

A HERANÇA DO VENTO

Daniela de Freitas Marques*

"O que perturba a sua casa herdará o vento, e o tolo será servo do entendido de coração."(Provérbios, 11,29)

Sumário: 1. "Nada do que o dia vê é definitivo"; 2. O estigma na acepção de Erving Goffman; 3. A interação entre não infectados e infectados: discurso de tolerância; 4. A prática do "barebacking": bem-jurídico, valor e risco; 5. Os contingentes carcerários e a testagem obrigatória; 6. Do segredo dos profissionais de saúde: justa causa, dever legal e autorização dos pacientes; 6.1. Do segredo dos profissionais de saúde e da determinação judicial; 7. Do sentido da justiça: julgamento simulado em caso de AIDS; 8. Excurso da autonomia das pessoas humanas: o caso g. e o sistema jurídico-penal; 9. Do discurso biomédico e das pesquisas envolvendo seres humanos; 10. Conclusão; 11. Referências bibliográficas; 12. Notas.

1. "NADA DO QUE O DIA VÊ É DEFINITIVO"

Boécio (480-524 DC), em *A Consolação da Filosofia*, disse:

..."a alma não pode resplandecer com todo o seu brilho/ porque o corpo, com sua matéria, deixou-a cair no esquecimento/ sem dúvida alguma uma semente da

* Professora Assistente da Faculdade de Direito da UFMG. Mestre e Doutoranda em Ciências Penais pela Faculdade de Direito da UFMG

verdade permaneceu na alma/ e ela vem reanimar um ensino esclarecedor/ Como terias tu respondido espontaneamente e de maneira correta/ Se algo não te iluminasse no fundo de teu coração?"(1998, p.87)

O resgate da semente da verdade¹ é a pedra de toque do presente estudo sobre a *transmissão do HIV, o direito penal e a bioética*².

O *discurso humanitarista*, jungido às estruturas mentais próprias do século XVIII e do século XIX, está relacionado ao *corpo sofrido* que, por meio da narrativa literária, jurídica ou médica, desperta a compaixão.

Não é por outra razão que Thomas W. Laqueur (1992, p.242) afirma que

..."as grandes causas parecem originar-se do poder que tem *um* dorso dilacerado, *uma* fisionomia doentia, *uma* morte prematura de estimular a imaginação moral. (...) Para John Howard, o reformista das prisões, os detalhes também falavam por si, em favor tanto da verdade quanto de uma ação virtuosa (...) Os corpos dos prisioneiros agrediam a sensibilidade de Howard: 'seu aspecto doentio e descarnado expõe, sem palavras, o grau de miséria a que chegaram.' Ele viu muita aflição, segundo diz, 'mas o que mais chamou minha atenção foi o tifo e a varíola.' Mais uma vez, é a carne que fala."

Por outro lado, na atualidade, a carne é *vista*. O *discurso virtualizado*, jungido às estruturas mentais do século XX e do recente século XXI, alia-se à imagem e, ao invés de compaixão, o culto da imagem torna banal e comum a visão do corpo sofrido. É que a imagem, mediada pela *mass media*, aproxima-se da ficção.

O dorso dilacerado, a fisionomia doentia, a morte prematura guardam estreita relação com os mendigos, com os vagabundos e com os criminosos: o discurso jurídico-penal origina-se do *centro* em direção às *margens*.

O *corpo individual e o corpo social* são objetos de tutela, de controle e de perseguição no âmbito penal. São tutelados em razão do discurso humanitarista, que também influenciou o sistema penal dito científico. São controlados em razão da "forma de poder que se exerce sobre os indivíduos em forma de vigilância individual e contínua, em forma de controle de punição e recompensa e em forma de correção, isto é, de formação e transformação dos indivíduos em função de certas normas." (Foucault, 1999, p.103)

São perseguidos em razão da convicção da sociedade de que há uma equivalência entre miséria, violência e marginalidade, conforme demonstrado pela peste negra na Europa do século XIV, onde houve de forma sistematizada o início da exclusão dos doentes e dos pobres³.

O *corpo sofrido*, para utilizar uma metáfora tão própria ao imaginário das doenças, deve ser segregado, separado, estigmatizado.

2. O ESTIGMA NA ACEPÇÃO DE ERVING GOFFMAN

A expressão estigma⁴ foi cunhada pelos gregos, significando os "sinais corporais" ou as "marcas corporais", que evidenciavam o *status* moral denegrido de uma determinada pessoa: *escravo, criminoso ou traidor*.

Na era cristã, o estigma assume um significado metafórico: designa tanto os sinais corporais de graça divina quanto os sinais corporais de distúrbios físicos estudados pelo incipiente saber médico.

Atualmente, o estigma significa a própria desgraça ao invés de sinais físicos dela e, conforme Erving Goffman (1998, p.11 e ss.), divide-se em três tipos:

- a) as abominações do corpo;
- b) as culpas de caráter individual;
- c) os estigmas tribais de raça, nação e religião.

Aos estigmas acima elencados, deve ser acrescentado um quarto: o estigma decorrente de doenças como, *v.g.*, aquele decorrente da lepra, da peste, da sífilis, da tuberculose e, recentemente, da própria *AIDS*, diagnosticada em 1982, inicialmente

conhecida como "peste gay" ou "câncer gay".

A atribuição de uma carga simbólica às doenças é a forma pela qual é obstada a constatação de que todos os homens – no masculino e no feminino, na infância, na juventude, na maturidade e na velhice, do nascimento até à morte – não vivem apenas no meio dos objectos e dos pensamentos de todos os dias, vivem com o seu corpo, por meio do seu corpo."(Le Goff, 1986, p.75)

Por essa razão, o sofrimento, inerente às doenças, deve estar restrito àqueles que violaram interditos ou proibições. Dito de outra forma, a doença é o justo castigo de uma escolha moral.

Na verdade, a áspera e acertada crítica de Alain Molla, citado por Dani Rudinick, ilustra o problema:

"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, essas 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!"

A distinção feita inicialmente entre *aidéticos inocentes*, v.g., crianças e hemofílicos e *aidéticos culpados*, v.g., homossexuais, prostitutas e drogados, é devida ao fato de nenhuma outra doença depender tanto do comportamento das pessoas como é o caso da AIDS. É o acertado ensinamento de José Roque Junges (1999, p.108):

"Outras epidemias clássicas não dependiam da atitude dos indivíduos, mas do ambiente circundante, e o meio de sua transmissão era desconhecido ou de difícil controle. A AIDS, ao contrário, é condicionada pelo comportamento

dos sujeitos implicados: relação sexual, uso de drogas e transfusão de sangue. Os programas de prevenção procuram alertar para a conduta das pessoas de risco. Trata-se de despertar a responsabilidade, pois a difusão da AIDS depende do procedimento de cada um. A prevenção é uma das questões fundamentais.

Quando apareceram os primeiros casos da doença e os meios de comunicação alardearam a sua periculosidade e sua incidência em certos grupos de risco (drogados e homossexuais), a AIDS recebeu imediatamente o estigma do preconceito. Os portadores dos sintomas e os próprios grupos de risco foram estigmatizados e discriminados. Chegaram a ser banidos do convívio social por ignorância sobre o modo de difusão do vírus e por transformá-los em 'bodes expiatórios' da catarse social. Em vez de despertar a solidariedade com quem sofre de um mal desconhecido e incurável, o alarde provocou o preconceito e a discriminação contra os portadores dessa doença. Jogou-se sobre eles a culpa e a causa do mal que os afetava. Defendeu-se que mereciam esse estigma, porque seu comportamento era imoral. A discriminação mais perversa é aquela que joga sobre o discriminado a culpa de sua própria marginalização. Quem discrimina, autojustifica a sua atitude em motivações moralizadoras. Os portadores do HIV foram assim objeto de uma discriminação culpabilizadora."

3. A INTERAÇÃO ENTRE NÃO INFECTADOS E INFECTADOS: DISCURSO DE TOLERÂNCIA

Como se vê, nada mais lógico do que o encobrimento do próprio estigma, isto é, o encobrimento da doença, quer do meio social onde se vive, quer de familiares com os quais se convive. Obviamente, o viés jurídico do encobrimento manifesta-se na proteção da intimidade da pessoa humana, por meio do direito ao resguardo. O direito ao resguardo é expressão da personalidade da pessoa no espaço público, ao invés, no espaço privado, o que realmente se torna necessário é a confissão mútua de defeitos invisíveis.

"Mesmo quando alguém pode manter em segredo um estigma, ele descobrirá que as relações íntimas com outras pessoas, ratificadas em nossa sociedade pela confissão mútua de defeitos invisíveis, levá-lo-ão ou a admitir a sua situação perante a pessoa íntima, ou a se sentir culpado por não fazê-lo."(Goffman, 1988)

À estigmatização, alia-se atualmente a interação entre "normais" e "estigmatizados"⁵, entre "não infectados" e "infectados".

Sem desconsiderar o aspecto humanitário e piedoso daqueles que não dão azo à estigmatização atribuída aos portadores de HIV ou aos doentes de AIDS, o problema pode ser proposto em pelo menos dois flancos: o primeiro flanco diz respeito aos sujeitos; o segundo flanco, ao discurso.

Em relação aos sujeitos, o retorno à terminologia e aos ensinamentos de Erving Goffman, permite a compreensão da interação. É certo que a interação entre "não infectados" e "infectados" é possível graças ao apoio daqueles a quem Erving Goffman designa como "informados", isto é, "os que são normais mas cuja situação especial levou a provar intimamente da vida secreta do indivíduo estigmatizado e a simpatizar com ela, e que gozam, ao mesmo tempo, de uma certa aceitação, uma certa pertinência cortês ao clã."(Goffman, 1988)

São principalmente aquelas pessoas que, em razão do seu trabalho, têm contato direto com os portadores de HIV e doentes de AIDS, os familiares dos portadores de HIV e doentes de AIDS ou, de forma mais ampla, aqueles cujo relacionamento com os portadores de HIV e doentes de AIDS leve à extensão do estigma. Em um contexto mais amplo, a probabilidade real de atravessar a fronteira da saúde torna factível o discurso de inclusão/normalização dos portadores de HIV e dos doentes de AIDS.

Em relação ao discurso, a interação entre "não infectados" e "infectados" é efetivada por meio da tolerância.⁶ Logicamente, o significado da tolerância não é aquele da linguagem cotidiana, em que ela é, ao mesmo tempo, um ato de poder por parte de quem tolera e de debilidade por parte de quem é tolerado.⁷ Ao contrário, o discurso da tolerância deve ser temperado com a solidariedade.

A Organização Mundial de Saúde, tendo em vista a generalidade da transmissão do HIV, estabeleceu que "desde que a infecção pelo HIV, 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 HIV." (*apud* Sieghart, p.48)

4. A PRÁTICA DO "BAREBACKING": BEM-JURÍDICO, VALOR E RISCO

No entanto, o discurso de tolerância pode retroceder em razão da própria expansão do HIV. É que, atualmente, o risco é uma expressão da própria sexualidade, como comprova o fato de terem surgido, em São Francisco, clubes privados voltados à prática do "barebacking",

... "o termo mais freqüentemente usado para designar a penetração anal sem camisinha. (...) Nas margens da comunidade homossexual constata-se até mesmo um certo fascínio sombrio pela idéia de buscar parceiros soropositivos. Existem sites de bate-papo na Internet que abrigam conversas entre "doadores de presentes" (homens soropositivos que buscam parceiros não contaminados) e "caçadores de vírus" (o oposto)."

Assim, a prática do "barebacking" pode ser considerada crime? Qual o limite, no sistema jurídico-penal, da disponibilidade do bem-jurídico e do consentimento no âmbito da expressão da sexualidade humana?

Como é sabido, tradicionalmente o sistema jurídico-penal tem conceituado bem-jurídico "como o bem ou o valor merecedor da máxima proteção jurídica, cuja tutela é reservada às prescrições do Direito Penal." (Polaino Navarrete *apud* Bustos Ramirez, 1981, p.42)

Ora, na linguagem ética, há uma diferença entre bem e valor que deve ser aceita pelo discurso jurídico-penal, em razão dele ser dotado de um fundo ético.

Com efeito,

"O bem é uma realidade pré-moral, porque existe independente do agir e da vontade humana. Adquire moralidade, quando existe uma intencionalidade em relação ao bem. Nesse sentido, a vida, a saúde, a sexualidade, a procriação, etc. são bens pré-morais. O valor, ao contrário, é uma qualidade objetiva do agir humano e só existe enquanto tal. A moralidade é intrínseca ao valor e, por isso, nunca se pode ir contra um valor. Assim temos a justiça, a fidelidade, a honestidade, a solidariedade como modos de agir ou qualidades da ação e da vontade humanas. Existe uma hierarquia quanto aos bens, mas não quanto aos valores. A vida humana, por exemplo, vale mais que a procriação, a saúde, mais que a propriedade. Quanto aos valores, existem urgências. Pode ser que, em determinada situação, a insistência na honestidade seja mais urgente e necessária do que a sinceridade. Podem ocorrer conflitos entre bens (uma vida em conflito com outra vida) ou entre bens e valores (a saúde em conflito com a solidariedade), mas nunca entre valores." (Böckle *apud* Junges, 1999, p.117)

Na prática do "*barebacking*" há um conflito entre os bens *vida* ou *saúde* da pessoa humana e o valor expresso na *liberdade de orientação sexual e das escolhas sexuais*. Obviamente, a urgência de expressão da liberdade sexual, na qual o risco integra o prazer, não deve ter precedência em relação ao bem *vida* ou *saúde* das pessoas, o que, evidentemente, torna tal conduta passível de reprovação. Também, a tutela do valor *solidariedade* é mais urgente do que a tutela individual da *liberdade de orientação sexual e das escolhas sexuais*, pois a conduta das pessoas que praticam o "*barebacking*" ou a disseminação da prática do "*barebacking*" é uma fonte de propagação da AIDS.

Por outro lado, é inegável que os "*caçadores de vírus*" contribuem com a sua conduta para o perigo de contágio ou o contágio efetivo da AIDS. É o que diz, aliás, Beatriz de La Gandara Vallejo (1995, p.133):

“Los casos de autopuesta en peligro de la víctima se caracterizan por el hecho de que, junto a la persona que participa causalmente en la producción de los resultados típicos a los bienes de la víctima contribuye a la producción de los resultados mediante su conducta. La contribución de la víctima al hecho puede ser de índole muy variada, de forma que la víctima puede haber hecho posible una conducta autopeligrosa mediante la entrega de objetos o haber motivado a la víctima mediante su actuación a una conducta autopeligrosa. Así, la doctrina recurre a la figura de la autopuesta en peligro en supuestos tan diversos como la entrega de drogas en el caso de producirse posteriormente la muerte del adicto, el mantener relaciones sexuales sin protección con personas infectadas por VIH o SIDA (...)”

Na verdade, a prática do “*barebacking*” é uma consciente criação em comum de perigo,⁸ o que evidentemente permite levar o problema à esfera do consentimento. Ora, tanto os “*doadores de presentes*” quanto os “*caçadores de vírus*” agem conjuntamente na violação de um determinado bem: a *vida* ou a *saúde*. No entanto, a subsunção da conduta ao tipo de perigo, de lesão ou de tentativa de homicídio é virtual e nominalmente inadequada, no caso de sujeitos autônomos e responsáveis. A alternativa possível, no caso específico do “*barebacking*”, é a criação de uma figura típica, em razão do conflito existente entre o bem *vida* ou *saúde* e o valor *liberdade de expressão sexual*.

5. OS CONTINGENTES CARCERÁRIOS E A TESTAGEM OBRIGATÓRIA

Lado outro, atualmente a pedra de toque da discussão é o problema da *testagem obrigatória* da AIDS em contingentes carcerários.

Nesse caso, a testagem obrigatória é altamente invasiva. Além da previsão da testagem, não há nenhum programa de continuidade de tratamento e tampouco nenhuma tentativa de se assegurar o respeito à dignidade daqueles presos que, coercitivamente, fizerem

a testagem.

Também é reveladora de uma visão muito próxima do *garantismo inquisitório*, isto é, da *reificação* do corpo do acusado e do sentenciado. De forma geral, após a testagem, não interessa a trajetória dos portadores do HIV, dos doentes da AIDS esquecidos ao seu próprio destino, relegados em sua própria miséria.

Nesse sentido, deve-se discordar, parcialmente de São Tomás de Aquino, o qual ensina que "*do mal vem o bem*".

Considerando o mal, como *mal ôntico*, a partir de uma situação reconhecidamente má como a AIDS, cujos meios de transmissão são o sangue e as substâncias ligadas à relação sexual, houve uma redefinição quanto ao princípio da responsabilidade dos profissionais de saúde, uma rediscussão da sexualidade humana e do papel que ela desempenha na vida das pessoas. Por outro lado, considerando o mal, como *mal intencional* ou *moral*, a testagem obrigatória é, talvez, o primeiro passo para transformar contingentes carcerários em objetos de pesquisa.

Ora, o argumento da "*ladeira escorregadia*" (*slippery slope argument*) pode ser bem verdadeiro no caso, fazendo lembrar o episódio, talvez alegórico, da carta em que *Pasteur*, no intuito de transferir as suas pesquisas para o Brasil, teria enviado a D. Pedro II. Na carta, a proposta de *Pasteur* era clara: os condenados à morte no Brasil poderiam escolher entre a execução no patíbulo ou à sujeição aos seus experimentos científicos. D. Pedro II, sensibilizado após o erro judiciário no caso Mota Coqueiro, teria recusado a oferta.

6. DO SEGREDO DOS PROFISSIONAIS DE SAÚDE: JUSTA CAUSA, DEVER LEGAL E AUTORIZAÇÃO DOS PACIENTES

Outro aspecto que hodiernamente assume maior importância em relação à AIDS é a proteção à intimidade do portador do HIV e dos doentes de AIDS, por meio do segredo profissional do médico e dos profissionais de saúde de maneira geral (*dentistas, parteiras, enfermeiras etc*).

No exercício da medicina, o segredo é inerente à profissão, como se vê no próprio juramento de Hipócrates, no qual tal dever é expresso: "*o que, no exercício ou fora do exercício e no comércio da*

vida, eu vir e ouvir, que não seja necessário revelar, conservarei como segredo.” Em igual sentido, o Código de Ética Médica, Resolução n.º 1246/88, proíbe o médico de revelar fato de que tenha tomado conhecimento em virtude de sua profissão, salvo por justa causa, dever legal ou autorização do paciente.⁹

A justa causa, como elemento normativo do tipo dependente de especial valoração, vincula-se à análise de cada caso concreto, v.g., no caso da comunicação do médico ao cônjuge, companheiro e/ou parceiro amoroso do paciente infectado com *AIDS*, nas hipóteses em que o paciente se recusa a fazê-lo. Trata-se, no principialismo próprio da bioética, de um embate entre o princípio da *confidencialidade* e o princípio da *justiça*.

A obediência ao dever legal está prevista no artigo 269 do Código Penal, no qual temos a prescrição de comunicação pelo médico de doenças de notificação compulsória, como é o caso da *AIDS*, conforme Portaria n.º 993, de 4 de setembro de 2000, do Ministério da Saúde, notificação da infecção pelo vírus da imunodeficiência humana (HIV) em gestantes e crianças expostas ao risco da transmissão vertical e da síndrome da imunodeficiência adquirida (*AIDS*).

Por último, a autorização do paciente, que é uma manifestação do princípio da autonomia, permite a revelação do segredo pelos profissionais de saúde.

6.1. Do segredo dos profissionais de saúde e da determinação judicial

Hodiernamente um problema que tem ocupado o Poder Judiciário é a recusa, por parte de médicos e por parte de diretores de hospitais, em atender as determinações judiciais para que sejam apresentados os prontuários médicos e as fichas clínicas dos pacientes.

Ora, o Poder Judiciário somente pode derogar o direito ao segredo profissional nas hipóteses autorizadas pela lei: *justa causa*, *dever legal* e *autorização do paciente*. Aliás, o Tribunal de Alçada de São Paulo, em julgado de que foi relator o juiz Walter Swensson, no qual um juiz requisitou informações ao hospital, em razão de o acusado ter afirmado, no interrogatório judicial, ser portador do vírus

da *AIDS*, concedeu ordem de *habeas corpus* impetrado em favor da médica:

"Existem restrições ao poder ou faculdade da autoridade judiciária de requisitar informações no que se refere a tratamento médico a que está ou foi submetida determinada pessoa, seja no pertinente à espécie de enfermidade, seja quanto ao diagnóstico ou terapia aplicada. O sigilo profissional a que está sujeito o médico só pode ser dispensado para fornecimento de informes ou elementos para instrução de processos crimes que visem à apuração de infrações criminais relacionadas com a prestação de socorro médico ou moléstia de comunicação compulsória. Assim, não caracteriza crime de desobediência a conduta do facultativo, que deixa de atender a requisição judicial de informações sobre o estado de saúde do réu, em processo crime, sob violação de sigilo profissional, uma vez que não necessária a providência à instrução de processo crime, podendo, ademais, as informações respectivas, devidamente atualizadas, ser obtidas através de inspeção médica na própria comarca ou em hospital da rede penitenciária, sendo irrelevante o fato de ter o interessado anuído ao seu fornecimento se tal anuência não constava do ofício respectivo, lícito, portanto, à médica supô-la inexistente."

7. DO SENTIDO DA JUSTIÇA: JULGAMENTO SIMULADO EM CASO DE AIDS

Como é sabido, o discurso jurídico não tem acompanhado as inúmeras escolhas éticas propiciadas pelo avanço do conhecimento científico. É significativo que a ética tenha conexão com os sistemas jurídicos em geral, pois o sentido da justiça "*não se esgota na construção dos sistemas jurídicos que ele suscita*" (Ricoeur, 1990, p.164). Nesse contexto, a ética, sob a ótica de Ricoeur, é definida pelos três termos seguintes: *intenção da vida boa, com e para os outros, em instituições justas*.

Um julgamento simulado em caso de AIDS – Encontro Anual da *MacArthur Foundation* – 1997 –, narrado pelo Conselho Federal de Medicina, demonstra os problemas que os sistemas jurídicos enfrentarão amiúde.

"G., 25 anos, solteira, soropositiva e dependente de drogas, é a filha mais velha de um casal de classe média alta de São Paulo. Desde 1995, G. encontra-se sob interdição judicial parcial, impedida do exercício dos seus direitos civis. Seu representante legal, também desde essa data, passou a ser seu pai; ou seja, o pai foi designado curador por um juiz com o propósito de garantir a proteção da filha, considerada incapaz aos olhos da lei.

Recentemente, o pai entrou na Justiça requerendo autorização para que se faça uma ligadura de trompas na filha. A solicitação foi feita à revelia da mesma, desejosa de ser mãe.

Histórico

G. iniciou-se nas drogas injetáveis aos 17 anos. As primeiras experiências com essas substâncias foram incentivadas por um namorado, à época: M, então com 19, era o líder de uma banda de rock, figura destacada em círculo de jovens de classe média alta, em São Paulo. G. já fazia uso regular de cocaína quando ganhou o primeiro carro, presente dado pelos pais no aniversário de 18 anos.

O relacionamento entre G. e M. era tumultuado. Apaixonada e com medo de perder M., G. suspendeu o uso de anticoncepcional. Com 21 anos completos, viu-se grávida. Os pais, de formação católica, aceitaram a notícia e apressaram o casamento da filha. Sabe-se que foram movidos por conveniências sociais. M., sentindo-se pressionado, resolveu sumir da vida de G., motivo de profunda depressão para ela. Em comum acordo com os pais, preferiu submeter-se a um aborto em clínica clandestina de São Paulo. Disse que tentaria esquecer o namorado mas, ao contrário, não conseguiu superar a depressão. Abandonou os estudos, já bem atrasados.

Revoltada com a atitude do ex-namorado, G. aumentou consideravelmente o consumo de drogas nos meses que se seguiram ao aborto. Soube, posteriormente, que o sumiço do namorado tinha outro motivo: ele estava com AIDS. Atormentada pela possibilidade de também estar contaminada, fosse através do uso indiscriminado de seringas, fosse através das relações sexuais, G. decidiu fazer o teste de HIV, vindo a constatar que era soropositiva. Manteve segredo nos primeiros dias, mas depois, sentindo-se desamparada, terminou contando para os pais.

A sentença – O pedido de esterilização de G. foi rejeitado por unanimidade – sete votos contra, nenhum a favor. Principais pontos da sentença:

- apesar da fragilidade emocional da curatelada, os pais vêm agindo no sentido de cercear as decisões da mesma;
- os problemas emocionais da jovem são decorrentes da dinâmica familiar;
- a esterilização indesejada poderá agravar o quadro emocional da jovem;
- a esterilização não impede o risco de contaminação de eventuais parceiros desta portadora do vírus da imunodeficiência humana (HIV);
- a consumação da esterilização indesejada afronta os princípios de liberdade do indivíduo;
- a consumação da esterilização indesejada fere os princípios da cidadania;
- considerando que a curatela é um estatuto temporário e parcial, o pedido de esterilização foi considerado demasiadamente drástico para ser tomado numa situação transitória;
- a curatela foi concedida pela Justiça para agir sobre direitos civis, e não sobre direitos reprodutivos e sexuais;

- pedido de esterilização foi negado levando-se em conta o alto grau de irreversibilidade do método;
- pedido de esterilização foi negado também levando-se em conta que a curatelada não é uma alienada mental e que, portanto, sua vontade deve ser respeitada (1998, p.249/50)."¹⁰

8. EXCURSO DA AUTONOMIA DAS PESSOAS HUMANAS: O CASO G. E O SISTEMA JURÍDICO-PENAL

A intenção do pai de G. de esterilizá-la, por ser soropositiva e dependente de drogas, é não só destituída de ética como, também, ilícita.

Com efeito, o viver é *viver com e para os outros* (Ricoeur, 1990, p.163). É significativo que a pedra de toque no sistema jurídico seja a alteridade. "O outro é assim aquele que pode dizer *eu* como eu e, como eu, ser considerado um agente, autor e responsável pelos seus atos" (Ricoeur, 1990, p.163).

Assim, a interdição dos direitos de G., na esfera cível, não viola a dignidade que lhe é inerente. Contrariamente, a esterilização violaria tanto a sua dignidade quanto a sua liberdade. É que a esterilização forçada constitui, ao mesmo tempo, violação à pessoa na sua integridade física e a perda da decisão da escolha de procriar, conforme previsão do artigo 129, § 2º, III do Código Penal.

Por outro lado, a Justiça, constituída por homens, falíveis que são, não pode, a pretexto de qualquer teoria ou à luz de qualquer argumento, decidir em favor do pai, num caso em que a esterilização é injusta por violar a autonomia da pessoa humana.

"Foi isso que Kant percebeu perfeitamente. Com relação a isso, a segunda fórmula do imperativo categórico (...) exprime a formalização de uma antiga regra, chamada de Regra de Ouro, que diz: 'não faças ao outro o que não queres que te façam'. Kant formaliza essa regra introduzindo a idéia de *humanidade* – a humanidade na minha pessoa e na pessoa do outro -, idéia que é a forma concreta e, se podemos dizer, histórica da autonomia." (Ricoeur, 1990, p.167)

Aliás, caso os órgãos do Judiciário decidissem em favor do pai de G., seria o caso de se voltar ao antigo problema sobre a responsabilidade, inclusive responsabilidade penal, dos julgadores, por não se poder ignorar que eles têm responsabilidade pelas decisões ilícitas tomadas.

9. DO DISCURSO BIOMÉDICO E DAS PESQUISAS ENVOLVENDO SERES HUMANOS

Por outro lado, a ciência, em especial,

..."- la bio-médecine – a engendré son propre droit, sa propre organisation, ses propres 'objets'. Il ne s'agit donc plus, à proprement parler, de l'accueil que le droit peut faire à une science, mais de la soumission radicale du droit à une science. Processus dangereux à un double titre: d'une part la science devient la maîtresse du droit mais, d'autre part, elle révèle sa nature." (Edelman, 1991, p. 60)

Nesse contexto, a submissão do direito à ciência ocorre pelo caminho da ética, do grego *ethos*, que designa a morada humana. As pesquisas científicas e a ética vivem na mesma morada: aquela quer ampliar as escolhas, possibilitar novas experiências, satisfazer as vaidades, evitar ou minorar tantas dores; esta quer advertir que os seres humanos herdarão as conseqüências de suas escolhas, herdarão o vento, talvez.

Como é sabido, as pesquisas científicas, em especial as pesquisas envolvendo seres humanos, deverão tomar como ponto de partida uma visão aberta do direito¹¹, por ser

*..."*inegável que, para o desenvolvimento de novos medicamentos, métodos diagnósticos e vacinas, serão necessárias pesquisas envolvendo a participação de seres humanos. Existe inquestionável urgência para a expansão desses estudos e diversos deles estão e estarão

relacionados com a contínua expansão da epidemia do HIV/AIDS, reforçada pela ocorrência de mais de 14.000 infecções por dia pelo HIV no chamado mundo em desenvolvimento. Essa urgência tem sido utilizada como argumento para diminuir as exigências éticas internacionalmente aceitas para a realização de estudos clínicos. Com a justificativa que os países pobres não têm mesmo acesso aos tratamentos ideais (no caso, medicamentos anti-retrovirais) existe ação concertada para modificar diversos itens da Declaração da Helsinque.” (Greco, p.1)

A não obediência aos critérios éticos de pesquisa atinge justamente os indesejados ou indesejáveis, os quais são vulneráveis em razão de sua própria marginalidade: *pobres, negros, ciganos, prostitutas, presidiários, africanos ou latino-americanos, etc.* como se vê, *v.g.*, no caso de *Macon County*.

Em 1932, em *Macon County*, no Alabama, o *U.S. Public Health Service* (USPHS) iniciou uma experiência para determinar a evolução natural da sífilis em homens negros. A população sujeita ao experimento compreendia 400 homens infectados, bem como uma população de controle de 200 homens não infectados pela sífilis. Nos anos 50, a penicilina, embora tenha sido largamente utilizada para o tratamento da sífilis, não foi utilizada no tratamento dos homens submetidos ao experimento. Somente em 1972, quando os relatos do estudo foram divulgados pela imprensa nacional, foi que o Departamento de Saúde, Educação e Bem-Estar interrompeu o experimento. Nessa época, 74 dos sujeitos de pesquisa estavam ainda vivos, pelo menos 28, mas talvez mais de 100 dos sujeitos de pesquisa, teriam morrido em razão de complicações decorrentes da sífilis¹².

No transcurso da pesquisa, após o término da Segunda Guerra Mundial, o *Tribunal de Nuremberg*, em 1947, estabeleceu as diretrizes de pesquisas envolvendo seres humanos, que demonstram a disparidade entre a condução do experimento em *Macon County* e a ética de pesquisa envolvendo seres humanos,

1. “O consentimento voluntário do ser humano é absolutamente essencial, isso significa que as pessoas

que serão submetidas ao experimento devem ser legalmente capazes de dar consentimento; essas pessoas devem exercer o livre direito de escolha, sem qualquer intervenção de elementos de força, fraude, mentira, coação, astúcia ou outra forma de restrição posterior; devem ter conhecimento suficiente do assunto em estudo para tomarem uma decisão. Esse último aspecto exige que sejam explicados às pessoas a natureza, a duração e o propósito do experimento; os métodos segundo os quais será conduzido; as inconveniências e os riscos esperados; os efeitos sobre a saúde ou sobre a pessoa do participante, que eventualmente possam ocorrer, devido à sua participação no experimento. O dever e a responsabilidade de garantir a qualidade do consentimento repousam sobre o pesquisador que inicia ou dirige um experimento ou se compromete nele. São deveres e responsabilidades pessoais que não podem ser delegados a outrem impunemente.

2. O experimento deve ser tal que produza resultados vantajosos para a sociedade, que não possam ser buscados por outros métodos de estudo, mas não podem ser feitos de maneira casuística ou desnecessariamente.
3. O experimento deve ser baseado em resultados de experimentação em animais e no conhecimento da evolução da doença ou outros problemas em estudo; dessa maneira, os resultados já conhecidos justificam a condução do experimento.
4. O experimento deve ser conduzido de maneira a evitar todo sofrimento e danos desnecessários, quer físicos, quer materiais.
5. Não deve ser conduzido qualquer experimento quando existirem razões para acreditar que pode ocorrer morte ou invalidez permanente; exceto, talvez, quando o próprio médico pesquisador submeter-se ao experimento.

6. O grau de risco aceitável deve ser limitado pela importância do problema que o pesquisador se propõe a resolver.
7. Devem ser tomados cuidados especiais para proteger o participante do experimento de qualquer possibilidade de dano, invalidez ou morte, mesmo que remota.
8. O experimento deve ser conduzido apenas por pessoas cientificamente qualificadas.
9. O participante do experimento deve ter a liberdade de se retirar no decorrer do experimento.
10. O pesquisador deve estar preparado para suspender os procedimentos experimentais em qualquer estágio, se ele tiver motivos razoáveis para acreditar que a continuação do experimento provavelmente causará dano, invalidez ou morte para os participantes."

Na esteira do *Código de Nuremberg*, vários outros documentos internacionais foram elaborados, destacando-se dentre eles, a *Declaração de Helsinque* de 1964, revista sucessivamente em 1975, 1983, 1989, 1996 e 2000, a qual estabelece diretrizes para preservar a dignidade dos sujeitos de pesquisa.

A proposta norte-americana de minorar o rigor ético das pesquisas envolvendo seres humanos, em razão da não-equidade das condições assistenciais nos países pobres, notadamente do continente africano, não foi aceita. É curioso que o argumento da *não-equidade* de tratamento e de acesso à saúde tenha sido utilizado para justificar as propostas de mudança da Declaração de Helsinque, demonstrando que a interpretação dos princípios fundamentais do agir humano não é necessariamente ética. Faz lembrar a promessa do homem que, aflito por seus problemas, resolve vender a casa e doar as moedas aos pobres, caso eles fossem solucionados. Por fim, ele se vê obrigado a cumprir a promessa: põe a casa à venda por uma moeda de prata, mas, como condição para a venda da casa, o comprador deveria adquirir também um gato por dez mil moedas de prata. E, assim foi feito, o homem, satisfeito por cumprir a sua promessa, doou a moeda de prata aos pobres e guardou para si as dez mil outras moedas.

O Prof. Dirceu Bartolomeu Greco comenta os aspectos mais polêmicos da Declaração de Helsinque a respeito do acesso aos cuidados de saúde e da utilização de placebo como controle do experimento:

"Sobre acesso aos cuidados de saúde estava explícito na versão 1996 que os melhores métodos comprovados de diagnóstico e tratamento deveriam estar disponíveis para todos os voluntários (sejam estes do grupo caso ou controle). Em 1999 foi divulgada a primeira proposta de modificação (...), que seria apreciada na 51ª Assembléia Geral da Associação Médica Mundial (Tel Aviv, outubro de 1999), explicitando que, 'em qualquer protocolo biomédico de pesquisa, todo paciente-sujeito, incluindo aqueles do grupo controle, se houver, deve ser assegurado que ele ou ela não terão negados o acesso ao melhor método diagnóstico, profilático ou terapêutico que em qualquer outra situação estaria disponível para ele ou ela.' Isso implicava que, se o que estivesse disponível fosse acesso algum, estaria eticamente justificável conduzir o ensaio sem oferecer qualquer tratamento.

Em relação à utilização de placebo, a Declaração de 1996 definia ser possível sua utilização apenas em estudos onde métodos diagnósticos ou terapêuticos não existissem (...). A proposta de 1999 acrescentava o seguinte artigo: '...Quando a medida do efeito (*end point*) não for morte ou incapacidade, placebo ou outros controles sem tratamento poderão ser justificados, baseados em sua eficiência.' Isso significava que a eficiência (fosse ela baseada em custo, número de voluntários necessários ou rapidez para o término da pesquisa) seria justificativa suficiente para não incluir na comparação o procedimento, medicamento ou vacina com eficácia conhecida. Essa modificação avalizaria, por exemplo, pesquisas muito criticadas realizadas em países africanos e na Tailândia, onde placebo foi comparado a AZT em doses menores e por tempo mais curto, ao invés de fazer a comparação com o regime de AZT sabidamente eficaz (estudo ACTG 076).

(...)

Finalmente, após o recebimento de sugestões das diversas associações médicas nacionais, incluindo a firme posição da Associação Médica Brasileira pela manutenção dos níveis éticos preconizados pela Resolução de 1996, reforçada pelo Conselho Federal de Medicina, Conselho Nacional de Saúde, entre outros, foi aprovada a nova versão da Declaração, na 52ª Assembléia da Associação Médica Mundial, realizada em Edimburgo, Escócia de 3 a 7 de outubro de 2000 (...)

Houve realmente melhorias em alguns pontos quando comparada com a versão 1996 e, tão importante quanto, não foram incorporadas quaisquer das modificações propostas em 1999 e já comentadas acima. A palavra 'melhor' foi reintroduzida no item sobre acesso aos cuidados de saúde (...) e novo conceito foi incluído: a obrigação de prover os melhores métodos profiláticos, diagnósticos e terapêuticos após a conclusão do estudo. Esse ponto é um avanço significativo, especialmente em ensaios realizados em países em desenvolvimento."

10. CONCLUSÃO

1. O *corpo sofrido* é geralmente segregado, separado, estigmatizado.
2. O estigma é atribuído às doenças, v.g., lepra, sífilis, AIDS, como o justo castigo de uma escolha moral.
3. A interação entre "*não infectados*" e "*infectados*" ocorre por meio do discurso de tolerância.
4. A prática do "*barebacking*" é uma consciente criação em comum de perigo, o que, evidentemente, não permite o juízo de tipicidade.
5. A testagem obrigatória em contingentes carcerários é uma medida altamente invasiva.
6. segredo dos profissionais de saúde deve ser mantido, salvo

nos casos de *justa causa*, *dever legal* e *autorização dos pacientes*.

7. A ética tem relação com os sistemas jurídicos em geral, os quais existem para ordenar *a vida com e para os outros* no sentido de realização da justiça.
8. As pesquisas envolvendo seres humanos devem ser efetivadas com obediência aos padrões éticos, os quais não estão submetidos à interpretação pessoal de princípios.

11. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BIOÉTICA. Simpósio: Comitês de Ética Institucionais. vol.6, n.2, 1998.p.249/251.
- BOÉCIO. *A Consolação da Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- BRANDT, A. M. *Racism and Research*. *Hastings Center Report*, December 1978.
- BUSTOS RAMIREZ, J. Política criminal e injusto. Política criminal e injusto: política criminal e bem-jurídico – desvalor do ato e do resultado. Tradução de J. Sérgio Fragoso. *Rev. de Direito Penal*, v. 30, s.n.t.
- CHAVES CAMARGO, A. L. Bioética e Direito Penal. *Impulso*. s.d. p.75/83.
- DUBY, G. Lição de História. *Veja 25 anos. Reflexões para o futuro*.
- EDELMAN, B. *Le droit, les "vraies" sciences et les "fausses" sciences. Droit et science. Archives de Philosophie du Droit*. Tome 36. Paris: Sirey, 1991. p. 55/70.
- FOUCAULT, M. *A verdade e as formas jurídicas*. 2.ed. Rio de Janeiro: Nau Editora - PUC Rio – Departamento de Letras, 1999.
- GRECO, D. B. *A ética dos ensaios clínicos e a nova versão da Declaração de Helsinque: A pressão para as mudanças e os riscos*. (texto apresentado no 2º Seminário de Ética em Pesquisa da UFMG, em 21 de novembro de 2000).
- GOFFMAN, E. *Estigma*. Notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. 4.ed. Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 1988.

- JUNGES, J. R. *Bioética. Perspectivas e desafios*. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 1999.
- LA GANDARA VALLEJO, B. *Consentimiento, bien jurídico e imputación objetiva*. Trad. Enrique Bacigalupo Zapater. Madrid: Editorial Colex, 1995. p.134.
- LAQUEUR, T. W. *Corpos, detalhes e a narrativa humanitária*. In: Lynn Hunt. *A Nova História Cultural*. São Paulo: Martins Fontes, 1992.
- LE GOFF, J. A história do cotidiano. In: DUBY, G., ARIÈS, P.; LADURIE, E. L.; LE GOFF, J. *História e Nova História*. Lisboa: Editorial Teorema, 1986.
- RICOEUR, P. *Ética e Moral (1990). Leituras 1 - Em torno ao Político*. São Paulo: Edições Loyola, 1995. p. 161/173.
- ROSENTHAL, C. e SCHEFFER, M. O Novo Paciente Terminal. *Cadernos de Ética em Pesquisa: Publicação da CONEP – Comissão Nacional de Ética em Pesquisa – ano III – número 5 – julho de 2000*. p.22.
- RUDNICKI, D. *AIDS e Direitos Humanos*. www.buscalegis.com.br
- WALZER, M. *Tratado sobre la tolerancia*. 1.ed. Barcelona/ Buenos Aires/México: Paidós, 1998.

12. NOTAS

1. A verdade deve ser compreendida no âmbito do discurso. Por essa razão, na acepção de Michel Foucault, "deve-se conceber o discurso como uma violência que fazemos às coisas, como uma prática que lhes impomos em todo o caso, e, é nessa prática, que os acontecimentos do discurso encontram o princípio de sua regularidade." Em relação ao sistema penal, Michel Foucault disse: "um conjunto tão prescritivo quanto o sistema penal procurou seus suportes ou sua justificação primeiro, é certo, em uma teoria do direito, depois, a partir do século XIX, em um saber sociológico, psicológico, médico, psiquiátrico: como a própria palavra da lei não pudesse mais ser autorizada, em nossa sociedade, senão por um discurso de verdade." Cf. Michel Foucault. *A ordem do discurso*. Aula inaugural no Collège de France, pronunciada em 2 de dezembro de 1970,

pronunciada em 2 de dezembro de 1970. 5.ed.Trad. Laura Fraga de Almeida Sampaio. São Paulo: Edições Loyola,1999.p.53 e p.18.

2. Artigo elaborado com fundamento na palestra apresentada no simpósio *O Direito e a AIDS*, realizado nos dias 17 e 18 de novembro de 2000, na Faculdade de Direito da UFMG.
3. Cf. Georges Duby. Lição de História. *Veja 25 anos. Reflexões para o futuro*. p.228/235. Certamente não há repetição na história, mas ela é a chave das lembranças, da recordação, do aprendizado que só a visão do passado permite. A AIDS, assim como a peste negra no século XIV, traduz a marginalidade. "A Conferência Internacional de AIDS, realizada recentemente em Durban, na África do Sul, chamou a atenção por revelar um continente dizimado pela doença. Dois em cada três infectados pelo HIV no mundo vivem na África, o que fará diminuir em breve para 45 anos a expectativa de vida de sua população. É o abismo desumano que separa a AIDS dos pobres da AIDS dos ricos. (...) Na ocasião da Conferência de Durban, jornais e TVs exibiram imagens chocantes e distantes: centenas de homens, mulheres e crianças morrendo de AIDS ao deus-dará. Eram pacientes terminais miseráveis, em processo de morte inevitável, sem condições de cura ou sobrevivência. Quem assiste pacientes de AIDS no Brasil sabe que há muita gente no andar mais baixo da escala social para quem o drama da doença revela-se igualmente desesperador. (...) Trata-se do novo paciente terminal de AIDS, cujo prognóstico pouco depende do acesso a serviços de qualidade e tratamento de ponta." Cf. Caio Rosenthal e Mário Scheffer. *O Novo Paciente Terminal. Cadernos de Ética em Pesquisa: Publicação da CONEP – Comissão Nacional de Ética em Pesquisa – ano III – número 5 – julho de 2000*. p.22.
4. Os diversos significados da palavra estigma são apresentados conforme a exposição feita por Erving Goffman. Desta forma, a presente exposição não tem o cunho de originalidade. Cf. Erving Goffman. *Estigma*. Notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. 4.ed. Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 1988. p. 11 e ss.

5. A terminologia é adotada por Erving Goffman. *Estigma. Notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*. 4.ed. Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 1988.
6. A tolerância não deve ser vista como um banquete *Barmecide*. Nas Mil e Uma Noites, um membro da família Barmecide presenteia um mendigo com um falso banquete, no qual são lhe apresentados pratos maravilhosos, mas vazios.
7. *"En el lenguaje cotidiano se dice con frecuencia que la tolerancia es siempre una relación de desigualdad, en la cual a los grupos o individuos tolerados se les asigna una posición inferior. Tolerar a alguien es un acto de poder; ser tolerado es una aceptación de la debilidad. Nuestro objetivo debería consistir en conseguir algo mejor que esa combinación, algo que vaya más allá de la tolerancia, algo similar al respeto mutuo."*Cf. Michel Walzer. *Tratado sobre la tolerancia*. 1.ed. Barcelona/ Buenos Aires/México: Paidós, 1998.
8. Em situação análoga, é conhecido, na Alemanha, o caso *Kempton*, no qual uma moça insistiu em manter relações sexuais sem proteção com seu noivo, apesar de saber que ele estava contaminado com HIV. O Tribunal Superior da Baviera, decidiu que, *"en principio, el hecho de que un portador del SIDA conocedor de su enfermedad mantenga relaciones sexuales con otra persona sin utilizar medios de protección puede ser punible como lesiones peligrosas. Si no puede determinarse la infección del otro, será punible a modo de tentativa. Sin embargo, en el caso concreto, el acusado no habría realizado el tipo de lesiones en grado de tentativa porque tan sólo había participado en una autopuesta en peligro (querida y autoresponsable) de otro. Según la jurisprudencia del Tribunal Supremo alemán, el que participa en semejante autopuesta en peligro, participa en un suceso que no constituye un hecho en el sentido de los §§ 25, 26 y 27 I StGB (artículos referentes a la autoría, inducción y complicidad)."* Beatriz de La Gandara Vallejo. *Consentimiento, bien jurídico e imputación objetiva*. Trad. Enrique Bacigalupo Zapater. Madrid: Editorial Colex, 1995. p.134.

9. "É vedado ao médico:

"Art. 102 - Revelar fato de que tenha conhecimento em virtude do exercício de sua profissão, salvo por justa causa, dever legal ou autoridade expressa do paciente."

Também o Conselho Federal de Medicina, em relação a AIDS, publicou no Diário Oficial da União, em 19/11/92, a seguinte Resolução:

"O Conselho Federal de Medicina, no uso das atribuições que lhe confere a Lei n.º 33.268, de 30 de setembro de 1957, regulamentada pelo Decreto n.º 44.045, de 19 de julho de 1958, e

Considerando que o Conselho Federal e os Conselhos Regionais de Medicina são os órgãos supervisores da ética profissional em toda a República e, ao mesmo tempo, julgadores e disciplinares da classe médica, cabendo-lhe zelar e trabalhar, por todos os meios ao seu alcance, pelo perfeito desempenho técnico e ético da Medicina;

Considerando que o artigo 10 do Código de Ética Médica determina que 'a medicina é uma profissão a serviço do ser humano e da coletividade e deve ser exercida sem discriminação de qualquer natureza.'

Considerando as normas emanadas pela Organização Mundial de Saúde - OMS e pelo Ministério da Saúde sobre o tratamento dos pacientes portadores de AIDS;

Considerando a contínua expansão da epidemia de AIDS no país, e a progressiva mudança em seu perfil, atingindo grupos populacionais cada vez mais amplos, aliada à pouca eficiência das campanhas preventivas até aqui desencadeadas;

Considerando o profundo impacto que a doença provoca no paciente portador do vírus da imunodeficiência humana (HIV), limitando a sua atividade física, tornando-o vulnerável física, moral, social e psicologicamente;

Considerando os termos dos pareceres CFM n.º 14/88 e 11/92;

Considerando, finalmente, o decidido na Sessão Plenária realizada em 11 de novembro de 1992,

RESOLVE

Art. 1º – O atendimento profissional a pacientes portadores do vírus da imunodeficiência humana é um imperativo moral da profissão médica, e nenhum médico pode recusá-lo.

§1º - Tal imperativo é extensivo às instituições assistenciais de qualquer natureza, pública ou privada.

§2º - O atendimento a qualquer paciente, independentemente de sua patologia, deverá ser efetuado de acordo com as normas de biossegurança recomendadas pela Organização Mundial de Saúde e pelo Ministério da Saúde, razão pela qual não se poderá alegar desconhecimento ou falta de condições técnicas para esta recusa de prestação de assistência.

§3º - As instituições deverão propiciar ao médico e demais membros da equipe de saúde condições dignas para o exercício da profissão, o que envolve, entre outros fatores, recursos para sua proteção contra a Infecção, com base nos conhecimentos científicos disponíveis a respeito.

§4º - É de responsabilidade do Diretor Técnico da instituição a garantia das condições de atendimento.

Art. 2º – O sigilo profissional deve ser rigorosamente respeitado em relação aos pacientes com AIDS; isso se aplica inclusive aos casos em que o paciente deseja que sua condição não seja revelada sequer aos familiares, persistindo a proibição de quebra de sigilo, mesmo após a morte do paciente.

Parágrafo único – Será permitida a quebra do sigilo quando houver autorização expressa do paciente, ou por dever legal (ex.: notificação às autoridades sanitárias e preenchimento de atestado de óbito) ou por justa causa (proteção à vida de terceiros: comunicantes sexuais ou membros de grupos de uso de drogas endovenosas, quando o próprio paciente recusar-se a fornecer-lhes a informação quanto à sua condição de infectado).

Art. 3º – O médico que presta seus serviços a empresa está proibido de revelar o diagnóstico de funcionário ou candidato a emprego, inclusive ao empregador e à seção de pessoal da empresa, cabendo-lhe informar, exclusivamente, quanto à capacidade ou não de exercer determinada função.

Art.4º – É vedada a realização compulsória de sorologia para HIV, em especial como condição necessária a internação hospitalar, pré-operatório, ou exame, pré-admissionais ou periódicos e, ainda, em estabelecimentos prisionais.

Art. 5º – Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.”

10. O último argumento, segundo o qual o pedido de esterilização deveria ser negado em razão do fato de a curatelada não ser alienada mental, não é autorizado pela inteligência, nem aprovado pelo raciocínio. Acaso a alienada mental é sujeito de menos direitos do que as outras pessoas? É certo que ela deve ser protegida em razão de sua situação particular, mas a proteção não é (e nem pode ser) violação de sua dignidade.

Lado outro, o argumento da *"ladeira escorregadia"* (*slippery slope argument*) é válido no caso e a experiência histórica demonstra, v.g., a *"Ley sobre vagos y maleantes"* na Espanha e na Venezuela.

11. É a posição de A. L. Chaves Camargo: "A ordenação lógica e sistemática dos conhecimentos científicos, no Brasil, deve passar por uma revisão profunda, para sair do totalitarismo dogmático que a atinge, abandonando, de vez, o jusnaturalismo imutável, com conotação metafísica, para estabelecer um código bioético capaz de satisfazer à grave ansiedade que se verifica na investigação científica nacional. As questões relacionadas com a pesquisa científica, quase sempre, tem como ponto mais importante o conceito de vida humana.

A primeira atitude séria a ser tomada é uma separação conceitual entre moral e direito, através de um sistema conceitual aberto, onde a base da solução dos problemas surgidos tenha em vista o comportamento ético da maioria,

respeitada, entretanto, a minoria, naquilo que não cause dano social.

A adoção de *fórmulas abertas* não significa a ausência de limites da construção sistemático-jurídica, mas o conteúdo das soluções deve estar de acordo com a evolução social, de modo a servir como conceito substancial nos vários momentos, e não tornar-se uma fórmula vazia, sem interesse social.

O comportamento ético, ou seja, aquele exteriorizado pelos partícipes do grupo social, é o que tem significado para o Direito Penal.

No campo da bioética, a decisão individual é de suprema importância, mas não absoluta, pois a intervenção do Estado sempre será necessária quando houver repercussão da atitude tomada com a dignidade do outro, revelando um dano injustificado ao bem-jurídico.

No caso específico do Direito Penal, não se pode optar por um sistema fechado, como ocorre atualmente no Brasil, mas um sistema aberto poderá levar à discussão crítica um problema ainda não resolvido, de modo a se utilizarem os conceitos sociais disponíveis para a integração do conceito ao próprio sistema.

Estas atitudes, certamente, conduzirão a soluções mais responsáveis por parte do pesquisador ou do médico, quando da opção por atuações científicas mais condizentes com a liberdade de cada um e com o respeito incondicional à dignidade da pessoa humana." Cf. A. L. Chaves Camargo. *Bioética e Direito Penal. Impulso*. s.d. p.75/83.

12. Cf. Allan M. Brandt. *Racism and Research. Hastings Center Report*, December 1978. P. 22/9

14. ABSTRACT

Approaching some juridical-criminal aspects regarding AIDS, primarily known as "gay pest" and "gay cancer", through the tolerance and forgetfulness tragedy.

Due to the subject's own depth, the article's choice is to study, at the resemblance of a "retail blanket", some themes concerning

the HIV holders and AIDS ill behavior, and also to the health professionals and researches involving human beings. As widely known, the juridical-criminal speech keeps close relations with the criminological speech and just due to this relation, the stigma of the HIV holders, the AIDS ill and also of those, that for any reason, have been affected by the same stigma.

The "barebacking" practice; the fact that people consciously act in order to get AIDS; the mandatory testing related to the imprisonment contingents and the health professional's secrets will also be studied under the juridical-criminal point of view.

Finally, aiming to direct the researched subjects and researcher's behavior, the biomedical speech regarding the research involving human beings is studied.

Nota: O título do artigo faz alusão a um filme de rara sensibilidade a respeito da fé no homem e na liberdade de expressão, tendo como protagonista *Spencer Tracy* e, na refilmagem, *Jack Lemmon*, intitulado: "A herança do vento" ou "Herdeiros do Vento".