princípios meramente hipotéticos, não é agir livremente.

Bom. Nossa noção de **dever** acha-se intimamente ligada à nossa noção de lei. Analiticamente, só há dever com respeito a uma lei. Isso foi claramente reconhecido por Kant e é compatível também com o que pensavam os pensadores cristãos. Kant falava de uma lei moral, reconhecida por todo sujeito autônomo (numa espécie de raciocínio circular em que dever e autonomia se auto-justificam). Numa outra linguagem, esta relação necessária entre dever e lei, foi também reconhecida por Hobbes. Direitos e Deveres somente se caracterizam por referência à leis derivadas de convenções e contratos. Como fundamento de todo contrato, porém, deveria haver algum direito que respondesse pela liberdade original de cada um. Então Hobbes sustentou a existência de um direito natural que se derivaria de uma suposta lei natural. Por natureza, então, seríamos seres egoístas, dispostos a destruir o outro se for

[3] Anscombe, G.E.M., *Modern Moral Philosophy*, in Philosophy, The Journal of the Royal Institute of Philosophy, Vol XXXIII, nn. 124, jan, 1958.
[4] MacIntyre, A., *After Virtue*, Duckworth, 1981.

preciso, de onde Hobbes sustenta que partimos de um direito de natureza a princípio ilimitado. E é só em função de um cálculo egoísta e racional que somos capazes de domar nossos impulsos naturais em favor de benefícios a longo prazo. Daí surge o contrato social.

Todas estas idéias, tão características do racionalismo moderno - e que se caracterizam por tentar fundar o Direito e a Justiça, de algum modo, num conceito metafísico ou transcendental de autonomia - representam uma guinada metafísica em relação ao pensamento dos antigos e sobretudo dos medievais. A alma, considerada a sede da autonomia, é sede da razão e, assim, a fonte do Direito e da Justiça. Veja-se o pensamento, por exemplo, de Descartes e Locke. Porém, entre os medievais (e alguns modernos conservadores, como Pascal, por exemplo), a moral tinha sua sede não na racionalidade, mas no coração. Nossas crenças morais seriam derivadas não do raciocínio, mas da fé. Questões como a existência de Deus e a imortalidade da alma, fundamentais a toda moralidade cristã, seriam por essência inacessíveis à razão finita.[5]

Em substituição a este sujeito que crê com uma fé inacessível à razão, surge o sujeito transcendental. Este sujeito auto-consciente, que, como tal, garante o fundamento de toda ciência exatamente por estar fora do próprio mundo. Assim, a Ética torna-se uma disciplina autônoma e pura, como em Kant, por exemplo. A Ciência passa a tratar de uma natureza objetiva e sem conotações valorativas. E isso vai seguir muito longe, na concepção, por exemplo, do próprio Wittgenstein do Tractatus. A doutrina moral, sustentada por estes modernos, e como vemos, por alguns famosos contemporâneos, mantém os preceitos antigos de uma '*law conception of ethics*', como diz a professora Anscombe, em seu famoso texto '*Modern Moral Philosophy*', mas em uma época em que termos como 'dever' e 'obrigação' deixaram de fazer o mesmo sentido transcendente que antes faziam. O único filósofo que pensou na contramão desta corrente, diz Anscombe, foi David Hume.

Segundo Hume, toda a tentativa de fundamentar apenas racionalmente a moralidade leva ao ceticismo. O entendimento é, para ele, uma capacidade limitada, ou melhor, é apenas uma de nossas faculdades. Por isso, Hume em seu livro, o Tratado da Natureza Humana, de-

[5] A propósito, sugiro consultar o livro do prof. Denis Rosenfield, *Descartes e as Peripécias da Razão*, Ed. Iluminuras, 1996.

pois de apresentar como o entendimento, levado em sua abstração destacada do mundo, leva-nos a paradoxos céticos, afirma que só podemos reencontrarmo-nos com nossa verdadeira natureza se pudermos dispor de **todas** as nossas faculdades, especialmente de nossos sentimentos.[6] Voltarei a isso mais adiante. Agora, faço uma ponte entre esta afirmação de Hume e a afirmação de Alasdair MacIntyre, de que nos encontramos sob um contexto em que as tradições acham-se misturadas umas às outras, onde as polêmicas caracterizam-se pela ausência de respostas, pela impossibilidade radical de consenso. Vejam o caso conhecido das justificações do aborto pelos grupos pró-escolha e pelos grupos pró-vida.

Em Bioética, nós temos inúmeros exemplos. Como justificar a eutanásia? Há diferença entre matar e deixar morrer? Há casos em que parece justificado não tratar alguém ou inclusive tirar-lhe a vida? E o caso da genética? Por que motivos poderíamos dizer que somos contra a clonagem? Em uma participação recente em um painel promovido pela Comissão de Justiça e Direitos Humanos, eu iniciei questionando, afinal, se podemos dizer que clonar seres humanos é errado **por princípio**, como o próprio Hans Wilmut teria afirmado. Penso que deveríamos refletir por que é tão difícil mostrar que princípio é esse, que norma, que lei é essa que nos impede de clonar seres humanos? O mesmo pode-se questionar quanto às novas tecnologias de reprodução. Há algum princípio que proibiria a experimentação, a manipulação de embriões? Bom, certamente que existem princípios, mas a questão é se todos concordamos acerca deles. A maioria destes princípios somente são compreensíveis no interior de alguma crença religiosa ou concepção metafísica teísta ou ao menos mística. E mesmo uma ética de princípios *prima fácie* como a dos bioeticistas Tom Beauchamp e James Childress[7], fundada em uma teoria moral que vai de Kant a John Rawls[8], não me parece permitir uma forma consensual de solução de dilemas. Sua estratégia, que consiste em propor que busquemos a solução mais coerente possível, a partir de um balanço entre os princípios *prima fácie* de uma moralidade comum em conflito, apenas elite o dilema meta-ético: afinal, nossos juízos morais

[6] Ver Baier, Annette, *A Progress Of Sentiments, Reflections on Hume's Treatise*, Harvard U.P., 1991.

[7] Tom Beauchamp & James Childress, *Principles of Biomedical Ethics, 4ª edição, Oxford Press, 1994.*

[8] Rawls, John, *A Theory of Justice*, Harvard UP, 1971.

podem ou não ser objetivos: isto é, será que nossa solução balanceada corresponde ao que afinal *devemos* fazer?

Agora, eu pergunto a vocês: considerando também *prima fácie*, sem levar em conta princípios, normas ou qualquer metafísica ou teologia, vocês concordam ou não que há diferenças entre não tratar um paciente com o diagnóstico de coma irreversível e prognóstico reservado e deixar morrer de inanição num manicômio, suponhamos, esquizofrênicos ou indivíduos com deficiência mental grave? Há diferença entre abortar um feto (não digo um embrião, digo um feto) com Síndrome de Down e um feto com anencefalia?

Segundo Cameron, não. Mas sua resposta é diferente de muitos que hoje defendem que não há diferença apenas por motivos lógicos. Por exemplo, um autor chamado Kenneth Shaffner, de Pittsburg, escreveu um belo artigo na revista Critical Care Medicine, de 1988, sustentando que, do ponto de vista lógico, deixar de dar medicamentos, água e comida a um paciente é, causalmente, o mesmo que matá-lo. Com isso ele também quer dizer que todas as implicações morais e jurídicas eqüivalem. Será?

Voltemos ao Dr. Cameron. Segundo ele, a medicina perversa praticada pelos médicos no Nazismo teve como antecedentes uma série de resoluções e políticas tomadas pelo Estado com a conivência dos médicos alemães. Benno Müller-Hill, professor de genética na Universidade de Colônia, e autor do livro *Murderous Science*, lembra que, em julho de 1933, foi proclamada a "*lei para a prevenção da progenia de defeitos hereditários*", que permitia a esterilização compulsória em casos de defeitos mentais congênitos, esquizofrenia, psicose maníaco-depressiva, epilepsia hereditária e alcoolismo severo. Na primavera de 1937, uma decisão é tomada para que todas as crianças de cor sejam esterilizadas. Em 1938, a eutanásia por inanição já era praticada nos hospitais psiquiátricos. Em 1939, inicia a Segunda Gerra Mundial com a invasão da Polônia. Em outubro deste ano, como parte do programa conhecido como 'Programa de Eutanásia', questionários foram distribuídos aos médicos que atendiam nos manicômios. Nestes questionários, cujo preenchimento não era compulsório, mas remunerado, assinalava-se com um cruz os pacientes que os médicos indicavam para eutanásia. Consta que 283 000 questionários foram processados e que ao menos 75 000 deles foram marcados com uma cruz.

Durante a guerra, seguiram-se os chamados experimentos com

prisioneiros políticos, alvo principal dos processos de Nuremberg. Dentre os experimentos, destacam-se as pesquisas que visavam a um efetivo e barato método de esterilização em massa. Um grupo de experimentos foi realizado em Auschwitz, no qual observava-se o efeito de injeções intra-uterinas das mais variadas substâncias. Muitas mulheres morreram devido a isso. Viktor Brack, um administrador sentenciado à forca em Nuremberg, propôs a Himmler uma forma de esterilização masculina com o uso de aparelhos de raio-X postos no interior de mesas comuns. Centenas de homens, a maioria judeus, sentavam-se junto a mesas para preencher questionários, enquanto eram inocentemente esterilizados por tais máquinas. O programa falhou, já que os submetidos ao programa passaram a sofrer de severas queimaduras. Em Dachau, padres católicos eram submetidos a dois tipos de experimentos: em um deles, observava-se os efeitos da inoculação de germes, como a malária ou o bacilo da Tuberculose; eu outro, observava-se os efeitos do frio intenso no organismo humano.

Bom, creio que isso é suficiente para lembrar estas atrocidades. Tais perversidades são tomadas hoje como evidentes afrontas aos direitos humanos. A questão é: em que sentido elas são evidentes? Segundo os críticos às novas tecnologias e às novas formas de justificação moral apresentadas pelos bioeticistas contemporâneos, a medicina sob o nazismo representa apenas a conseqüência final da perda dos referenciais da medicina hipocrática. Assim, não é à toa que o Dr. Cameron lembra que antes dos experimentos com seres humanos durante a guerra, havia uma mudança progressiva nos costumes morais dos médicos alemães. A admissão da eutanásia foi um evento precursor. A falta de uma tradição e de uma justificativa transcendente aos pactos que caracterizam a relação médico-paciente fez, segundo ele, com que apenas relações intra-mundanas passassem a operar. Estas, porém, são variáveis, mudam conforme os jogos de interesses e, a depender das elites dominantes, influenciam diretamente profissões como a medicina.

Não vejo, porém, como uma ética fundada em supostos racionalistas possa oferecer alguma imunidade contra a perversidade humana. Assim, volto a uma reflexão que foi feita por Hume no século XVIII, mas que foi esquecida pelos estudiosos, já que Hume foi tomado apenas como um cético e suas teses críticas à metafísica de Espinosa, às teses sobre a identidade pessoal de Descartes e Locke, apenas como uma porta de entrada para a filosofia de Kant. Porém, ao contrário de Kant, a

filosofia de Hume era naturalista. Suas teses sobre a moralidade derivam-se de sua concepção sobre a natureza humana. Hume reduziu os fundamentos da moralidade, tal como ele referiu em uma famosa carta a Francis Hutcheson em 1740, apenas a '*human nature & human life*'. Para Hume, a razão é um mero instinto peculiar a serviço de nossas paixões. Somos seres vinculados por laços afetivos. Como Hobbes, Hume via a humanidade como unida por relações naturais de co-dependência. Todavia, ao contrário de Hobbes, o fundamento dos contratos sociais que garantem nossa convivência mútua encontra-se em nossa natureza afetiva. Hume, muito antes dos etobiologistas contemporâneos, afirmou que temos uma espécie de propensão natural a sentir o que os outros sentem mediante **simpatia**, ou comunicação de sentimentos. E isso está na origem de nossa propensão à convivência. É fato, porém, que nossa adesão ao Direito e à Justiça faz-se mediante o reconhecimento de que numa sociedade justa ganhamos mais do que perdemos. Esta é a origem da Justiça. Neste sentido, Hume era também um utilitarista, como Hobbes. Porém, segundo ele, ainda que o interesse possa ser o motivo inicial ou original da Justiça e do Contrato Social, tal como supunha Hobbes, seria vão esperar que apenas mediante uma conveniência de interesses pudéssemos vir a considerar que mesmo os mais distantes de nós devessem ser respeitados, tal como hoje sustentamos a partir dos Direitos Humanos. É preciso algo mais. A Justiça e suas normas, ou leis, constitui obrigações que se derivam de um reconhecimento ou evidência peculiar que Hume considerava equivalente às evidências *naturais* que nos permitem raciocinar sobre causas e efeitos. É a mesma evidência empregada pelos utilitarista em seu cálculo de utilidade. Em Hume a isso correspondiam nossas usuais convenções. Mas o sentimento do certo e do errado, de uma obrigação genuinamente *moral*, deve-se a algo que tem origem em nossa natureza sensível. Assim, é a estima pelo público em geral, derivada de nossa propensão à simpatia, que nos faz aderir naturalmente à Justiça.[9] Se Hume estava efetivamente certo em todos os aspectos de sua teoria, bom, isso é outro problema. Parece-me, todavia, que o que nos aborrece e nos horroriza ao ouvir falar do nazismo não é, porém, algo derivado de qualquer tipo de conclusão racionalmente fundamentada. Nos horrorizamos, e é exatamente isso que importa. São os nossos sen-

[9]A propósito, ver Hume, *Treatise of Human Nature*, Livro III, parte iii, seção i, p. 579, Ed. Selby-Bigge.

timentos que são mobilizados. É eles que nos mobilizam a condenar moralmente tais atos e formas de expressão dos sentimentos humanos não aprazíveis e, por certo, desprezíveis, que tanto macularam a história da humanidade. Assim, se quisermos dar um passo a mais na tentativa de solucionar os problemas de uma moralidade contemporânea, incapaz de fundamentar racionalmente, e menos ainda consensualmente, suas crenças na justiça e na democracia, incapaz de oferecer uma justificativa aceitável a diferenças morais que sabemos existir (por exemplo, entre matar um inocente e realizar um aborto), parece-me que o melhor é voltarmos novamente para o nosso coração e buscar compreender como os nossos sentimentos dão forma e sentido à esta nossa natureza a que orgulhosamente chamamos de humana.

Direitos Humanos, Ética e Direitos Reprodutivos

Alda Elizabeth Teixeira

advogada, Jus Mulher

Quando se realiza um curso de extensão como este, de "Direitos Humanos, Ética e Direitos Reprodutivos", se está, justamente, trazendo à comunidade a oportunidade de refletir sobre o que efetivamente sejam os "Direitos Humanos", direitos estes assegurados pela Carta Magna em seu art. 5º.

Vale registrar que os "Direitos Humanos" no Brasil, apesar de formalmente consagrados pela Constituição, em termos concretos quase nada valem quando homens historicamente localizados se vêem reduzidos à mera condição genérica de "humanidade", portanto, sem a proteção efetiva de um Estado capaz de identificar as diferenças e as singularidades dos cidadãos, de promover justiça social, de corrigir as disparidades econômicas e de neutralizar uma iníqua distribuição tanto de renda quanto de prestígio e de conhecimento.

Pablo Casais já dizia que a maior dificuldade do ser humano é justamente ser humano, e ao tratarmos sobre Direitos Humanos, temos que ter em mente, primeiramente, em que consistem estes direitos tão brandamente defendidos neste seminário.

Carlos Cossio, para delimitar o objeto da ciência jurídica, indagou sobre o "ser" do direito, concentrando sua atenção em uma série de elementos ou caracteres da complexa realidade jurídica, tendo por objetivo primordial integrá-los numa concepção ontológica unitária e congruente com a referida realidade.

No que diz especificamente com o tema que me foi sugerido enfrentar, "Responsabilidade Civil por Erro e Negligência nas Instituições de Saúde", vale salientar primeiramente o que seja "Responsabilidade Civil".

Há responsabilidade civil toda vez que uma pessoa ou entidade deva reparar o dano, a que deu causa, sofrido por outra pessoa.

Assim, sempre que as Instituições de Saúde agirem ilicitamente, que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violando direito alheio ou causando prejuízo a outrem, ficarão obrigadas a reparar o dano.

A responsabilidade dos hospitais em face de seus pacientes, internos ou não, é contratual, semelhante a dos hoteleiros, pois, no dizer de José Aguiar Dias, "na realidade, essa obrigação participa do caráter das duas responsabilidades com que se identifica, isto é, tanto compreende deveres de assistência médica, como de hospedagem, cada qual na medida e proporção em que respondem, isoladamente, os respectivos agentes".

Distinção entre responsabilidade do médico e da entidade hospitalar

Em realidade, a questão acirra-se ao perguntarmos quando deve ser atribuído ao médico pessoalmente a responsabilidade e quando devemos atribuí-la ao hospital?

Em nosso entender, se o médico atuar no respectivo hospital mediante contrato de prestação de serviços, deve ser considerado seu preposto e este responderá pelos atos culposos daquele. O hospital, contudo, terá direito de reaver o que pagar através de ação regressiva contra o causador direto do dano.

Faz diferença se o médico é contratado ou não do hospital?

Se o médico não for preposto e sim profissional independente que tenha usado as dependências do nosocômio por interesse ou conveniência do paciente ou dele próprio, quer em razão de aparelhagem ou qualidade das acomodações, deverá ser apurada a culpa isoladamente, do médico e da entidade hospitalar.

Assim, caso o paciente tenha sofrido dano por ato culposo exclusivo do profissional que o atendeu, apenas este poderá ser responsabilizado.

Caso comprovado o procedimento incorreto do estabelecimento através da ação ou omissão de seus dirigentes ou preposto, podendo estes ser médicos, enfermeiros e funcionários em geral, então este poderá responder, se a ação ou omissão culposa dele provier, ou o hospital e o médico, solidariamente, se ambos agiram culposamente.

Nos Estados Unidos, aplica-se, em alguns Estados, a teoria de que a coisa fala por si mesma, isto é, ante a ocorrência de um fato - morte do doente, paralisia de um membro, amputação, etc. - surge a presunção

de negligência, contra o médico e a favor do paciente, facilitando, assim, ao lesado provar a culpa médica, pois o objetivo é a indenização.

No Brasil, quanto à responsabilidade médica, o elemento de referência é a análise da culpa individual do médico (responsabilidade subjetiva), com ônus da prova a cargo do ofendido.

Em determinados casos pode-se presumir a culpa, como por exemplo, na hipótese de cirurgias plásticas estéticas, exames de laboratório e check-ups

. Presume-se, também, a culpa de hospitais e clínicas, quanto aos atos de seus propostos.

Quanto aos Bancos de Sangue e de Sêmem, a culpa é presumida, isto é, utiliza-se a teoria da responsabilidade objetiva, transferindo-se ao causador do dano o ônus de provar que não agiu culposamente para eximir-se da obrigação de indenizar.

A Constituição Federal nos arts. 196 e 200, dispõe que a saúde é direito de todos e dever do Estado, incumbindo ao Poder Público a fiscalização da coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados.

Como exemplo podemos citar: Em 1991, Juiz Federal do Rio de Janeiro, em demanda movida pela viúva e filhos de "Chico Mario", irmão do cartunista Henfil, que morreu de AIDS, contraída em transfusão de sangue, condenou a União Federal e o Estado do Rio de Janeiro a indenizarem os autores. É claro que exemplos como este são difíceis de encontrar, mas ocorrem.

A negligência é o oposto da diligência, vocábulo de origem latina "diligere", que significa agir com amor, com cuidado e atenção, evitando quaisquer distrações e falhas. Enquanto que a negligência, como sabemos, caracteriza-se pela inação, indolência, inércia, passividade e omissão. É a falta de observância aos deveres que as circunstâncias exigem.

A negligência do hospital sem a concorrência do médico é possível. E o exemplo que apresentamos é americano. A Corte Suprema do Colorado condenou um hospital por negligência, em virtude da lesão causada por uma enfermeira, ao aplicar injeção no nervo ciático do paciente. Importante: Não houve censura ao médico, nem à própria enfermeira. Apenas ao hospital, pois tais tarefas não são supervisionadas.

Outro assunto digno de nota e preocupante, apesar de em nosso meio jurídico não estar entre as ações prioritárias, é a Responsabilidade Civil

em Infecção Hospitalar.

Em 1990, mais de 1 milhão de brasileiros contraíram infecção hospitalar e destes 53 mil acabaram morrendo. (dado da Folha de Londrina do dia 27.08.91).

A Portaria 196, de 14.06.83, do Ministério da Saúde, impõe rigoroso controle da contaminação ambiental de hospitais e casas de saúde, obrigando-os a constituir e manter uma comissão de Controle de Infecção Hospitalar cujas atribuições principais são:

- exercer rígida vigilância epidemiológica do hospital;
- elaborar normas técnicas para a prevenção das infecções hospitalares mais ocorrentes;
-exercer o controle do uso de antimicrobianos;
- entregar à direção do estabelecimento relatório dos casos de doenças de notificação compulsória
- (obrigatória) às autoridades sanitárias.
- Inventariar os casos de infecção.

Caso não cumpram as normas estabelecidas, e venha a ocorrer infecção hospitalar, pelo inadequado procedimento diagnóstico ou terapêutico, a autoridade sanitária poderá impor as sanções previstas no art. 5º do Decreto 77.052, de 19.01.76 - ou seja - autuação do estabelecimento, interdição, comunicação à autoridade policial para instauração de inquérito - dentre outros.

A Portaria define, também, operação limpa ou asséptica e classifica em seu Anexo II, inciso I, as infecções hospitalares em dois grupos:

1º - infecção comunitária, não institucional ou hospitalar, constatada ou em incubação no ato de admissão do paciente e não relacionada com a intervenção anterior no mesmo hospital.

2º - inspeção hospitalar propriamente dita, institucional ou nosocomial, qualquer infecção adquirida após a internação do paciente e que se manifeste durante a permanência no hospital ou mesmo após a alta, quando puder ser relacionada com a hospitalização.

A responsabilidade civil contemplada no art. 1.545 do Código Civil, abrange somente a categoria profissional dos médicos, cirurgiões, farmacêuticos, parteiras e dentistas, adotando a teoria da responsabilidade subjetiva, baseada na culpa, isto é, cabendo o ônus da prova a vítima, para que seja reparado pelo agente o dano sofrido.

No entanto, quando o tema é responsabilidade civil dos hospitais e clínicas de saúde, não encontramos proteção legal, pois estas institui-

ções não foram contempladas pelo legislador em nosso diploma legal. Mas o direito sempre possui o remédio certo para a cura do enfermo da injustiça, aplicando-se pois a estes casos a teoria objetiva, onde a culpa é presumida, devendo o agente reparar o dano. Inverte-se assim o ônus da prova. Cabe, entretanto, esclarecer que não esta a vítima impedida de fundamentar seu pedido na culpa da instituição e prove ela mesma a negligência do hospital.

Exemplo: Em 10.08.93, as autoridades fecharam um Hospital em Curitiba, descredenciando-o do SUS - Sistema Único de Saúde, por falta de higiene. Por que? Faleceu uma paciente de 23 anos, que se submetera a parto cesário, de infecção. O prédio encontrava-se em reformas, constatou-se o cruzamento de materiais contaminados e esterelizados, procedimentos de desinfecção de material reutilizáveis deficientes e o mais grave, uma Comissão De Controle De Desinfecção Hospitalar Que Não Atuava.

A primeira análise feita pelos juízes é quanto ao grau de eficiência da comissão de controle de desinfecção hospitalar.

Se deficiente ou inexistente, firma-se a procedência dos pedidos dos autos.

Se existente e atuante, nenhuma culpa se poderá imputar ao estabelecimento, já que, o risco de infecção é alto nos atos cirúrgicos.

Esta é a tendência nos julgados das diversas cortes do país, em ações indenizatórias desta natureza.

A responsabilidade da instituição hospitalar não é a obrigação de resultado, mas é obrigação de meio exigir eficiência das Comissões de Controle, não podendo culpar apenas o Sistema, já que é de nosso conhecimento que a saúde no brasil, não é vista pelas autoridades como prioridade, é necessário debelar o mal, não abandonando o paciente, sem prosseguir com os cuidados terapêuticos exigidos, pois existe um princípio ético inafastável que impõe a tais Entidades assumir a defesa da saúde do paciente no interior do estabelecimento hospitalar.

"Aguiar Dias, entende que a responsabilidade hospitalar encerra a obrigação de resultado, pois esta consiste em proteger e guardar o paciente de tudo que lhe possa causar algum dano".

Importante, sobre o assunto, a Ementa do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul - "A entidade mantenedora de hospital é responsável civilmente por infecção contraída por pacientes baixados em suas dependências. A entidade mantenedora não presta meros serviços de hotelaria,

mas é fornecedora de equipamento e do instrumental cirúrgico; empregadora do corpo de enfermeiras e é credenciador do corpo médico.

Se a infecção não decorreu do ato cirúrgico stricto sensu, isto é, do modus operadi do cirurgião, do chamado erro médico, resultante de culpa do cirurgião, no próprio ato operatório, não há como afastar a responsabilidade da entidade mantenedora do hospital. O que ocorre, fato público e notório, é que os hospitais, de há muito, se tornaram casas de alta rotatividade de pacientes, dando alta e obrigando os médicos, seus funcionários a dar alta o mais rápido possível, às vezes para lucros maiores, quase sempre, porém, há que se reconhecer por necessidade de demanda. Essa circunstância, porém, não exime os hospitais da obrigação de só dar alta aos pacientes, mormente em casos de cirurgia de maior risco, inclusive aqueles de risco extremado de infecção, quando superadas as possibilidades de tal acontecer".

Da gratuidade dos serviços prestados

Quanto ao fato de ser o atendimento gratuito ou não, em nada muda a questão.

Em se cuidando de direito à vida e á saúde, resguardados pela Constituição Federal como garantia fundamental irretirável, a circunstância de os serviços prestado serem gratuitos não tira o dever de a entidade hospitalar assegurar esses direitos sagrados do paciente.

A responsabilidade civil em tais casos não se prende apenas a uma garantia estabelecida em contrato mas, ainda, ao direito de resguardo concedido e assegurado pela Lei Fundamental, de modo que a ausência de contrapartida pecuniária não subtrai da entidade hospitalar o dever de indenizar.

Da culpa in vigilando dos prepostos e do dever de indenizar

Há danos materiais ou morais suportados por pacientes ou parentes, em caso de morte, causados não em razão da atuação dos médicos u das casas de saúde diretamente junto às vítimas, no tratamento específico do mal que as acomete ou do procedimento médico contratado, mas decorrente da "culpa in vigilando"ou "in eligendo" dos prepostos, enquanto os pacientes, clientes ou internos estão hospedados ou internados no hospital e, portanto, acobertados por cláusula de incolumidade.

Como exemplo citaríamos as quedas sofridas pelos pacientes por falta de cuidado dos enfermeiros e serviçais;
os suicídios ou tentativas de suicídio cometidos pelos internos com distúrbio mental;
a fuga de pacientes do hospital, que vêm a sofrer acidente já fora das dependências hospitalares, ou causem mal a terceiros.

Nestes casos, responderá a Instituição de Saúde como empregador, com culpa presumida de seus prepostos, com fundamento no art. 1.521, III do Código Civil.

Jurisprudência

Responsabilidade de Hospital - Ato de Enfermagem - Culpa Presumida - Dano Moral - Correção Monetária - Ato de enfermagem praticado por empregado seu (enfermeiro), em doente internado no estabelecimento, ocasionando perda parcial de membro superior. - Na indenização inclui-se o dano moral (mutilação). - No cálculo da reparação não se inclui a correção monetária, por falta de lei que a autorize. (Ac. unân. da 2a Turma do STF, de 12.06.1972, rel. Min. Thompson Flores, in RF, 244/101.)

Responsabilidade Civil - Hospital - Comprovada a culpa dos prepostos do INPS em atendimento hospitalar que ocasionou danos ao autor, é obrigação da autarquia repará-los. Idenizáveis os prejuízos apurados no curso da ação, sendo indevidas quaisquer indenizações futuras. Correção monetária a partir do ajuizamento da ação. (TFR, rel. Min. Hélio Pinheiro, Ver. Jur. 159/149).

Responsabilidade Civil - Erro Médico - Estagiário - Culpa do Médico Responsável Pelo Parto - Convênio - Responsabilidade Objetiva do Hospital e do INAMPS.

Tendo o médico atribuído ao estagiário, estudante de medicina, ato privativo seu e sem os necessários cuidados, vindo a causar danos à parturiente, em decorrência do mau uso de instrumento médico-cirúrgico, configura-se ato culposo, por negligência e falta dos cuidados objetivos ou do zelo profissional necessário. Sendo o médico e o estagiário integrantes do corpo clínico do Hospital e as guias de internamento hospitalar expedidas pelo INAMPS, em nome e sob a responsabilidade do Hospital, este responde objetivamente pelos danos em decorrência de falta, do serviço. Embora seja o médico culpado integrante do Hospital e uti-

lizando-se de seu aparelhamento para a prestação de atendimento aos pacientes, como profissional autônomo, sem credenciamento, pois quem era credenciado era o hospital, a autarquia previdenciária também é responsável pela má escolha das entidades de prestação de assistência médica, pois esta seria atribuição primária do próprio INAMPS em virtude docontrato configurado no seguro de assistência aos contribuintes da previdência social. Condenação solidária do médico, que delegou ato de sua atribuição ao estagiário e estudante de medicina, do hospital, de que eram integrantes o médico e o estagiário, e do INAMPS, pelos danos que o erro médico causou 'parturiente. Os honorários advocatícios devem ser reduzidos a 15%, por ser a autora beneficiária da assistência judiciária gratuita, conforme lei específica (Lei 1.060/50, art. 11) (TRF - 1a R., rel. Juiz Vicente Leal, Ver. Jur. 159/149.)

Rio de Janeiro

Responsabilidade de Estabelecimento Hospitalar - Ato Ilícito do Preposto - Culpa In Eligendo e Culpa Contratual - Responsabilidade civil de estabelecimento hospitalar por erro profissional de membro de sua equipe médica. Questão de o médico ser considerado preposto no exercício de sua profissão para efeito de configuração da culpa presumida do empregador. Culpa contratual configurada no caso de o estabelecimento hospitalar, que mantém contrato de seguro de saúde, não ter médicos de plantão em determinados horários, substituídos por estagiários. (Ac. Unân. da 8a Câm. Civ. Do TJRJ, de 22.12.1981, rel. Des. Paulo Dourado de Gusmão, in DO, de 27.05.1982, pág. 75.)

Responsabilidade Civil - Casa de Saúde - Paciente estuprada por enfermeiro - Culpa "in eligendo"e "in vigilando" - Ocorrência de dano moral - Obrigação de indenizar - Apelação provida.
Reconhecidos a culpa in eligendo e in vigilando e também a ocorrência do dano moral, deve a casa de saúde indenizar a vítima que, durante o tratamento, enquanto sob efeito de tranquilizantes, foi estuprada por enfermeiro da ré (TJRJ, rel. Des. Ivânio Caiuby, RT 605/193.)

Responsabilidade Civil - Cirurgia plástica - Erro profissional - Deformação - Indenização - Hospital responsável.
Há responsabilidade civil de estabelecimentos hospitalar por erro profissional de sua equipe média quando ocorre culpa in eligendo.

Na cirurgia estética existe responsabilidade do médico quando há resultado diverso do pretendido pelo paciente (TJRJ, rel. Des. Dourado de Gusmão, RT 566/191.

São Paulo

Responsabilidade Civil - Hospital - Erro médico - Danos causados a paciente - Nexo causal caracterizado - Indenização devida - Condenação estendido aos funcionários denunciados à lide por terem agido com culpa grave - Declarações de votos vencedor e vencido.
Caracterizado erro médico, que causou danos a paciente internado em hospital, não se pode deixar de responsabilizar o nosocômio pelo pagamento de indenização em conjunto com os funcionários denunciados à lide que agiram com culpa grave (TJSP, rel. Des. Renan Lotufo, RT 637/55).

Responsabilidade Civil - Doente internado em hospital- Agressão por outro - Falecimento - Intervenção tardia do funcionário - Indenização pleiteada pela viúva - Ação procedente.
Na responsabilidade dos hospitais se inclui a incolumidade, mesmo quando o tratamento seja gratuito (TJSP, rel. Des. Campos Gouvea, RT 522/90.)

Funcionário Público - Instituto de Assistência Médica ao Servidor Público Estadual - Falha do Serviço assistencial -Abandono do tratamento oferecido - Fato justificado pela lentidão do atendimento e pela gravidade da moléstia - Reembolso de despesas com médico e hospital particulares pretendido do Instituto - Indenização devida.
O funcionário público que, por necessidade e falha do serviço prestado pelo Instituto de Assistência Médica ao Servidor Público Estadual - IAMSPE, tem que recorrer a médicos e hospitais particulares faz jus ao reembolso pelo Instituto das despesas pagas uma vez abandonado o tratamento oferecido em virtude da lentidão do atendimento e da gravidade da moléstia (TJSP, rel. Des. Silva Ferreira, RT 640/79.)

Responsabilidade Civil - Sanatório psiquiátrico - Morte de paciente que empreendia fuga - Dever de vigilância que é inerente ao serviço principal oferecido - Cláusula de não indenizar inoperante - Culpa "in re ipsa" caracterizada - Indenização devida - Fixação de acordo com a Súmula 490 do STF.

Ementa oficial: Responsabilidade Civil. Sanatório. Internação, a título gratuito, de doente mental carente de vigilância. Dever jurídico de vigiar e, em caso de dano, de indenizar. Ineficácia da cláusula excludente de responsabilidade. Presunção de culpa do estabelecimento em caso de dano ao incapaz.
Assume, de modo automático, claro dever jurídico de vigilância dos paciente que, acometidos de distúrbios psíquicos ou psicossomáticos, careçam de vigilância alheia todo estabelecimento que, destinado à sua internação, os acolhe, ainda que a título gratuito.
Existência de cláusula excludente de responsabilidade, nos estatutos ou no regulamento do sanatório, ainda que conhecida pelo credor da teórica indenização, não tem nenhuma validade jurídica em qualquer caso de acidente gravoso a doente mental.
Todo dano a pessoa que, por seu estado físico ou psíquico, necessite de vigilância ou assistência supõe inadimplemento do dever. De modo que, morrendo paciente que, pelas condições psicopatológicas, devia estar sob vigilância ininterrupta - enquanto tentava fugir, a culpa é suposta in re ipsa e da conseqüente presunção só se livra o estabelecimento em caso em que se livraria o tutor ou o curador, ou seja, se prova que não houve, de sua parte, culpa ou negligência (TJSP, rel. Des. Cezar Peluso, RT 652/50.)

Responsabilidade Civil - Vítima de acidente -Fratura de perna - Internação em hospital - Tratamento inadequado - Gangrena - Amputação - Ação de Indenização contra nosocômio - Procedência - Pensão mensal - Recurso provido em parte.
O hospital responde por tratamento inadequado dado a paciente que por esse motivo sofreu amputação de uma perna (TJSP, rc. Des. Álvaro Galhanone, Ap. 285.378.)

Indenização - Responsabilidade civil - Ato ilícito - Hospital - Morte de menor nele internado -Desatenção caracterizada, inobstante a absolvição criminal - Pensão devida pelo período dos 14 aos 25 anos de idade - Recurso provido para esse fim.
O menor, até os 14 anos de idade, presume-se, não contribui para a renda familiar. A partir dos 25 anos, presumivelmente, desliga-se, economicamente, de sua família de origem. Apenas nesse período, portanto, cabe indenização, decorrente de sua morte por ato ilícito. (TJSP, rel. Des. Rebouças de Carvalho,RJTJSP - Lex 142/100.)

Santa Catarina

Responsabilidade Civil - Hospital - Morte de paciente por omissão e negligência dos prepostos do estabelecimento - Indenização devida. Responde o preponente pelos atos de seus prepostos se deles advierem danos para terceiros.
Ementa oficial: Ação de indenização. Responsabilidade civil. Hospital. Negligência caracterizada pela não observância dos deveres que as circunstâncias exigem. Ato omissivo. Matéria que não foi suscitada nem discutida no processo. Impossibilidade de sua apreciação em 2a instância. Sentença confirmada (TJSC, rel. Des. Osny Caetano, RT 606/184.)

Infecção Hospitalar

Responsabilidade Civil - Infecção Contraída em Hospital - CC, art. 159.
A entidade mantenedora do hospital é responsável civilmente por infecção contraída por pacientes baixados em suas dependências. A entidade mantenedora não presta meros serviços de hotelaria, mas é fornecedora de equipamentos e do instrumental cirúrgico, empregadora do corpo de enfermeiras e é credenciadora do corpo médico. Se a infecção não ocorreu do ato cirúrgico stricto sensu, isto é, do modus operandi do cirurgão no próprio ato operatório, não há como afastar a responsabilidade da entidade mantenedora do hospital (TJRS, rel. Des. Lio Cezar Schmitt, Ver. Jur. 159/150.)

Responsabilidade Civil - Infecção Hospitalar.
A obrigação médica não é evidentemente obrigação de resultado, o mesmo devendo ser dito da responsabilidade de instituição hospitalar. Não se exige que assuma o dever de urar, de remediar todos os males, de vir a responder pela própria vida do paciente. Mas é evidente obrigação de meio não abandonar o paciente, sequer sem assistência doméstica ou ambulatorial. Tenha sido a infecção oriunda ou não de caso fortuito, isso se deu no interior da instituição hospitalar. Há mesmo um princípio ético inafastável que impõe a tais entidades, seja ou não originada de germe remoto que estivesse a permanecer de forma latente, assumir a defesa da saúde da paciente no próprio interior do estabelecimento hospitalar, exa-

tamente em razão da dificuldade de se apontar em precisão a forma pela qual veio a ser contraída a infecção, as suas origens, pois, do contrario, estaria diluída a mínima responsabilidade que poderia ser imposta ao serviço hospitalar (TJSP, rel. Des. Fonseca Tavares, ADV-1988, 38.009/218.)

Responsabilidade Civil - Hospital - Autora vítima de infecção hospitalar após cirurgia - Culpado estabelecimento - Negligência nas condições de higiene e assepsia - Responsabilidade decorrente também da teoria do risco, mesmo se culpa não houvesse - Indenização abrangendo cirurgia plástica corretiva de cicatriz oriunda da infecção, embora sem caracterização de dano estético - Procedência parcial - (Cita doutrina). Ementa oficial: Responsabilidade civil. Infecção hospitalar. Negligência evidenciada. Culpa. Aplicação, ademais, da teoria do risco. Indenização devida. Restando demonstrado que a moléstia nosocômica adquirida pela autora se dera após sua internação na unidade hospitalar onde submetera-se a operação cesariana, bem como evidenciada a manifesta desídia dos encarregados no que tange ao dever de manter o ambiente e os objetos instrumentais em condições de limpeza e assepsia exigíveis para minorar os riscos dos paciente, impõe-se a obrigação da entidade mantenedora do hospital em indenizar pelos prejuízos causados à paciente, quais sejam, todas as despesas por ela efetuadas até pleno restabelecimento, inclusive para a correção da cicatriz abdominal repugnante decorrente da infecção hospitalar.

Ademais, acresce observar, mesmo que a culpa não estivesse suficientemente demonstrada - o que não é o caso -, a obrigação indenizatória persistiria, ante a adoção da teoria do risco no trato dos danos causados em virtude de infecção hospitalar - solução jurídica perfeitamente adequada para tais conflitos -, o que vale dizer, a ré só poderia eximir-se provando que a infecção fora decorrente de culpa da própria paciente, tendo em conta a responsabilidade objetiva, aplicável, em tais hipóteses (TJPR, rel. Juiz Conv. Maranhão de Loyola, PJ 40/135.)

Julgados Sem Origem:

Indenização - Responsabilidade civil - Hospital - Ato de preposto - Ocorrência - Responsabilidade do preponente caracterizada em face do nexo causal - Verba devida - Recurso não provido.

Indenização - Responsabilidade civil - Ato ilícito - Hospital - Erro

grosseiro de diagnóstico em tratamento inadequado - Culpa caracterizada, dispensando até mesmo a perícia - Verba devida pelo primeiro hospital que atendeu o paciente - Sentença confirmada - Recurso não provido.

Ao finalizar esta apresentação, volto a lembrar a importância e a necessidade de refletirmos profundamente sobre a preocupação do legislador ao assegurar o conjunto de direitos humanos estabelecidos na Constituição Federal. Trata-se de uma política que precisa ser implementada com seriedade através de legislação específica, que proteja efetivamente o cidadão, ainda, lamentavelmente em muitos casos, alvo de prejuízos emocionais irreparáveis.

SIDA e Direitos Humanos

Síndrome da Imunodeficiência Adquirida

Dani Rudnicki
advogado

A SIDA é conhecida popularmente como AIDS (sigla da denominação em língua inglesa). É a Síndrome da Imunodeficiência Adquirida: síndrome de conjunto de sintomas ou sinais de doença; imunodeficiência do momento no qual o sistema imunológico de uma pessoa não pode proteger o corpo, o que facilita o desenvolvimento de diversas doenças; e adquirida do fato de que ela não é hereditária, depende de infecção pelo Vírus da Imunodeficiência Humana (VIH).

Esse tipo de conceito, porém, não me parece suficiente, limita-se a relatar aspectos clínicos. E, quanto a isso, o médico Jonathan Mann, quando era responsável pelo programa de controle da SIDA da Organização Mundial de Saúde (OMS), em 20 de outubro de 1987, perante a Assembléia Geral da ONU, alertava que a SIDA, na verdade, representava três epidemias: a primeira da infecção pelo vírus; a segunda das doenças infecciosas e a terceira das reações sociais, culturais, econômicas e políticas. Ele acrescentava, desde aquela época, ser essa última tão fundamental quanto a própria doença e, potencialmente, mais explosiva do que aquela.

Nesse sentido, também Herbert Daniel, para quem "atribui-se à ciência, de forma quase imediata, o papel de descobrir soluções médicas. Coisas bem restritas. Não estarão solucionando nenhum Grande Enigma. Estarão dando uma explicação médica sobre uma doença. Ou seja, uma interpretação científica de certos danos e fatos na relação entre agente etiológico e a evolução da patologia" (p. 100).

Por isso, opto por um conceito histórico-cultural da SIDA, como o que se segue.

A SIDA foi diagnosticada pela primeira vez em 1982. Aparece como uma nova doença; logo, porém, assume um caráter bem mais amplo, mostrando-se um poderoso fator de discriminação. Decorrência de características das pessoas então identificadas como portadores: homosse-

xuais masculinos norte-americanos com idade entre os trinta e quarenta anos. Isso leva os médicos, respaldados pelos meios de comunicação, a pensar no surgimento de um câncer gay - denominação decidida sem ter por base nem sequer o conhecimento do agente transmissor da Síndrome.

Pouco tempo depois, identificavam-se inúmeros casos de semelhante problema em território africano. As hipóteses então levantadas explicavam o surgimento da epidemia como resultado de rituais tribais envolvendo macacos, animais nos quais se descobriu vírus semelhante ao VIH. A teoria estava montada. Trabalhadores haitianos, com passagem pela África, teriam disseminado o vírus para os Estados Unidos através de relacionamento homossexual com norte-americanos.

Assim como a sífilis em épocas passadas, percebe-se uma perfeita manipulação dos fatores sexuais e econômicos de discriminação. Afinal, hoje, embora se tenha claro que a transmissão sexual da SIDA não é restrita ao comportamento homossexual e que, se a origem da epidemia foi realmente a África, a causa mais provável são experiências de cientistas do Primeiro Mundo em território subdesenvolvido, a idéia inicial persiste no inconsciente coletivo, mesmo que o perfil atual da Síndrome seja de caráter pandêmico, atingindo todas as faixas etárias, independentemente de classe social e comportamento sexual.

A vontade de estar imune ao perigo, que seria reservado ao outro, ao pecador, remonta ao século XVIII, quando Cotton Mather (pregador e escritor puritano da Nova Inglaterra, 1663-1728) dizia que a sífilis era um castigo "que o justo juízo de Deus reservou para nossa era tardia" (apud Sontag, 1989, p. 72).

Hoje Dom Eugênio Sales escreve a respeito da SIDA:

"E cai, como raio, na humanidade, o perigo da AIDS... Surge como imposição que atinge, em cheio, a inversão sexual, a troca de parceiros, uma interminável lista de assuntos condenados pela legislação divina... Esse clima revela a decadência dos costumes com as conseqüências de um comportamento humano quando contraria o destino para o qual fomos criados...

Os flagelos sociais servem de instrumento para despertar a consciência, explorar a imoralidade reinante, fazer o homem retornar aos caminhos de Deus".

Essas visões apocalípticas são absurdas. A SIDA não é algo anormal que vai acabar com a vida e/ou os costumes do homem na Terra, é apenas uma doença.

Nos livros A doença como metáfora e A AIDS e suas metáforas Susan Sontag analisa a tuberculose, o câncer, a sífilis, a cólera e a SIDA. No último, ela mostra as falsas diferenças entre o câncer e a SIDA. Ressalta que, no câncer, o doente se pergunta: por que eu?, na SIDA não. Naquela doença revela-se uma fraqueza do doente, nesta uma irresponsabilidade, uma delinqüência.

Como o câncer deixou, há algum tempo, de ser um pecado, algo terrível a ser escondido, o mesmo deve acontecer com a SIDA no futuro. Ela ainda é sinônimo de morte, mas o período de vida da pessoa contaminada aumenta e não existe possibilidade de se negar que a doença terá, em breve, as características de uma patologia crônica.

Há pouco Sontag alertava que "tais fantasmas florescem porque consideramos a tuberculose e o câncer muito mais do que como doenças que comumente são (ou eram) fatais. Nós os identificamos como a própria morte" (1984, p.25) e que "a doença é o lado sombrio da vida, uma espécie de cidadania mais onerosa. Todas as pessoas vivas têm dupla cidadania, uma no reino da saúde e outra no reino da doença" (1984, p. 7).

Susan Sontag acrescenta ainda que "nada é mais punitivo do que atribuir um significado a uma doença quando esse significado é invariavelmente moralista. Qualquer moléstia importante cuja causa é obscura e cujo tratamento é ineficaz tende a ser sobrecarregada de significação" (1984, p. 76).

Também Herbert Daniel ressalta o absurdo do temor que transforma a SIDA em algo mais do que uma doença: "A AIDS é um mito! Como diriam os chineses dos bons tempos, 'é um tigre de papel'.

Ora, direis, este é um absurdo que vem desmentir todos os dados e fatos. E eu explico que a SIDA é uma doença grave, transmissível e mortal. Não é um 'enigma', mas - como muitas outras doenças - aparece como um desafio. Este desafio é colocado à ciência e à comunidade (e não nesta ordem...). É verdade que, em termos de saúde pública, há um desafio a ser vencido, assim como a questão da fome, do trânsito, da poluição, das doenças cardiovasculares, do câncer, da iatrogênese, etc" (p. 82).

O Brasil é um bom exemplo prático destas características preconceituosas e mistificadoras em relação à SIDA. Os programas governamentais são, na sua quase totalidade, ligados a ministérios ou secretarias de saúde, dirigidos por médicos, que também são considerados

pela mídia como as únicas verdadeiras autoridades no assunto.

O resultado é inoperância e fracassos desde 1983, quando se divulgou a morte de Markito, costureiro de renome, primeiro doente brasileiro conhecido.

Naquele momento, definiu-se o perfil nacional da pessoa contaminada: jovem, rico, gay. E, raras vezes, tentou-se alterar tal pensamento. A exceção diz respeito às ONGs/SIDA que, preocupadas com a instalação da Síndrome no país, exigiam que o governo tomasse atitude a respeito. Não obtiveram resposta até os dias de hoje.

Em 1984, a SIDA contabilizava 122 casos no Brasil. Os dados oficiais, de abril de 1992, já alcançavam a cifra de 24.704 pessoas com um novo perfil epidemiológico. Se a doença, em 83, atingia a população numa proporção de 30 homens contaminados para cada mulher, em 91 a relação situava-se em seis pessoas do sexo masculino para uma do feminino. A perspectiva é de se chegar a uma realidade onde os portadores estarão numa proporção de 50% para cada sexo.

Percebe-se também que a propagação do vírus ocorre em direção às classes desfavorecidas. Embora inexistam dados oficiais a respeito, observa-se um aumento do número de contaminados entre as pessoas de menor nível cultural, habitantes de vilas e favelas.

Assim, dez anos depois de diagnosticada, a SIDA encontra-se, cada vez mais, instalada no cotidiano dos brasileiros. E esse fato reflete-se nos vários discursos.

O preconceito e a intolerância estampam-se nos discursos reacionários, onde se forma o aidético, categoria única, indivisível e, principalmente, separada da sociedade, das pessoas, dos seres humanos. Ele é um inimigo condenado à morte física, considerado sem utilidade para o desenvolvimento social. Tenta-se coisificá-lo.

Uma divisão apenas pode ser tolerada: os aidéticos culpados (homossexuais, prostitutas e drogaditos) e os aidéticos inocentes (mulheres contaminadas pelos maridos, crianças e hemofílicos).

Alain Molla, sobre este assunto, indignado, manifestou-se: "Como se pode falar de 'SIDA dos inocentes' (isso mesmo que Le Monde ousou noticiar no dia 8 de junho de 1989), a respeito de hemofílicos e pessoas contaminadas após várias transfusões. Sim, estas pessoas são inocentes e não procuraram nem a doença nem a morte no instante de sua contaminação! Mas qual é o contrário de 'inocente' senão 'culpado', e o homossexual contaminado é culpado de quê? De ter procurado a doença e a

morte pela expressão sexual, o prazer e o amor? Vamos então! Digamos mais explicitamente que ele é culpado por que é homossexual! Como, decididamente, é difícil ser solidário desses estranhos doentes!".

Mas mesmo estas vítimas inocentes sofrem com o preconceito e o descaso geral de uma sociedade na qual o individualismo, a competição, a produtividade parecem ser a solução para os problemas; afinal, no imaginário popular, não estão os aidéticos aptos a alcançar bons resultados.

Para os fins deste trabalho, acrescente-se que pessoa com SIDA, portador do vírus ou doente são termos que serão utilizados como sinônimos. Afinal, as pessoas, quando pretendem discriminar, desconhecem diferenças e, nesse aspecto, embora, em sentido contrário, pode-se lhes dar razão: em todos os estágios da doença, inexistem razões para discriminar ou fazer separações, ter preconceito ou temor.

Conforme a Resolução 41.24, da OMS, elaborada em Genebra, no dia 13 de maio de 1988:

"A quadragésima primeira Assembléia Mundial de Saúde está fortemente convencida de que o respeito pelos Direitos Humanos e dignidade dos portadores do VIH e pessoas com SIDA, bem como membros de grupos populacionais, é vital para o sucesso dos programas nacionais de prevenção e controle da SIDA e para estratégias globais dos Estados-membros, particularmente na ampliação dos programas nacionais para fora de suas fronteiras, sempre visando à prevenção e ao controle da infecção pelo VIH e à proteção dos Direitos Humanos e à dignidade do portador do VIH e pessoas com SIDA, bem como membros de grupos populacionais e, para evitar ações discriminatórias e estigmatizações dessas pessoas no momento de se empregar, viajar, e garantir a confidencialidade do teste para detecção do VIH".

Inobstante muitas pessoas perceberem-se imunes frente ao poder do Estado e considerarem a tomada de medidas autoritárias por parte daquele como algo não apenas eficaz para conter a violência, mas também como benéfico para a sociedade, há muito e, cada vez mais, posições como essas vêm perdendo espaço para disposições como as contidas na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948, que pregam o respeito pelo homem.

O surgimento de fatos novos, porém, causa uma expectativa muito grande na população e faz, por vezes, ressurgir velhos fantasmas. Acontece em relação à SIDA. Aconteceu em relação à sífilis e à cólera em

momentos anteriores à descoberta de curas para essas doenças.
Assim, atualmente, em muitos casos e para muitas pessoas, o portador do VIH acaba encarnando o mal. Para corrigir essas distorções, necessita-se de um trabalho de esclarecimento geral, de divulgação das informações. Muitos progressos já podem ser percebidos, mas muito ainda resta a ser realizado.

Enquanto esses objetivos não são alcançados, os Direito Humanos surgem como um espaço de salvaguarda na defesa dos direitos básicos dos doentes de SIDA e portadores do VIH.
Quais são, pois, os direitos fundamentais do doente de SIDA e do portador do VIH? Como defendê-los de forma prática?

Os direitos são os mesmos de todas pessoas, contidos que estão na Declaração Universal. Entretanto, mesmo esses valores são relativizados. Como aponta Paul Sieghart, o "Estado, desejando justificar uma interferência, limitação ou restrição de um direito fundamental, tenta demonstrar que a restrição é prescrita por lei ou é necessária em uma sociedade democrática para a proteção de um ou outro interesse listado" (p. 12).

Essa luta, pois, não é fragmentada e reduzida a esses dois campos de saber. Para se tornar eficaz, ela deve ser integralizada e multidisciplinar. Deve envolver todas as formas capazes de desenvolver a pessoa, no sentido de torná-la, cada vez mais, cidadão.
Isso devido à real dimensão da SIDA: um instrumento de preconceito e de discriminação, forma de alienação e desumanização.

O discurso do aidético, categoria única de um ser monstruoso, não serve apenas para estigmatizar os portadores, é, antes de tudo, uma forma de dividir a sociedade: os sadios, bons, nós; e os doentes, sujos, maus, eles.
E eles nada merecem do que é nosso. Ao contrário, de tudo devem ser despojados, que percam casa, trabalho e amigos; eles são algo que não deveriam ser, eles fizeram algo que não deveriam ter feito. Eles devem ser (e o estão sendo) punidos.

Contra isso nos insurgimos. Mais do que nunca, necessitamos da retomada da cidadania. Urge o abandono da ignorância, para que se compreenda que a SIDA é apenas uma doença causada por um vírus. É hora de afastar os fantasmas e verificar que o doente pode ser qualquer um. E que a SIDA é uma doença, não um castigo.
Logo, deve ser tratada e curada, não temida. A informação das formas pelas quais se transmite, em conseqüência, adquire grande importância.

Afinal, através dela acaba-se com tentativas de isolamento, de segregação.

Para completar, uma sociedade que pretenda respeitar os Direitos Humanos do portador deve permitir à pessoa com SIDA a possibilidade de se assumir enquanto ser humano portador de um vírus. Chega de tratá-lo como um cadáver, de decretar sua morte civil. Só assim também ele poderá abandonar os estigmas que carrega e encarar sua individualidade, fator essencial para conquistar a cidadania.
Mas urge especificar melhor quais sejam esses direitos dos doentes de SIDA e portadores do VIH, sob risco de deixá-los sem direito algum.

O art. XXIII, 1, da Declaração dos Direitos Humanos, assegura que "todo o homem tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego". E a Constituição diz, no art. 6º, ser o trabalho um direito social, garantindo, no art. 7º, I, ao trabalhador urbano ou rural uma "relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa".

Cabe ressaltar, segundo Márcio Bressan e Ricardo Giuliani Neto, que "a AIDS não se transmite, convivendo-se com portadores do VIH no cotidiano da atividade profissional" (p. 4). Em decorrência disso a Organização Internacional do Trabalho (OIT), através da chamada Declaração de Consenso, definiu que 1) a detecção do VIH não deve ser exigida, em hipótese alguma, para pessoas que solicitam emprego; 2) o trabalhador não está obrigado a informar ao empregador sobre sua situação relativa ao VIH; 3) a infecção por si só não significa limitação para o trabalho, e 4) a contaminação não configura motivo para demissão.

Tendo em vista tais fatos e disposições cumpre garantir ao doente de SIDA e ao portador do VIH a continuidade da atividade laboral, pois ela, antes mesmo de representar a preservação do meio de subsistência, representa a preservação da vida. Afinal, trata-se da estabilidade emocional da pessoa, situação elementar para a estabilidade físico-clínica do doente e portador. Para isso, conta-se com a difusão das informações corretas, desmistificadoras.

A questão da saúde do portador do VIH e do doente de SIDA é de suma importância. A cura da doença ainda não é conhecida, mas tratamentos eficazes já existem e devem ser assegurados a todos que deles necessitem. Esse direito encontra-se no art. XXV da Declaração de Direitos Humanos ("Todo homem tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família saúde [...]") e, no art. 196 da Constitui-

ção: "A saúde é direito de todos e dever do Estado [...]".

Logo, garantindo a saúde e existente um tratamento, o paciente deve ser atendido. Não cabem as alegações de que "o paciente com SIDA é caro" ou "o portador vai morrer mesmo". Essas falsas idéias surgem de preconceitos, da discriminação e do medo; não possuem sustentação científica e devem ser abandonadas. Não se admite a formação de critérios para atendimento, pois a toda pessoa deve ter garantida a assistência médica.

Neste sentido vem decidindo nossos tribunais:

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, 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.

(Apelação Cível nº 597087170, 1ª Câmara Cível do TJRGS, Porto Alegre, Rel. Des. Celeste Vicente Rovani. j. 18.06.97, DJ 08.08.97, p. 31).

Saúde, direito fundamental do cidadão e dever do estado. medicamentos. fornecimento. responsabilidade do administrador público.

1. As regras da legislação ordinária não se sobrepõem a mandamento constitucional e a doença grave, como a AIDS, 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 .

2. A saúde é o bem maior do homem e dever do Estado, que deve ajudá-lo na senda de sua plena realização.

Recurso improvido.

(Agravo de Instrumento nº 596245019, 1ª Câmara Cível do TJRGS, Porto Alegre. Rel. Des. Celeste Vicente Rovani. j. 21.05.97, DJ 04.07.97, p. 07).

Ações como estas perderam sentido após a edição da Lei Sarney (Lei federal nº 9.313/96), que garante aos portadores o acesso ao "coquetel". No que tange a este assunto devemos ressaltar a rapidez com que foi elaborada e aprovada, fruto da pressão das ONG's - ressaltando ainda que com relação ao AZT, por exemplo, a distribuição nunca ocorreu por força de lei. Não obstante, algumas ações ainda devem ser impetradas, pois a lei determina critérios para o direito - que podem/devem ser discutidos.

A falta de recursos precisa ser combatida através de políticas sérias. O paciente com SIDA não pode ser abandonado pelo fato de estar acometido desta e não daquela doença. Ninguém é culpado do mal que o aflige. Logo, o doente com SIDA tem o direito de ser atendido; e os hospitais, os trabalhadores da área de saúde, o dever de atendê-los.

Se a discriminação parte até mesmo dos profissionais da área de saúde, pessoas teoricamente preparadas para atuar junto a doentes, imagine-se o que não ocorre com quem nunca teve noções a respeito de doenças, formas de infecção, etc. Os horrores cometidos por essa ignorância leva a conseqüências nefastas, como o desrespeito de um dos mais básicos Direitos Humanos, o de ir e vir.

Esse direito encontra-se consagrado na Declaração, art. XIII, 1 e 2, onde se garante a liberdade de locomoção dentro das fronteiras de cada Estado e o direito de deixar qualquer Estado e a ele regressar. A Constituição, se bem que com ressalvas, no art. 5º, XV, diz que "é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz".

O que interessa analisar nessa questão é a concepção de SIDA formulada pelas autoridades e sua efetividade, no sentido de controlar a expansão da epidemia.

O cidadão - esta parece ser a posição geral dos países - pode retornar ao seu Estado pátrio, independentemente de sua sorologia positiva no referente à SIDA. Inobstante, muitos países negam vistos para pessoas portadoras do VIH, seja para turismo, estudos, participação em congresso, seja para imigração.

A esse respeito a OMS declarou que "desde que a infecção pelo VIH, já se encontra presente em cada região e, virtualmente, em toda cidade grande do mundo, certamente, a total exclusão de todos (estrangeiros ou cidadãos em circulação) não pode prevenir a introdução e expansão do VIH" (apud Sieghart, p. 48).

Assim, qualquer impedimento para a locomoção da pessoa portadora

do VIH e doente de SIDA deve ser denunciado como violação dos Direitos Humanos, uma clara demonstração de ignorância por parte dos legisladores ou aplicadores da lei.

Não obstante, ela acontece, por exemplo, nos Estados Unidos.

Essa atitude repercutiu mal, sobretudo, em dois momentos: o primeiro aconteceu quando da detenção de Hans-Paul Verhoef no aeroporto onde desembarcava. Verhoef participaria de uma conferência internacional e agentes alfandegários descobriram AZT (remédio para a SIDA) em sua bagagem. Foi detido por constituir séria ameaça à saúde pública norte-americana (Tomasevski, p. 262).

O segundo ocorre por ocasião da VIII Conferência Internacional sobre SIDA, prevista para ser realizada em 1992 nos Estados Unidos. A legislação norte-americana, porém, proibindo a entrada de portadores, foi questionada e em o governo não se propondo a revogá-la, apenas a permitir a entrada de congressistas soropositivos, desde que tal condição fosse revelada no passaporte do portador resultou na transferência da Conferência, de Boston para Amsterdã.

No âmbito internacional, conforme análise da OMS, vige o Regulamento Internacional de Saúde, que impede a recusa de visto ou entrada de uma pessoa pela razão única de não apresentar certificado médico, declarando não ser ela soropositiva (Tomasevski, p. 258).

No Brasil, vige a Portaria nº 07/GM, do Ministério da Saúde, de 05 de janeiro de 1989, que não permite a estrangeiro que constitua risco à saúde pública, a entrada no território nacional. Qualificando como tal, entre outros, o portador de doença transmissível.

Para interpretação dessa Portaria, existe deliberação da Comissão Nacional de Controle e Prevenção da AIDS (publicada no Boletim Epidemiológico, nº 07, de 1990, do Ministério da Saúde). Conforme o documento, tendo em vista o quadro epidêmico da SIDA no país, a testagem de estrangeiro não é meio próprio para a contenção da doença, podendo-se, pois, concluir que eles não representam perigo à saúde pública nacional.

O direito à educação está previsto na Constituição Federal, art. 205, nos seguintes termos: "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".

Quando surge a SIDA, entretanto, tudo se transforma; ela deixa de

ser direito, e a sociedade foge do aidético. É o que se percebe no caso Sheila, quando uma escola particular de São Paulo se recusou a rematricular uma menina portadora.

Felizmente, após a reação inicial, a questão acabou esclarecida e, inclusive, emitiu-se a Portaria nº 796, assinada pelos Ministros da Educação e Saúde, de 29 de maio de 1992. Nela se proibe a formação de classes especiais para portadores ou a necessidade deles declararem sua condição a professores, diretores ou outros membros da comunidade escolar e, recomendam-se, isso sim, a manutenção, a implantação e a ampliação de projetos educativos a respeito da SIDA.

Como nos casos anteriormente denunciados e em muitos outros (direito à privacidade, à liberdade, à segurança, etc), os portadores do VIH e doentes de SIDA vêm tendo, sistematicamente, seus direitos básicos negados. A legislação, por ser ampla, permite tais ocorrências, que poderiam ser evitadas com a democratização da informação. Isso, porém, não acontece; afinal, o medo, o terror da contaminação pelo vírus da SIDA se prestam a múltiplas funções, entre as quais, o fortalecimento do aparelho repressivo do Estado.

Cabe, portanto, para o enfrentamento da terceira epidemia, reações "tão fundamentais para o desafio global da SIDA quanto a própria doença" (apud Daniel e Parker, p. 13) uma tomada de posição quanto à atual forma de ação do Estado, repressiva e não educativa. Precisa-se de um novo Estado, que abandone o espírito de competição pela solidariedade, que troque a repressão pela prevenção.

Para isso, abandone-se o interesse imediato e se passe a ver o futuro, se prepare uma verdadeira revolução dos costumes para que o homem veja no seu semelhante um amigo, um parceiro e nunca um adversário. Incentivem-se a reflexão sobre atos do dia-a-dia, as relações com o outro, seja o marido, a esposa, os pais, filhos, seja os vizinhos.

Dessa forma, transformar-se-ão as leis e, mais do que isso, prevenir-se-á novas gerações do vírus da ignorância, do medo, - em relação à SIDA ou à outra doença qualquer.

Para finalizar essa seção, dois aspectos essenciais no que diz respeito à relação AIDS e Direitos Humanos: o isolamento e a testagem compulsória. Importante ressaltar e assumir que as verdades, nesses questionamentos, partem de opções político-filosóficas pelo discurso repressivo ou preventivo.

Isolamento

Em "Informe de una consulta internacional sobre el SIDA y los derechos humanos", patrocinado pela ONU, afirma-se que "(...) es necesario respetar los derechos humanos y evitar toda discriminación. No hay ninguna razón de salud pública que justifique el aislamiento, la cuarentena ni ninguna otra medida discriminatoria basada exclusivamente en el estado de infección de una persona. Por consiguiente, toda discriminación contra las personas infectadas por el VIH amenaza no solo los derechos humanos sino también la prevención eficaz de la propagación del VIH" (p. 61).

Conforme essas idéias, encontramos Limongi França (p. 16) e Douraki. Esse alerta para o fato de que o "problema da SIDA revelou lados obscuros da sociedade ocidental, entre outros, um racismo e uma tendência a rejeitar certas categorias de pessoas, como os homossexuais, as prostitutas, os drogaditos, os negros, em as marginalizando ao máximo." (p. 234).

Interessante destacar que, na pesquisa realizada não encontrei um único jurista que defendesse o isolamento. Mas, conforme Tomasevski, China, Chile, Cuba, República Dominicana, Finlândia, Coréia, Kuwait, Malásia, Malta, Mônaco, Panamá, Polônia, Romênia, África do Sul, Suécia, Reino Unido e Vietnã são países que, com base na sorologia para o VIH, impõem restrições (isolamento ou hospitalização).

Testagem compulsória

Se é difícil, moralmente, defender posições de isolamento, não o é quando se trata de propor a obrigatoriedade da testagem compulsória. Os exemplos afloram. Conforme Tomasevski (p. 256-257), Cuba testou 75% da população e a Bulgária 45%; os EUA, Itália, México, Uruguai testaram a população carcerária; a Indonésia, Belize e Coréia do Norte os profissionais do sexo; a Itália, Tailândia e URSS os dependentes de droga; a Guatemala, Síria, Tunísia e URSS os homossexuais.

Em nível nacional, cita-se o Projeto de Lei nº 801, de 1991, do deputado Avenir Rosa, que pretendia obrigar todo trabalhador a ser testado no momento de sua admissão, sendo esse teste repetido a cada seis meses. A justificativa, conforme texto do mui digníssimo deputado federal, encontra-se no fato da

"alta incidência, no Brasil, de uma doença letal como a AIDS, ainda mais considerando-se que os portadores assintomáticos do vírus VIH permanecem, durante anos a fio, como transmissores em potencial, plenamente justifica sua detecção precoce em exames de massa".

No Rio Grande do Sul, partindo de iniciativa do deputado João Odil Haas, existiu o Projeto de Lei nº 138/90, que pretendia obrigar a realização de teste para detecção do VIH nos condenados a cumprimento de pena nos presídios do estado, bem como na Fundação Estadual de Bem Estar do Menor. Inclusive com parecer favorável da Comissão de Constituição e Justiça.

Em sentido contrário, Alain Molla denunciava que "a SIDA coloca em perigo a liberdade. E o primeiro combate do jurista, sua primeira ação deve ser de calar aqueles que escolheram de a censurar, em opondo saúde pública e liberdade individual. Eles o fazem pela reiteração obstinada, histérica, da promoção de testagem, que eles querem, evidentemente, obrigatória e generalizada." (p. 10).

Douraki (p. 238), igualmente contrário à testagem compulsória, alerta para a dificuldade de sua realização devido aos custos elevados e ao falso sentimento de segurança que pode ser criado. Falso devido à possibilidade de resultados errôneos - caso muito freqüente tendo em vista que os exames conhecidos buscam a percepção do anticorpo e não do próprio vírus, o que resulta em período - janela imunológica - em que a pessoa contaminada fornece resultado conhecido como falso negativo.

Tomasevski (p. 263) confirma essa ineficácia, citando exemplos. O primeiro relata experiência realizada em Illinois, EUA, onde se tornou obrigatório o teste antivih pré-nupcial. Um ano depois dessa exigência, o número de certidões diminuiu 22% e dos 155 mil candidatos testados apenas 26 eram soropositivos, o que resultou em um custo de 208 mil dólares para cada resultado positivo. Implantada em 1º de janeiro de 1988, a medida foi revogada em 1989.

O segundo exemplo é soviético e mostra que enquanto o teste obrigatório de quatro milhões de grávidas identificou seis mulheres portadoras; o teste voluntário de 19 mil pessoas (Tomasevski, p. 264) identificou quatro, ou seja, foi mil vezes mais eficaz que aquele.

Ressalte-se que a pouca eficiência da testagem inclui as ditas instituições fechadas, quer seja em decorrência da janela imunológica, quer seja porque as instituições não são tão fechadas quanto se acredita.

Barros, também para negar a testagem compulsória, alega que "de nada

adiantará a adoção de medidas de identificação de portadores do VIH entre aqueles que ingressam no sistema prisional se, efetivamente, não se puder desenvolver um atendimento subseqüente adequado e que respeite a dignidade da pessoa" (p. 7).

Papel e atuação do Direito (Penal)

Como o direito percebe a SIDA? Em alguns artigos (e não são muitos os que tratam do assunto) percebe-se a pessoa portadora como um assassino potencial (Ghersi: "(...)en nuestra opinion el enfermo de SIDA, representa un estado peligroso de agresion o ataque" (p. 171)).
Na prática judicial o "festival de besteirol" também aparece. Um exemplo claro está no processo-crime nº 01390093473, da Comarca de Porto Alegre, estrelada por um magistrado. Eis o teor do despacho datado de 30 de outubro de 1992 e dirigido ao GAPA.
"Senhor Diretor:
Pelo presente, solicito seja realizada uma visita ao acusado P. A. P. D. S., residente na Rua [...], para avaliar a necessidade de exames médicos com a finalidade de responder à promoção do Ministério Público, sobre o seguinte:
a) se o acusado tem condições de locomoção a este juízo;
b) caso haja condições de locomoção, se esta pode ser imediata e,
c) se há perigo de contágio, eis que é portador do vírus da AIDS.
Suas diligências instruirão os autos [...]".
Outro texto que demonstra como a falta de conhecimento pode levar, como procuro demonstrar no correr do trabalho, a uma opção por atitudes discriminatórias é este, datado de 1992, incluso no Processo nº 01383102660:
"A seguir foi determinado pelo Dr. Juiz que se registrasse o seguinte despacho: o co-réu J. F. da S., automásia 'N.', trouxe ao conhecimento deste Juízo, conforme documentado nos autos, sua situação de aidético e a falta de cuidados nos atos da administração penitenciária, no que diz com o transporte de presos com doenças infectocontagiosas. Doentes com tuberculose e virose hepática estão sendo transportados sem nenhum cuidado profilático, colocando em risco os usuários do sistema judiciário; os próprios agentes se confessam revoltados com a situação; nem ao menos por um dever de urbanidade comunicam aos agentes que o preso é portador de uma doença que pode causar uma expansão epidêmica Estou diante de uma curiosa situação surrealista, não se trata de mais um exemplo de mistificação, o apenado qual um morto-vivo, dá conta de sua situação e de preocupação com todos que o rodeiam, mostrando que, apesar de criminoso, tem a intenção de se manter dentro dos valores médios da sociedade em que vive. Sua sabedoria nutre-se também de um pouco da experiência dos homens que ainda possuem um resquício de honra, dentro da média. Fica certo que a continuidade dos atos de insegurança do transporte de presos doentes poderá causar efeito na sociedade civil, não se trata de 'petit histoire' e sim de uma grave acusação por parte do preso, que não posso deixar em branco, pois tenho interesse em preservar a sociedade que represento, e dela sou integrante, assim, posto que certo de abordar um tema aborrecedor, determino que se dê ciência inequívoca ao sr. Secretário da Justiça, nos termos deste despacho".

É a partir deste imaginário dos juristas que devemos buscar perceber os conflitos relacionados à doença e as propostas de soluções oferecidas pelo Direito - no sentido de impedir sua propagação, bem como as respostas aos casos concretos.

A legislação a respeito da SIDA começa a surgir em 1983, na Suíça, menos de dois anos depois do diagnóstico da doença e dois anos antes de o teste do VIH tornar-se amplamente disponível. Nos anos seguintes, Tomasevski (p. 250) informa que o crescimento foi espantoso, passando de 13 países ainda em 1983 a 39 em 1985 e 104 em 1990.

No Brasil, a primeira portaria data de 1985 e diz respeito ao Programa de Controle da Síndrome, atribuindo à Divisão Nacional de Dermatologia Sanitária a adoção de medidas de controle, notificação, difusão, informação, educação sanitária e técnica.
A Lei nº 7.649, de 25 de janeiro de 1988, a primeira sobre o assunto, versa sobre a obrigatoriedade de os hemocentros e de os bancos de sangue manterem registros de doadores e realizarem testes de laboratório com os sangues coletados para verificação da presença de VIH.
O grande impulso para a implementação de legislações parece ter sido a disponibilidade do teste. Muitas versam sobre sua realização e o encaminhamento que devem ser dispensados a quem o teste indicar portador (isolamento, segregação, etc).

Analisando essa forma, no que diz respeito aos modelos propostos de gestão de presos soropositivos, Darbeda formulou um quadro que, sem grandes adaptações, pode ser transposto da instituição fechada para a sociedade:

"O primeiro modelo, que se poderia chamar de gestão autoritária, caracteriza-se pela testagem obrigatória, o isolamento de prisioneiros soropositivos, as restrições de acesso a oficinas e pátios de esporte, a negativa de colocar à disposição dos detidos preservativos.

O segundo modelo é o da gestão liberal do VIH, do qual as principais características são a testagem voluntária, a não-discriminação, o desenvolvimento de medidas de prevenção e a possibilidade de utilizar preservativos, o apoio psicossocial, etc" (p.825).

É importante se destacar também que, no referente a SIDA, não existe expectativa de que o Direito seja responsável ou possa ser responsabilizado por responder às diversas questões suscitadas, apontando invariavelmente respostas.

Casabona diz ser "certo que o Direito tem um pequeno papel a desempenhar, apelando à responsabilidade social e individual" (p. 8) e a advogada do Grupo Pela Vidda, Miriam Ventura da Silva afirma que "Apesar de reconhecermos que a via judicial por si só não é suficiente nem cem por cento eficiente para a solução deste grave problema social e de saúde pública, consideramos que é ainda um instrumento de pressão capaz de atender minimamente a quem nos procura" (p. 45-46).

Inicialmente, indicamos como demonstrativo da função reservada para o Direito o Projeto de Lei nº 2.843/92, do deputado Geraldo Alckmin Filho (em anexo, doc. 1), e a Indicação nº 158/92, do deputado Eliel Rodrigues à Comissão de Seguridade Social e Família do Congresso Nacional, que reproduzo a seguir:

"Senhor Presidente.

O problema representado pelo avanço do número de casos de AIDS entre os brasileiros requer de nós ações firmes e objetivas. Em matéria publicada no jornal Correio Braziliense do dia 28 de junho último, informa-se que, desde 1980 até o mês de maio de 1992, já foram registrados vinte e seis mil, setecentos e vinte e quatro casos. Desse total, novecentos e oitenta e nove referem-se a crianças com até quinze anos de idade, das quais quatrocentas e oitenta e quatro já morreram.

Condenando qualquer forma de discriminação dos doentes de AIDS, é preciso, porém, repensar a questão de se criarem registros cadastrais dos portadores do vírus VIH, bem como a conveniência de se exigirem exames médicos específicos para determinadas situações, como na admissão ao emprego e no caso dos nubentes. Há de se ponderar a utilidade desses expedientes em face da não-desejada discriminação e em face

da necessidade de controle da doença.

Mas a questão que de fato merece toda a nossa atenção é a referente à transmissão do vírus, que, como sabemos, pode ser via sexual, corrente sangüínea e perinatal.

A Inglaterra e a Suécia já dispõem de legislação específica. Entre nós, o jurista Evaristo de Morais, do Rio de Janeiro, alinha-se aos muitos que, como nós, pugnam por uma punição severa, em âmbito penal, para os casos de transmissão intencional, deliberada, da AIDS. Essa punição deve ter em mira, primordialmente, os portadores do vírus e os bancos de sangue.

Cremos, outrossim, que, dada a relevância do assunto, que é de interesse público, a Comissão indicada deveria realizar reuniões de audiência pública com entidades da sociedade civil, para instruir matéria legislativa a respeito, a qual espero ver tramitando o mais breve possível.

Assim, nos termos da art. 113, II, do Regimento Interno, apresento à Mesa, Senhor Presidente, a presente indicação no sentido de colher a opinião da Comissão de Seguridade Social e Família sobre a elaboração de projeto de lei, disciplinando as sanções penais para a transmissão deliberada do vírus da AIDS, visando a proteger a vida e a saúde da população brasileira".

Dessa maneira, o Direito tradicional (aqueles doutrinares e jurisconsultos, que formam o senso comum teórico percebido por Warat), erroneamente, vai agir no tangente à prevenção da epidemia e na resolução de lides surgidas em decorrência da SIDA. Terá suas funções voltadas para o autoritário (a repressão).

Tudo isto fica muito claro quando se verifica, em concluindo, questões penais. Escrevi: "no Direito Penal, por ser aquele que coíbe os ilícitos jurídicos mais graves, com a mais temida das sanções - a pena privativa de liberdade -, percebe-se com grande clareza a oposição de opiniões a respeito do papel do Direito na prevenção da SIDA" (1993, p. 243).

Assim a opinião já citada de Ghersi ("el enfermo de SIDA, representa um estado peligroso de agresión o ataque", p. 171) ou o entendimento de Buzaglo, para quem "o Direito Penal desempenhará função muito mais repressiva do que preventiva" (p. 395).

Em sentido contrário, há quem destaque a autodisciplina, mudança voluntária de comportamento, respeito à liberdade individual, solidarie-

dade, integração. Por esses caminhos andam opiniões de juristas como Danti-Juan (p. 639), Miriam Silva (1993, p. 36), França (p. 20) e os responsáveis pelo "Informe de una consulta internacional sobre el SIDA y los derechos humanos" (p. 89). Bem como os signatários de Moção do 16º Congresso do Sindicato dos Advogados da França.

Spinellis resume bem a idéia destes doutrinadores: "as disposições penais não constituem o meio mais eficaz para prevenir a SIDA: eles não são mais que um dos meios que se pode utilizar dentro do quadro de uma estratégia global de luta contra a propagação dessa doença. Inicialmente, não seria fácil de influenciar, pela ameaça de sanções penais, pessoas que se consideram destinadas à morte. Além disso, essas pessoas serão menos influenciadas se tiverem o sentimento de serem párias. Tal atitude, diante de pessoas contaminadas, cria e encoraja uma mentalidade de 'desesperados", que pode incitá-los a cometer infrações ligadas à transmissão da SIDA.

Além do mais, uma pessoa infectada cujo comportamento, hoje, é passível de sanções penais é a vítima de ontem. Ela deveria ser tratada com simpatia e compreensão e receber proteção e assistência da parte de seus concidadãos. Assim, parece muito mais lógico exigir dela que faça prova, por sua vez, de solidariedade perante as pessoas não-infectadas, em lhes informando e protegendo-se da doença. Mas como uma tal orientação geral não impedirá, sem dúvida, que certas pessoas adotem um comportamento delituoso, é compreensivo que a sociedade reaja, em último caso, através de medidas penais."(p.369).

Portanto, eles combatem a idéia de que o infectado seja o responsável pela expansão da Síndrome. Procuram, ao invés de afastar essas pessoas da sociedade, atraí-las, para que não se sintam obrigadas a se esconder; buscando não seu isolamento, mas a facilidade para que se aproximem dos serviços de atendimento.

Deve-se partir de um pressuposto lógico adotado pela ONU no "Informe", qual seja, o de que poucos "seres humanos se proponem matar a otras personas infectandolas expresamente, y no se puede partir del supuesto de que las personas infectadas por el VIH han de obrar de manera irresponsable" (p. 89).

Ainda, antes da análise dessas questões, será interessante contar um caso da esfera da atuação do Direito Penal na prevenção da SIDA. É a historieta dos Vampiros da Morte de Pelotas.

O palco da narrativa é uma cidade do interior do Rio Grande do Sul com

uma população de 300 mil habitantes. Coincidentemente conhecida como uma das capitais gays do país.

Ali, no dia 11 de julho de 1993, um jornal local, Diário Popular, publicou entrevista com psicólogos do Grupo de Amor à Vida (GAV), uma ONG/AIDS, na qual eles denunciavam a existência de prostitutas e travestis, portadores do VIH, que estariam disseminando, propositadamente, o vírus na população da cidade.

Instaurou-se inquérito policial no qual nada de concreto foi apurado, segundo afirmação do próprio delegado responsável, in jornal Zero Hora, no dia 18 de agosto de 1993. Logo após, numa segunda etapa do inquérito, o delegado chamava novamente os psicólogos para depor e os ameaçava com o Código Penal se continuassem a se negar a indicar os nomes dos componentes do grupo que antes denunciaram, in Correio do Povo, 28 de setembro de 1993.

Zero Hora, no dia 28 de fevereiro de 1994, informava que o mistério prosseguia, persistindo a dúvida sobre a existência ou não do grupo. Conforme o novo delegado encarregado do caso a "lei do silêncio" estaria dificultando as investigações e o novo promotor reclamou da postura do diretor do Centro de Apoio e Orientação Sorológica que, sob argumento de direito do paciente a sigilo, omitia informações às autoridades.

Ainda, o Correio do Povo, do dia 24 de setembro de 1994, informava que a polícia de Cruz Alta, outra cidade do interior gaúcho, estaria investigando novos "Vampiros", que transmitiriam a doença por meio de relações sexuais e através da injeção de sangue contaminado em frutas e iogurtes.

Das idéias preconceituosas , surge a idéia de incluir na reforma do Código Penal um artigo voltado para impedir a transmissão da SIDA. Apresentada como foi, entretanto, pela comissão encarregada da reforma, faz ressurgir mitos e preconceitos que estão sendo vencidos.

Em três oportunidades já nos manifestamos contra o criminalizar a transmissão do VIH. Em nosso livro e nos artigos "SIDA: a função do Direito Penal" e "É necessário criminalizar a transmissão da AIDS?".

Evidentemente, não concordamos com a transmissão voluntária da doença, postura absurda; mas, esta, como tantas outras, - por exemplo, as que dizem respeito ao acesso à terra e o direito de não morrer de fome – ainda que isso signifique usurpar a propriedade alheia, não nos parece ser questão de polícia.

É histórica a razão da desnecessidade de tipificação. Ela nos remete

às origens dos artigos 130 e 131 do Código Penal, que estavam destinados a evitar o que, na época, se consideravam doenças graves: sífilis e gonorréia. Formulados tendo como base o Código dinamarquês de 1930 e a Lei de Koch (Alemanha, 1927), eles falharam em sua missão (que acabou, lá e aqui, resolvida pelas ciências médicas quando da descoberta da penicilina).

Interessante destacar que Alberto Silva Franco e outros, na sexta edição do Código Penal e sua interpretação jurisprudencial, na (pouca), ou melhor, única, jurisprudência arrolada a respeito dos artigos supracitados, apresenta apenas caso em que o acusado foi absolvido. Se destacamos a quantidade é para ressaltar a falta de aplicabilidade dos artigos e não a qualidade da obra, mais do que reconhecida.

Finalmente, devemos compreender que a idéia de que a pessoa portadora do VIH seja o único responsável pela expansão da Síndrome é falsa. A todos cumpre exigir as medidas necessárias para evitar o contágio, seja o uso de preservativos, seja a utilização de seringas descartáveis ou de sangue testado.

Alessandra diz que "Transar sem camisinha não é uma ação unilateral, mas sim uma omissão bilateral, que torna ambos igualmente responsáveis pelas conseqüências que este ato possa vir a trazer". Acrescentamos que a SIDA é uma síndrome adquirida: podendo, pois, argumentar que ela não é transmitida, logo, não é o portador o responsável pela contaminação, mas quem se deixa contaminar: quem a adquire.

Bibliografia

BARROS, Antônio Leme de. AIDS e ética médica. In: SEMINÁRIO NACIONAL SOBRE AIDS E O DIREITO, 1991, São Paulo. Anais... São Paulo, 1991. p. 4-10.

BRESSAN, Márcio; GIULIANI NETO, Ricardo. AIDS e direito do trabalho. Jornal do GAPA, Porto Alegre, n. 4, p. 4, set./out. 1992.

BUZAGLO, Samuel Auday. Aspectos Jurídicos da AIDS. Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 655, p. 394-396, maio, 1990.

CASABONA, Carlos Maria Romeo. Responsabilidade Médico-Sanitária e AIDS - I. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 2, p. 7-20, 1993.

—. Responsabilidade Médico-Sanitária e AIDS - II. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 3, p. 7-30, 1993.

COHEN, Jean-Marie et al. SIDA 1989. 2. ed. Paris: AIDES/UNAFOMEC, 1989. 192 p.

CONGRESSO DO SINDICATO DOS ADVOGADOS DE FRANÇA, 16., 1989. SIDA 89. Paris: Sindicato dos Advogados de França, 1989. n. 10-11.

Correio do Povo. Várias edições.

DANIEL, Herbert; PARKER, Richard. AIDS, a Terceira Epidemia: ensaios e tentativas. São Paulo: Iglu, 1991. 127 p.

DANTI-JUAN, Michel. Quelques Réflexions en Droit Pénal Français sur les Problèmes Posés par le SIDA. Revue de Droit Pénal et de Criminologie, Bélgica, p. 631-647, jun. 1988.

DARBEDA, Pierre. Les Prisons Face au SIDA: vers des normes européennes. Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé, Paris, n. 4, p. 821-828, out./dez. 1990.

DOURAKI, Thomas. La Protection Juridique des Malades Atteints du SIDA. Revue Internationale de Criminologie et de Police Technique, Genebra, n. 2, p. 233-242, abr./jun. 1990.

FRANÇA, R. Limongi. Aspectos Jurídicos da AIDS. Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 661, p. 14-21, nov. 1990.

GHERSI, Carlos A. Responsabilidad por Prestación Médico Asistencial. 2. ed. Argentina: Hammurabi, 1992. 180 p.

INFORME DE UNA CONSULTA INTERNACIONAL SOBRE EL SIDA Y LOS DERECHOS HUMANOS, 1991, Genebra. Informe. Nova Iorque: ONU, 1991.

INSTITUT SUISSE DE DROIT COMPARE. Etude Comparative sur la Discrimination à l'Encontre des Séropositifs et des Malades du SIDA. Estrasburgo: Conseil de l'Europe, 1993. 509 p.

MANN, Jonathan et al. A AIDS no Mundo. Rio de Janeiro: ABIA e UERJ, 1993. 321 p.

MOLL, Luiza Helena. Pluralismo Jurídico. Fundamentos de uma nova cultura jurídica, de Antônio Carlos Wolkmer. Álter Ágora, Florianópolis, n. 2, p. 90-92, nov. 1994.

MOLLA, Alain. Discurso. In: CONGRESSO DO SINDICATO DOS ADVOGADOS DE FRANÇA, 1989, Paris. SIDA 89. Paris, 1989. p. 10-11.

PEDROTTI, Irineu Antônio. Da AIDS e do Direito. Revista dos Tribunais. São Paulo, n. 690, p. 295-312, abr. 1993.

POPP, Carlyle. AIDS e a Tutela Constitucional da Intimidade. Revista de Informação Legislativa. Brasília, n. 115, p. 139-150, jul./set. 1992.

RUDNICKI, Dani. AIDS e Direito - função do Estado e da Sociedade na prevenção da doença. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 1996. 162 p.

—. SIDA: a função do direito penal. Livro de Estudos Jurídicos. Rio de Janeiro, n. 6, p. 241-246, 1993.
—. É necessário criminalizar a transmissão da AIDS? Boletim IBCCrim. São Paulo, maio, 1998, nº 66. p. 14.
SALES, Eugênio. O Globo. 27/07/1985.
SILVA, Miriam Ventura da et al. Direitos das pessoas vivendo com VIH e AIDS. Rio de Janeiro: Grupo pela Vidda, 1993. 64 p.
SIEGHART, Paul. AIDS & Human Rights. Londres: British Medical Association Fondation for AIDS, 1989. 103 p.
SONTAG, Susan. A AIDS e suas Metáforas. São Paulo: Companhia das Letras, 1989. 111 p.
—. A Doença Como Metáfora. Rio de Janeiro: Graal, 1984. 108 p.
SPINELLIS, Dionysios. Transmission du SIDA et Droit Pénal. Revue Internationale de Criminologie et de Police Technique, Genebra, n. 3, p. 344-372, ju./set. 1991.
TOMASEVSKI, Katarina; LAZZARINI, Zita; HENDRIKS, Aart. AIDS e Direitos Humanos. In: MANN, Thomas (org.) A AIDS no Mundo. Rio de Janeiro, 1993. p. 242-272.
WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo Jurídico: o espaço de práticas sociais participativas. Tese de Doutorado. Florianópolis, 1992. 2 v.
Zero Hora. Várias edições.

O GAPA/RS e os Direitos Humanos das pessoas que vivem com aids : em busca de alternativas

Os movimentos sociais fortes e autônomos - que arrastam tanto os dirigentes quanto os dirigidos - os únicos que têm a possibilidade de resistir ao dominio do Estado autoritário, simultaneamente, modernizador e nacionalista; e o motivo é porque eles constituem uma sociedade civil capaz de negociar com o Estado, dando assim uma autonomia real à sociedade política" (in TOURAINE, Alain : "O que é democracia?")

Rosa Maria Rodrigues de Oliveira
Advogada do GAPA/RS

O trabalho pela garantia de uma vida melhor para os portadores de HIV/AIDS, encarado como fundamental por todas as ONG's AIDS, atualmente, nos traz indagações que remetem à epígrafe, escolhida da leitura de Touraine. E uma das principais questões que nos saltam aos olhos, na busca de alternativas ao precário tratamento que é dado pelo estado brasileiro ao acesso à justiça e aos direitos fundamentais dos soropositivos, tem sido a de uma definição muito clara do papel das assessorias jurídicas prestadas dentro das organizações não-governamentais.

No último Encontro Regional de ONG's que trabalham com AIDS ocorrido na cidade de Londrina, em março deste ano, tivemos oportunidade de apreciar e criticar a postura que o governo brasileiro assume perante as ONG's, através da fala do representante da Rede Nacional de Direitos Humanos e HIV/AIDS do Ministério da Saúde, quando utiliza a metáfora "braços do governo" para referir-se ao trabalho das ONG's AIDS de todo país na defesa dos direitos humanos dos soropositivos e doentes de AIDS.

Sem questionar o importante papel de uma estrutura de "ouvidoria", proposta por esta Rede, e valorizando o importante espaço de interlocução aí criado entre a sociedade civil organizada - cujo trabalho é de base comunitária, com fundamento voluntário - e o estado, é imperativa a

lembrança do que diz o art 5° da Constituição Federal, que impõe ao Estado a obrigatoriedade da prestação de assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos, através da defensoria pública.

Desta forma, o pressuposto para a realização do trabalho de assistência judiciária gratuita, dentro do GAPA/RS - e acredito que esta preocupação norteie os demais serviços jurídicos do restante do país - tem sido o atendimento a demandas que possam abranger o maior número de pessoas possível. Trabalhamos com a perspectiva, por exemplo, do fornecimento de medicação estendido à população carente no termos da Lei Estadual 9.908, de 16.06.93, ajuizando contra o Estado do Rio Grande do Sul cerca de 150 ações judiciais desde 1996, ano da famosa Conferência de Vancouver, que apresentou ao mundo a esperança de maior qualidade de vida traduzida no chamado "coquetel anti-aids".

Todas as ações judiciais ajuizadas até o momento para garantia dos antiretrovirais à população usuária obtiveram resultado positivo inclusive em grau de recurso, e avançamos, hoje, a partir de uma negociação com a Assessoria Jurídica da Secretaria de Saúde e do Meio Ambiente do Estado, para pedidos administrativos dos medicamentos. Esta medida, além de desonerar o judiciário, simbolizou o papel verdadeiro que devemos assumir ao pretendermos prestar assessoria jurídica direta à comunidade no interior de organizações não-governamentais.

Para além de sermos "advogados de plantão", prontos a resolver demandas individuais dos soropositivos, temos que avançar na criação de alternativas reais de maior qualidade de vida para todos, que passem pela garantia de acesso à tratamento ambulatorial e leitos hospitalares, além de medicamentos, pela capacitação dos setores de recursos humanos das empresas para o enfrentamento da epidemia no local de trabalho, pela não-aceitação de situações de discriminação com profissionais do sexo e usuários de drogas, pela efetivação de medidas que barrem o preconceito no interior das escolas e creches, sem mencionarmos as instituições "totais" como presídios, manicômios e organismos de acolhidas de crianças e adolescentes, onde o medo e o preconceito, aliados muitas vezes à clandestinidade, dá o tom nas relações entre os humanos.

Esta decisão, nem sempre fácil de ser compreendida ou assimilada, é agravada por uma estrutura estatal precaríssima posta à disposição da população. Falo da defensoria pública, de um lado onerada pela grande demanda recorrente a seus balcões, e de outro, pressionada pela ca-

rência de recursos humanos e materiais necessários para fazer frente ao descaso e ao sucateamento do Estado.

Parodiando a metáfora estatal, mais parecemos braços de um corpo sem cabeça, não no sentido de uma necessidade de mando autoritário, mas na direção de uma incapacidade enorme de resposta do estado brasileiro a um fenômeno próprio do final de milênio, muito falado e pouco compreendido, mais conhecido como "globalização".

A entrada de capital privado de forma desordenada em um estado economicamente dependente, cujo modelo de vida passa a ser copiado da matriz norte-americana, divide os seres humanos em categorias ditadas, por um lado, pelo poder aquisitivo de quem tem capacidade de consumo, e por outro, por um coletivo de excluídos desta capacidade, que assoma nas ruas, como indigentes, e que não raro, batem à porta das ONG's em busca de ajuda, consolo, escuta, quando não de vales-transporte, comida, lugar para passar a noite, preservativos, auxílio financeiro: - Dra., eu vim prá ver se consigo um 'ajutório' do governo - com esta fala iniciam muitos plantões do jurídico do GAPA/RS.

Esta reflexão necessária sobre a experiência com o atendimento jurídico direto à comunidade dentro das ONG's AIDS nos últimos anos tem auxiliado os profissionais do direito que se dedicam voluntariamente a esta tarefa a compreender a importância de um rompimento com o modelo tradicional de assistência judiciária gratuita. Percebemos que é possível uma atuação diferenciada, que supere a tentativa de solução da demanda individual, em direção ao atendimento de necessidades coletivas. Assim, entendemos que o papel das assessorias jurídicas das ONG's AIDS , hoje, é também interferir na efetivação dos direitos expressos em lei, através do encaminhamento de denúncias de sua violação aos meios de comunicação, da referência com a defensoria pública, de um trabalho de pesquisa em parceria com a Universidade, e da pressão sobre o Estado para a prestação continuada de serviços assistenciais e de saúde pública mais qualificados. Um Estado, que por mínimo que seja, deve ainda zelar pela qualidade de vida de seus cidadãos e cidadãs.

* Concebido desde 1994, e implantado em novembro de 1997, o Núcleo de Estudos e Aconselhamento Jurídico do GAPA/RS surgiu da necessidade de qualificação no atendimento jurídico prestado à comunidade, através do Projeto Estudos e Aconselhamento Jurídico em HIV/AIDS, que propõe efetivação de três ações básicas:

1) Capacitação específica com a comunidade e com os voluntários do GAPA/RS:

* Oficina "Sensibilização para Cidadania", para Sindicatos, Grupos de Mulheres, Escolas e Empresas.
* Oficina "AIDS, Legislação e Cidadania", para capacitação de novos voluntários ao Núcleo Jurídico, e suporte do plantão de aconselhamento e visitação do NAS (Núcleo de Atendimento Social) do GAPA/RS;
* Oficina "Cidadania e AIDS", para capacitação de novos voluntários ao GAPA/RS.

Estas oficinas têm o objetivo de aprofundar a discussão e a compreensão de temas relacionados à AIDS e Direito junto aos diversos serviços prestados pelo GAPA/RS, capacitar na área de direitos humanos e AIDS profissionais ligados à área escolar e às empresas de Porto Alegre, bem como departamentos de saúde sindicais, e grupos de mulheres, bem como o aprimoramento do Aconselhamento Jurídico aos portadores de HIV/AIDS e do trabalho nas Ações Judiciais referentes à discriminação ou ausência de políticas públicas na área da AIDS.

2) Troca de Informações Jurisprudenciais e Processuais na Área dos Direitos Humanos e HIV/AIDS

*Criação de banco de dados informatizado referentes à Ações Judiciais e precedentes jurisprudenciais', e projetos de lei relacionados à questão da AIDS no RS e nos demais estados;

Esta ação busca a atualização e disseminação de informações e experiências com as demais ONG's que trabalham com Direitos Humanos e AIDS;

3) Coleta e tabulação dos dados do plantão, pesquisa e produção de conhecimento:

*Criação de Grupos de Estudos sistemáticos sobre Direito Previdenciário, Direito do Trabalho, Direito Penal, garantias individuais do portador de HIV/AIDS;

*Realização periódica de Seminários Regionais de Direito e AIDS;

Estas ações visam aprofundamento teórico sobre aspectos jurídicos do HIV/AIDS, buscando também o estreitamento da parceria com a Universidade.

Direitos Humanos, homossexualidade e uniões homossexuais

Roger Raupp Rios
Juiz Federal e professor da UFRGS

Nessa breve participação, procurarei, de modo bastante informal, elencar alguns aspectos cuja relevância pode dimensionar a necessidade do aprofundamento do tema "uniões homossexuais" no cenário jurídico nacional, principalmente pela sua estreita relação com o princípio do Estado Democrático de Direito e os direitos fundamentais. Assim o faço sem qualquer pretensão de esgotar a matéria e sem fugir, todavia, dos desafios dela decorrentes. Ao contrário, creio que a reflexão que a Themis – Assessoria Jurídica e Estudos de Gênero ora nos proporciona constitui mais uma das iniciativas cidadãs pelas quais essa reconhecida entidade se faz promotora da democracia e dos direitos humanos em nosso país.

A temática relativa à homossexualidade tem merecido muito pouca reflexão em nossos meios acadêmicos em geral; na área das ciências jurídicas, o quadro não se mostra alterado, mesmo diante de um número pequeno – mas significativo – de litígios trazidos à apreciação de tribunais e estudiosos.

As dificuldades de abordagem do tema são de todos conhecidas. Desde resistências sociais e psicológicas – decorrentes em grande medida dos preconceitos largamente difundidos – até a bibliografia praticamente inexistente em português, muitos fatores têm impedido o desenvolvimento de discussões nessa área.

O tema passou a ganhar alguma atenção a partir da proposição de projeto de lei acerca da denominada "parceria civil registrada", de autoria da Deputada Federal Marta Suplicy. O destaque na mídia, além do mérito de tornar públicas as questões relativas à homossexualidade e ao preconceito na sociedade brasileira, acrescentou uma série de barreiras ao debate, começando pelo descuidado rótulo do "casamento gay".

Meu objetivo nessa intervenção não é examinar o projeto de lei proposto, suas virtudes, deficiências, acertos e erros, ou polemizar com

defensores ou críticos da proposição legislativa. Tentarei, no breve espaço de tempo de que disponho, desenvolver algumas idéias fundamentais para a reflexão sobre homossexualidade e direito, a partir da provocação das chamadas "uniões homossexuais".

Muitos fatores fizeram com que a discussão aflorasse a partir do citado projeto de lei. Sem qualquer pretensão de rigor científico nessa exposição, muito antes de sua propositura vimos o fortalecimento de várias entidades e organizações não-governamentais que labutam pelos direitos civis e políticos de gays, lésbicas e travestis; o discurso dos movimentos de esquerda, por sua vez, experimentou o enfraquecimento de suas bandeiras tradicionais, relacionadas com a luta pelo socialismo, ocupando-se aos poucos de aspectos pertinentes à proteção da subjetividade e à liberdade comportamental; além disso, estamos passando por uma transformação dos padrões culturais acerca da masculinidade, da postura e da posição de homens e mulheres na sociedade, processo cultural muito profundo cujas repercussões são tão imprevisíveis quanto frutíferas para que se abram espaços a modalidades da vida erótica dissonantes dos então definidos e monolíticos referenciais masculinos e femininos da outrora intocada e inabalável visão de mundo heterossexual.

É necessário atentarmos para fatores dessa monta a fim de que a reflexão não seja obnubilada pela agitação que se produziu diante do projeto de lei da parceria civil registrada. Mais que posicionar-se a favor ou contra o projeto, impende investigar os pressupostos e os postulados que informam nossa mentalidade quando uma proposição legislativa desse jaez se apresenta à discussão pública.

Em primeiro lugar, deve-se sublinhar que o tratamento jurídico em torno da homossexualidade é muito mais abrangente e importante que a possibilidade de registro civil de eventual vida a dois. Toma relevo incomparavelmente superior o exame da eficácia dos direitos fundamentais quando se trata das vivências homossexuais.

Uma breve passagem de olhos sobre o catálogo de direitos humanos inseridos em nossa Constituição revela implicações evidentes entre a livre expressão da sexualidade por parte de homossexuais e o princípio da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Isso para não falarmos do direito à intimidade e à vida privada, da liberdade de expressão, do direito de associação, da liberdade de opinião, de manifestação e de seus corolários liberdade de informação e de imprensa; tudo sob o manto cardeal do princípio da

igualdade, presente não só nos direitos fundamentais do artigo 5º da Constituição, como enunciado nos princípios fundamentais, quando elencam como objetivo fundamental da República "promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação." (artigo 3º, inciso IV).

Essas, a meu juízo, as coordenadas sob as quais deve a reflexão estruturar-se diante da polêmica acerca das chamadas "uniões homossexuais". Muito além da discussão sobre os homossexuais terem "o direito de contrair matrimônio", cuida-se de contextualizar a questão nos delineamentos constitutivos da democracia e concretizar a Constituição de 1988, que no artigo 1º afirma ser nossa República um Estado Democrático de Direito.

Ressaltar o princípio democrático e a idéia de Estado Democrático de Direito é ponto crucial nessa empreitada, assim como salientar o vínculo entre o regime e a eficácia dos direitos fundamentais e a democracia.

Celso Lafer, em sua obra *A Reconstrução dos Direitos Humanos – um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt* (São Paulo, Ed. Cia das Letras, 1988), a certa altura de sua exposição, insiste na complementariedade reinante entre as esferas pública e privada para a constituição de uma sociedade democrática e para a efetividade dos direitos humanos.

Não pode haver democracia onde não haja homens e mulheres autônomos e independentes; para tanto, é fundamental o resguardo de uma esfera da vida em que a auto-determinação e a possibilidade de construir-se como pessoa livre sejam concretamente efetivos, numa realidade que implica, forçosamente, a diversidade e o pluralismo. Nesse âmbito erige-se a esfera da vida privada, na qual os sujeitos cultivam a si mesmos desde o direito de estar só até a escolha daqueles com quem compartilhar seus afetos e sentimentos.

O *modus vivendi* contemporâneo tem enfraquecido e ameaçado grandemente esse espaço. O sentimento de isolamento na multidão, a incapacidade e a imaturidade no trato pessoal, a padronização pela mídia, a substituição do pensamento livre e original pelo modismo, tudo isso conduz à crise da construção da identidade própria e à falência da autonomia.

A esfera privada, ao gestar as condições de construção da autonomia individual, está intimamente ligada à existência e aprofundamento

da esfera pública. Da vida em comunidade brotam as condições concretas, as informações, os subsídios por meios dos quais o indivíduo, ao construir-se, insere-se na coletividade, onde passa a construir o social por sua participação única e irrepetível, notas inerentes à sua dignidade humana.

Esse espaço público, no qual ocorre a associação, a manifestação, dentro do qual se deve formar a vontade coletiva pela deliberação conjunta, onde convivem os diferentes e grassa o pluralismo, também se vê gravemente ameaçado nos dias de hoje. A destruição das individualidades, o poder manipulador da mídia eletrônica, que oculta e deturpa a informação, a concentração do poder econômico, resultando na desigualdade bárbara que corrói os laços mínimos de solidariedade para o convívio humano, tudo isso tem desfechado contra a democracia duros golpes, donde surge, inclusive, o déficit de legitimidade política hoje disseminado em nossas sociedades (que, pouco mais de cinqüenta anos atrás, culminou nas trágicas experiências totalitárias do nazismo e do fascismo).

Faço essas observações para propor uma reflexão acerca do tema "uniões homossexuais" que, como dito antes, contextualize a questão no quadro maior do Estado Democrático de Direito e dos direitos fundamentais. Esses princípios estruturantes da Constituição de 1988 necessitam estar sempre em mira, forjando nos atores sociais e políticos uma verdadeira mentalidade democrática em que a complementariedade do âmbito público e da vida privada possam ser vigas da democracia.

Desse modo, dentro de um contexto democrático, para a legitimidade da intervenção estatal (evidente manifestação do poder político, que numa democracia deve deitar raízes na vontade política reinante na sociedade, cuja formação decorre da vivência no espaço público) tem-se que considerar, necessariamente, o respeito à vida privada (como visto, um dos pressupostos para a convivência democrática), ao pluralismo e à diversidade dos membros constituintes da coletividade.

Desses postulados constitucionais decorre que a interpretação da legislação infraconstitucional e a proposição de projetos de lei (campos de claríssima manifestação do poder político) não podem ignorar o respeito às diversas modalidades de orientação sexual socialmente presentes, dentre as quais a homossexualidade se insere. Isso seja pelo respeito à vida privada e à intimidade, seja pelo caráter plural e participativo inerentes ao Estado Democrático de Direito delineado constitucionalmente.

Nesse sentido, creio que a evolução da legislação em questões como a regulação da afetividade e da expressão da sexualidade deve orientar-se pela ampliação paulatina e progressiva da liberdade pessoal, reforçando a idéia de proteção do indivíduo de intromissões em sua vida privada e em sua intimidade; deve possibilitar, além disso, cada vez maior espaço para o convívio das múltiplas formas de afeto e de vivência da sexualidade que possam se constituir entre pessoas livres e adultas.

Desse modo, é essencial que eventual provimento legislativo nessa seara valorize sobremaneira os valores constitucionais e democráticos acima salientados, afastando-se, simultaneamente, do perigo de aumentar o poder estatal de intromissão em tais aspectos, pertinentes, sem dúvida, à intimidade e à vida privada.

Saliente-se, ainda mais, o prejuízo que uma intervenção legislativa pode ocasionar a esses valores se se tentar padronizar todas as relações amorosas simplesmente repetindo antigas fórmulas legais cristalizadoras de padrões heterossexuais, impondo à variada gama de expressões do afeto e da sexualidade visões e expressões unilaterais e parciais (e, pior ainda, sob a roupagem lingüística e conceitual das uniões heterossexuais do início do século). Para tanto constatar, basta que legisladores, estudiosos e envolvidos na área busquem dados sociológicos e antropológicos corroborando essa advertência. Exemplo disso é a obra *Masculinity, Law and the Family* (Londres, Ed. Routledge, 1995), em que Richard Collier faz estudo de antropologia jurídica mostrando como os antigos conceitos de "bom pai de família" e correlatos utilizados desde há muito no direito britânico ainda hoje informam a ideologia jurídica e o exercício do poder estatal, mesmo diante de uma sociedade e um mundo tão diferentes e múltiplos, como nos nossos dias.

Por fim, e tendo em mente o caráter instigativo que as presentes colocações almejam, gostaria de propor à consideração de todos uma interpretação do artigo 226 da Constituição que seja fiel a esses postulados democráticos, que guarde consonância com as linhas mestras da ordem constitucional e, mais que isso, que possa legitimar sua eficácia. Assim o faço na intenção de provocar a discussão e o aprofundamento da matéria, sem tentar fornecer qualquer exegese pronta e acabada em tão polêmica área.

O aludido artigo 226 diz no seu *caput* que "a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado." Após, no que agora interessa, dispõe sobre a forma e a gratuidade do casamento, os efeitos do

casamento religioso (parágrafos 1º e 2º), o reconhecimento da união estável entre homem e mulher como entidade familiar (parágrafo 3º). O parágrafo 4º entende como entidade familiar, também, a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Ora, diante desses termos, não se pode vislumbrar qualquer identificação entre a união matrimonial (regime jurídico destinado exclusivamente a heterossexuais) e a caracterização da comunidade familiar. Ao contrário, o texto constitucional é expresso ao afirmar que existe mais de uma espécie de entidade familiar. Além daquela formada pelo matrimônio, além daquela formada pela união estável, **também** existe a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Evidentemente, o texto constitucional não é taxativo ao definir como entidades familiares exclusivamente essas modalidades de convívio comunitário expressamente descritas nos parágrafos mencionados. A Constituição não só possibilita como requer que o legislador e o aplicador da lei (especialmente o juiz) no procedimento hermenêutico resultante da interação entre o programa da norma (o texto legal) e o âmbito da norma (a realidade) concretize o direito vigente, de molde a considerar os princípios democráticos acima enunciados e a inegável pluralidade de formas de vida amorosa, abrindo espaço para a caracterização das uniões homossexuais como comunidades familiares (sobre a interpretação da Constituição como concretização, Konrad Hesse, *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, 20ª ed., Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1998).

Importa aqui sublinhar que admitir a existência de comunidades familiares que não se caracterizam pelo vínculo matrimonial (ou por sua possibilidade, nos termos da legislação ordinária vigente) é respeitar os valores constitucionais da democracia, do Estado Democrático de Direito e a eficácia dos direitos fundamentais, pena de a Constituição ser concretizada de forma discriminatória e ofensiva desses postulados.

Aliás, nesse sentido pode-se extrair conclusão do Tribunal Constitucional espanhol, que, em Sentença do Tribunal Pleno (222/1992), asseverou que "nuestra CE no há identificado la familia a la que manda proteger com la que tiene su origen en el matrimonio, conclusión que se impone no sólo por la regulación bien diferenciada de una institución y outra (artículos 32 y 39), sino también, junto a ello, por el mismo sentido amparador o tuitivo en el que la CE considera siempre a la familia y, en especial, en el repetido artículo 39, protección que responde a imperati-

vos ligados al carácter 'social' de nuestro Estado (artículos 1.1 y 9.2) y a la atención, por consiguiente, de la realidad efectiva de los modos de convivencia que en la sociedad se expresen. El sentido de estar normas constitucionales no se concilia, por tanto, com la constricción del concepto de la familia a la de origen matrimonial, por relevante que sea en nuestra cultura – en los valores y en la realidad de os comportamientos sociales – esa modalidad de vida familiar. Existen otras junto a ella, como corresponde a una sociedad plural, y ello impide interpretar en tales términos restrictivos una norma como la que se contiene en el artículo 39.1, cuyo alcance, por lo demás, há de ser comprendido también a la luz de lo disposto en los aps. 2 y 3 del mismo artículo."

Encerro minha participação nesse encontro com a esperança de que as ponderações ora desenvolvidas colaborem para um adequado dimensionamento da importância e do valor da discussão do tema "uniões homossexuais", salientando o caráter provocador dos pontos abordados, cujo aprofundamento muito se mostra necessário.

Efeitos jurídicos das uniões homossexuais

Público e privado

Célio Golin

Coordenador do Nuances

Acredito que a discussão dos direitos humanos em nossa sociedade está intimamente ligada à noção do que é público e privado. Temos um passado fortemente marcado pela influência direta do machismo latino-americano, reforçado por uma cultura paternalista e cristã, que ao meu ver dificulta esta discussão e entra em choque com alguns direitos básicos, como por exemplo quando se trata de assuntos ligados à privacidade do ser humano.

É urgente que aprofundemos a discussão do que é público e privado, tanto na esfera do indivíduo, e da família, como na do Estado e do Poder Público. Temos um desafio muito grande. Este vem no sentido de estabelecer limites, em nossas relações cotidianas, sobre o que é de responsabilidade do indivíduo e do coletivo. É muito importante que cada um conquiste o seu espaço, sem precisar esconder, ou mascarar desejos e ansiedades, que dizem respeito à sua identidade própria, aumentando a noção do respeito pelo interesse coletivo.

Sociedade Civil

Para avançarmos em relação aos direitos elementares e, fundamentais para a democracia que almejamos, é preciso que a sociedade civil se manifeste com todas as suas demandas, e criar espaços de discussões políticas, onde estejam contemplados seus pensamentos e desejos. O confronto de idéias é de fundamental importância, pois é ele que vai expor as contradições e ganhar poder político capaz de ampliar a noção do que é de responsabilidade do coletivo e do indivíduo.

Para que isto aconteça, é preciso que sigamos alguns passos. A sociedade civil, através das várias entidades, sindicatos, movimentos sociais, organizações não governamentais, deve ser o agente deste proces-

so, se apropriando das várias questões que fazem parte do nosso cotidiano, como, moradia, sexualidade, ecologia, saúde, emprego, enfim, as condições básicas para se ter uma vida com dignidade.

É preciso que as pessoas que têm seus direitos negados, como é o caso dos homossexuais, se organizem, tornem-se visíveis para a sociedade, caso contrário, não existindo como sujeitos, não vão ser agentes do processo, e continuarão como reféns. Quando a sociedade civil é o agente do processo, todos podem se apropriar das mudanças, dando mais legitimidade e garantia para que estas mudanças, realmente se incorporem no cotidiano. As idéias devem se transformar em ações humanas no dia a dia, fazendo com que possamos ultrapassar o atual estágio de ignorância em que vivemos. Para tanto, é necessário romper com as ideologias hipócritas, e não ter vergonha de assumir as coisas como elas são e acontecem.

Devemos ser responsáveis pelo processo, ter claro o que cabe ao Poder Público, discutir qual modelo de Estado queremos, e controlar suas ações.

Estado

O Estado deve também ser agente mobilizador e incentivador de discussões de interesse do coletivo. Cabe a ele respeitar e defender todos os cidadãos, sem priorizar alguns, em detrimento de outros. O Estado não pode se privar de assumir o seu papel enquanto agente disseminador de idéias que venham fortalecer a sociedade civil, aumentando seu nível de consciência e participação.

O Estado tem por obrigação criar mecanismos que venham melhorar o atendimento ao cidadão. É fundamental discutir qual é o seu papel, fazer com que seus funcionários tenham cada vez mais a noção da importância de seu desempenho e principalmente a dimensão política de suas atribuições.

É comum hoje, por exemplo, quando se vai a uma Delegacia registrar uma ocorrência por discriminação sexual, a pessoa ser desestimulada a registrar a ocorrência. Isto demonstra a falta de consciência da importância e a responsabilidade das atribuições que os agentes do Estado desempenham para o conjunto da sociedade. O preconceito faz com que os próprios funcionários do Estado ultrapassem os limites da lei e acabem por reproduzir e excluir as pessoas de seus direitos. Se

isto acontece, é fácil perceber que temos muito caminho a andar.

Poder

Penso que a cultura paternalista que nos rodeia, na qual fomos incentivados a esperar pelo líder ou representante para resolver nossos problemas, deve ser cada vez mais combatida. Devemos inverter a relação que temos entre povo e autoridade.

Acredito também que devemos priorizar a luta do dia-a-dia, não jogando todas as esperanças em eleições. As mudanças que precisamos não se resolvem através de eleições, porque o poder se disputa a todo momento em todas as esferas.

Efeitos Jurídicos

A justiça, por toda a importância que tem numa sociedade em formação como a nossa, onde as desigualdades são a tônica, tem papel fundamental nesse processo. Estas ações vitoriosas tratando de direitos de homossexuais, por exemplo (e que felizmente estão se tornando cada vez mais comuns), refletem uma mudança não só de interpretação da lei, mas, o que é mais importante, uma mudança na percepção pela própria justiça de suas tarefas.

O judiciário, em nosso país, infelizmente, ainda se posiciona muitas vezes incorporando na interpretação do direito a moral pessoal de seus operadores, o que acaba produzindo decisões, mesmo que legais, injustas. Este é mais um desafio que temos pela frente.

As novas decisões que estamos vendo, dando ganho de causa a homossexuais, acabam por ter vários reflexos. Primeiro, o papel político que isto significa, pois se abre uma discussão não só dentro do Poder Judiciário, mas no conjunto da sociedade. Abrir precedentes é fundamental para que outras pessoas lutem por seus direitos, aumentando a auto estima e motivando a sociedade para que incorpore estas ações, fazendo com que se tornem cada vez mais comuns.

Uniões Homossexuais

Esta discussão em torno do projeto de parceria civil registrada sempre me causou um certo desconforto. Não quero aqui questionar o fato de usar a lei para ampliarmos nossos direitos, mas refletir justamen-

te como é importante a mobilização no sentido de mudarmos nossos valores, fazendo com que as pessoas se sintam preparadas para lutar por seus direitos. Penso que o movimento homossexual deve priorizar ações que aumentem a auto estima, que é um passo importante, pois vamos necessariamente enfrentar desafios, e se não tivermos estrutura não lograremos ganhos. Os homossexuais, na sua grande maioria, vivem na clandestinidade no Brasil, não existindo enquanto sujeitos, o que os torna reféns do preconceito, legitimando-o.

Chegar na frente de um juiz, e assumir a homossexualidade, é um passo em que poucos estão preparados para enfrentar. E se não conseguirmos nos assumir para nós mesmos, dificilmente vamos conquistar respeito.

Devemos cada vez mais ampliar os direitos de cidadania, respeitando a diversidade e o processo como cada um se constrói a partir de suas próprias experiências, em sua manifestações no coletivo. Não podemos criar regras para todos a partir de ideologias como as religiosas. As pessoas devem ter mais autonomia e responsabilidade em seus atos. Quando não temos isto claro e nem a noção do que isto representa na vida das pessoas, acabamos excluindo vários cidadãos com base em preconceitos que, na maioria das vezes, já estão institucionalizados.

O Direito à saúde na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional

Paulo Leivas

Procurador da República

A idéia do Estado Social provocou a superação da definição dos direitos fundamentais apenas como direitos de defesa da liberdade individual contra a intervenção estatal. Na medida em que a liberdade depende de uma série de condições cujas realizações dependem em muito da atuação estatal e considerando que os direitos fundamentais objetivam a realização da dignidade humana, surgem os chamados direitos fundamentais sociais, em cujo conteúdo está a obrigação do Estado de atuar positivamente, inclusive fornecendo meios materiais para a existência digna dos cidadãos menos favorecidos economicamente.

A Constituição Federal de 1988 estabelece que o direito à saúde é um direito fundamental social[1] e fornece alguns parâmetros para uma definição do conceito de saúde, que inclui, além da assistência médica e hospitalar, preventiva e curativa, os chamados condicionantes da saúde, como alimentação, da moradia, do saneanento básico, do meio ambiente, do trabalho, de renda, etc[2].

Outro aspecto a ser destacado na Constituição Federal é que as ações e serviços público e privados de saúde, estes últimos quando contratados ou conveniados, integram uma rede regionalizada e hierarquizada, e constituem um sistema único[3].

A previsão de um sistema único significa que todos estes serviços estão subordinados aos mesmos princípios e que só é possível existir um só sistema público de saúde, que é dirigido em cada esfera de governo - União, Estados e Municípios - segundo a distribuição de competências previstas em lei[4].

---

[1] Art. 6° da Constituição Federal
[2] Art. 196 da Constituição Federal
[3] Art. 198 da Constituição Federal
[4] Arts. 15 e 18 da Lei n° 8080/90.

Entre os princípios que regem esse sistema, hoje denominado de Sistema Único de Saúde - SUS, destacamos a universalidade, a integralidade e igualdade e a participação da comunidade.

Cumpre notar que estes princípios são vinculantes não só para as ações e serviços de saúde executados diretamente pelo Poder Público, mas também para os serviços executados por instituições privadas contratadas ou conveniadas[5].

O princípio da universalidade[6] de acesso aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência rompeu com aquele sistema que vigia antes da Constituição Federal de 1988 em que a saúde era direito apenas dos trabalhadores que contribuíam para a Previdência Social, sendo uma forma de seguro social. Hoje o acesso aos serviços do SUS é direito de qualquer pessoa, independente de qualquer condição.

Quando a Constituição Federal e a legislação referem-se à integralidade[7] dizem de assistência médica e hospitalar em todos os níveis de complexidade exigidos para cada caso, bem como sobre a necessidade de integração da assistência preventiva com a curativa, com a prioridade para a primeira.

O princípio da igualdade[8] no âmbito da saúde significa que nos serviços do SUS não pode haver privilégios ou preconceitos. A vedação de privilégios está ligada à vedação de pessoas serem beneficiadas por serviços de melhor qualidade ou preferências na ordem de atendimentos, por motivos de "apadrinhamento" ou posição social ou econômica. Também ninguém pode deixar de ser atendido ou receber um atendimento de pior qualidade por preconceito de qualquer espécie. Viola também o princípio da igualdade, além de ferir o princípio da gratuidade, a oferta de leitos privados a pacientes atendidos por meio do SUS mediante o pagamento de uma complementação.

A participação da comunidade[9] na gestão, no controle e na fiscalização dos serviços e ações de saúde é um dos pilares do SUS, como determina a própria Constituição Federal. As instâncias colegiadas em que se dá esta participação são a Conferência da Saúde e o Conselho de

[5] Art. 199 & 1º, da Constituição Federal.
[6] Art. 7º, I, da Lei 8080/90 e art. 242, III, da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul
[7] Art. 198, II, da Constituição Federal e art. 7º, da Lei 8080/90.
[8] Art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, e art. 7º, IV, da Lei 8080/90.
[9] Art. 198, III, da Constituição Federal, art. 241, IV, da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, art. 7º, VIII, da Lei 8080/90 e lei 8142/90.

Saúde, devendo haver representação paritárias dos usuários nestas instâncias em relação ao conjunto dos demais segmentos. Porém, a participação da comunidade no chamado controle social do SUS efetiva-se também de outras formas, como através do exercício do direito de petição[10] aos poderes públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder.

Por certo ainda estamos galgando degraus na construção do Sistema Único de Saúde e seus princípios. Muito ainda há de ser feito. É mister, porém, promovermos um grande esforço, pois a concretização do direito fundamental à saúde é condição necessária para a realização da dignidade humana de milhões de pessoas que se encontram no Brasil em situação de pobreza e que não teriam condições de pagar serviços médicos privados.

[10] Art. 5º, XXXIV, da Constituição Federal.

Programa
Curso de extensão universitária
Direitos Humanos, Ética e Direitos Reprodutivos

Abertura
Cheywa Spindel
Fundação MacArthur

Direitos Humanos, Ética e Dirietos Reprodutivos
Denis Rosenfield - professor de Filosofia, da UFRGS

Direitos Humanos: origem, fundamentos e perspectivas
Claudia Fonseca - professora da Antropologia, da UFRGS
Denise Dourado Dora - advogada e coordenadora da Themis - Assessoria Jurídica e Estudos de Gênero
Domingos Dresch da Silveira - procurador regional da República e professor da UFRGS

As lições de Nuremberg: ética e tecnologias reprodutivas
Maria Claudia Brauner - professora de Direito da Unisinos
Marco Azevedo - médico e professor da PUC/RS

Responsabilidade civil por erro e negligência nas instituições de saúde
Henrique Gofferman - médico, CRM
Alda Elizabeth Teixiera - advogada

Aids e Direitos Humanos
Dani Rudinick - advogado
Rosa Maria Rodrigues de Oliveira - advogada do GAPA/RS

Efeitos Jurídicos das uniões homossexuais
Roger Raupp Rios - juiz federal e professor da UFRGS
Célio Golin - coordenador do Nuances

Garantias constitucionais de acesso à saúde
Paulo Leivas - procurador da República
Ana Lúcia Maciel - promotora legal popular e agente comunitário de saúde

Projeção do filme:
"Frankenstein de Mary Shelley"
Debate com Claudia de Lima Costa - professora da UFSC

Autores:

Claudia Fonseca
Denise Dourado Dora
Domingos Dresch da Silveira
Maria Claudia Brauner
Marco Azevedo
Alda Elizabeth Teixeira
Dani Rudnicki
Rosa Maria R. de Oliveira
Roger Raupp
Célio Golin
Paulo Leivas