

BIOÉTICA E DIREITO

Antonio Carlos Mendes
Jefferson de Vasconcelos Silva
Sueli Gandolfi Dallari

Esta secção destina-se a discutir os vários aspectos que ligam a preocupação ética na área sanitária à formulação jurídica do direito à saúde, seja quando disciplinada em lei, seja quando decidida pelos juízes - individualmente ou nos tribunais.

Espera-se receber tanto comentários relativos às decisões na matéria quanto informações que possibilitem o exame ético-sanitário daquelas decisões para a coluna Nos Tribunais. Do mesmo modo, manifestações semelhantes pertinentes a projetos de lei, ou mesmo legislação vigente que polemize princípios morais na área da saúde, serão bem-vindas para inclusão na coluna Nos Parlamentos.

Nos Tribunais

Tribunal Federal determina a inclusão de companheiro soropositivo em plano de saúde

Recente entendimento do Tribunal Regional Federal da 4ª Região veio a determinar a inclusão de portador do vírus da imunodeficiência humana (HIV) em plano de assistência médica, na condição de dependente de titular do plano, levando em conta a vida em comum.

O processo judicial, iniciado em 1996, tramitou em segredo de Justiça, com o anonimato dos autores, perante a 10ª Vara de Porto Alegre - RS, sendo prolator da sentença o juiz federal Roger Raupp Rios, tendo como co-réus a Caixa Econômica Federal (CEF) e a Fundação dos Economistas Federais (FUNCEF), haja vista que o titular do plano de saúde é servidor aposentado da Caixa, soropositivo, sendo a presença do vírus HIV determinante na aposentadoria, valendo atentar que o convívio marital do casal homossexual já era de aproximadamente sete anos.

A decisão monocrática é fundamentada na Constituição Federal, com citação expressa da proibição da discriminação por motivo de sexo, do princípio da igualdade e da dignidade humana e, ainda, da proteção da liberdade sexual como parte integrante do direito à privacidade e à intimidade. Há referências a julgados norte-americanos e canadenses, da Corte Européia dos Direitos Humanos e da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU.

O magistrado deferiu tutela antecipada, assegurando de imediato que o dependente fosse incluído no plano assistencial como beneficiário e, por consequência, passasse também a receber de imediato tratamento médico. Contudo, deixou de reconhecer o pedido de declaração de união estável entre os autores, diante da legislação vigente que prevê unicamente casamento e concubinato heterossexuais. Nesse sentido, aliás, a Constituição Federal é veemente:

"Art. 226 - A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
§ 1º -
§ 2º -
§ 3º - Para efeito de 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."
(grifamos)

Na sessão de agosto último, a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, confirmou a sentença de 1º grau, tendo a relatora, juíza Marga Inge Barth Tessler, consignado que "na questão de fundo, a sentença é primorosa, não merecendo reparos", acrescentando, de obrigatória transcrição aqui, *in verbis*:

"Não podemos obscurecer ou hipocritamente considerar ou ignorar como a vida e os humanos são. Não somos todos iguais, somos diferentes, e 'não há na vida nenhuma qualidade tão universal como a diferença', na reflexão de Montaigne".

A relatora continua seu raciocínio, desta feita a favor da razoabilidade da decisão confirmada, aduzindo:

"A razoabilidade deve prevalecer, também para afastar a hipocrisia. Somos uma sociedade hipócrita, aplaudimos a cantores e artistas, símbolos de comportamento andrógino, mas hostilizamos o nosso

vizinho se trazer um amigo para morar com ele. Transformamos transexuais em símbolo sexual feminino, mas não lhes damos o direito a documentos de mulher, reprovamos o casal lésbico da novela das oito mas assistimos e toleramos as cenas de violência, o assassinato de crianças e mendigos, o desrespeito com as pessoas mais simples do povo que comparecem a certos programas de auditório. Somos uma sociedade hipócrita, mas aos poucos vamos nos dando conta da falta de razoabilidade e da injustiça em nosso proceder".

Por fim, arremata em irretocável síntese:

"A garantia da cidadania passa pela garantia da sexualidade e os heterossexuais devem dispensar tratamento democrático e isonômico aos homossexuais, pois somos uma sociedade democrática e participativa".

O precedente em baila, bem se vê, tem como matiz a discriminação sexual. Antes voltada quase com exclusividade para a mulher, e hoje, de forma velada ou não, contra os homossexuais. Nesse sentido, é bastante esclarecedor o magistério do constitucionalista José Afonso da Silva, de ativa participação na elaboração da Carta Magna de 1988, acerca do tema:

"A questão mais debatida feriu-se em relação às discriminações dos homossexuais. Tentou-se introduzir uma norma que a vedasse claramente, mas não se encontrou uma expressão nítida e devidamente definida que não gerasse extrapolações inconvenientes. Uma delas fôra conceder igualdade, sem discriminação de orientação sexual, reconhecendo, assim, na verdade, não apenas a igualdade mas igualmente a liberdade de as pessoas de ambos os sexos adotar a orientação que quisessem. Teve-se receio de que essa expressão albergasse deformações prejudiciais a terceiros. Daí optar-se por vedar distinções de qualquer natureza e qualquer forma de discriminação, que são suficientemente abrangentes para recolher aqueles fatores que têm servido de base para desigualdades e preconceitos". (in Curso de Direito *Constitucional Positivo*. 2a ed., São Paulo, Malheiros, 1992, p. 204).

Vale concluir, então, que o acerto ou razoabilidade do julgado passa pela vinculação da igualdade à Justiça, havendo crescente preocupação, cada vez mais geral, inclusive de legisladores e magistrados, na direção de que o direito e o justo consistem em tratar de forma igual os iguais e de forma desigual os desiguais.