

# ***Vida e Morte - A Tutela Jurisdicional dos Soropositivos***

Fernando Rodrigues Martins

*Promotor de Justiça*

"Se o governo tem dinheiro para dar aos bancos, tem dinheiro para a Aids. É um crime não comprar os remédios para os doentes. Existem hoje dois tipos de pessoas com Aids: as que têm dinheiro para fazer um tratamento eficaz e as que não têm esse dinheiro. A diferença entre esses dois grupos determina a vida ou a morte de cada um."

*Herbert de Souza*

## **I - Introdução**

Ao buscar dentre todos os medos e receios do ser humano frente ao sono eterno depara-se, axiologicamente, com o pânico da Aids. Morte certa, lenta e

vexatória. Certa, porque de seu mal ninguém ainda desviou-se com êxito. Lenta, porque na realidade ela não mata, simplesmente deixa sua vítima assistir à falta de defesa orgânica frente às infecções oportunistas. E vexatória, posto que a ausência de humanidade e solidariedade dão-lhe um toque grotesco de hanseníase.

Enquanto no Brasil a população é pouco esclarecida a respeito dessa pandemia e os infectados continuam entregues à própria sorte, no primeiro mundo os cientistas deram passos largos nas pesquisas médicas. A última grande descoberta é a associação dos inibidores de protease, através da ingestão dos medicamentos Saquinavir, Indinavir e Ritonavir aos inibidores da transcriptase reversa (AZT, DDI, DDC, D4T e 3TC). Longe da cura, essa associação mais conhecida como o *coquetel da vida* prolonga a vida dos infectados pelo vírus HIV.

Já se sabe que o Brasil é um país rico e os números comprovam: desde de 1980 já foram diagnosticados oitenta mil casos de HIV soropositivo; trinta e seis mil pessoas já faleceram; atualmente há uma estimativa de setecentos mil portadores de HIV: destes, dois mil são adolescentes; vinte pessoas morrem por influência direta do vírus diariamente; e somente vinte e dois mil portadores são medicados apenas com AZT.

De outro lado, enquanto esse quadro terrível se alastra, os órgãos públicos se omitem.

## II - A Vida como Postulado Máximo na Constituição

A Constituição Federal em seu art. 5º e nos desdobramentos de seus incisos fez garantir ao cidadão moderno, como princípio magno a ser observado em qualquer relação jurídica ou extrajurídica, o *due process of law*. Neste aspecto, cumpre, antes de mais nada, tecer breve comentário sobre o tema.

Referido princípio ganhou forma e fundamento na *Charla Magna* de JOÃO SEM TERRA, no Reino Unido. Posteriormente, consagrou-se de vez na Carta de Filadélfia, Confederação Norte-Americana. Em ambas utilizações do postulado, buscaram seus idealizadores definir suas premissas básicas assentadas no direito à vida, propriedade e liberdade.

O renomado jurista e membro do Ministério Público paulista, NELSON NERY JÚNIOR, em sua brilhante tese *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*, identificou que:

"A cláusula due process of law não indica somente a tutela processual, como à primeira vista pode parecer ao intérprete menos avisado. Tem sentido genérico, como já vimos, e sua caracterização se dá de forma bipartida, pois há o substantive due process e o procedural due process, para indicar a incidência do princípio em seu aspecto substancial, vale dizer, aluando no que respeita ao direito material, e de outro lado, a

tutela daqueles direitos por meio do processo judicial ou administrativo"<sup>1</sup>. Grifos do autor.

Tais premissas também foram observadas por nossa Constituição Federal. Daí correio dizer que o princípio *due process of law* não é atinente somente às prerrogativas promulgadas às partes quando em esfera de procedimento contencioso. Cediço deste posicionamento, os doutrinadores pátrios ou os cientistas do direito comparado subdividiram o consagrado postulado em duas nuances.

A primeira adstrita à parte material dos direitos, ou seja, o *substantive due process*, prevista em nossa Constituição Federal no art. 5º, *caput* e incisos II, III, IV, V, VI, VII, VIII, IX, X, XII, etc...

A segunda nuance relativa aos *direitos processuais* do cidadão quando situado nas órbitas de processos judiciais e administrativos, denominada, agora, como *procedural due process*. Tais prerrogativas também estão insertas em nossa Carta Magna em idêntico artigo e foram diretamente dirigidas ao nosso Código de Processo Civil da seguinte forma: a) princípio da isonomia (artigo 5º, *caput*); b) princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário (inciso XXXV); c) princípio do juiz e promotor natural e proibição de juízos de exceção (incisos LIII e XXXVII, respectivamente); d) princípio do contraditório (inciso LV); e) princípio da proibição de provas ilícitas (inciso LVI); f) princípio do acesso à justiça (inciso LXXIV).

<sup>1</sup> NERY, Nelson Júnior, in *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*, 2. ed. São Paulo: RT. p.33.

A Constituição Federal de 1988 representa um grande avanço para a defesa da coletividade, das minorias, enfim de todo o segmento que pretexto seu direito fundamental. Enquanto na Carta de 1969, os direitos do homem se inscreviam no distante artigo 153, sob o título "Dos Direitos e Garantias Individuais", no atual ordenamento máximo, a colocação do tema ganhou prevalência, inscrevendo-se no capítulo I do título II da CF e recebendo o tratamento de *Direitos e Deveres Individuais e Coletivos*. Esta, ao que parece, é uma das diferenças havidas entre o Estado de Direito e o Estado de Direito Democrático.

Tem-se, então, que o *caput* do art. 5º da Constituição Federal cuida de proteger, imediatamente, como direito básico e primário do cidadão a vida. Neste sentido, como postulado *due process of law*, a vida não pode ser compreendida apenas como dado biológico, mas em todos os seus aspectos materiais (físicos e psíquicos) e imateriais (espirituais)<sup>2</sup>, isto porque corolário lógico dessa qualidade é o indivíduo, a pessoa. Daí que, se a vida é direito primário do cidadão, o *direito à existência* também segue a mesma linha, pois consiste no exercício do indivíduo em lutar pelo viver, de defender a própria vida, de estar vivo, de permanecer vivo<sup>3</sup>.

É desse postulado que resulta a obrigação do poder público em cuidar daqueles que padecem da síndrome de imunodeficiência adquirida, haja vista que a pandemia não tem cura, senão, tão-somente, paliativos, sob pena de

<sup>2</sup> SILVA, José Afonso da, *in Curso de Direito Constitucional Positivo*, 7. ed. São Paulo: RT, 177p.

<sup>3</sup> SILVA, José Afonso da, *in opus cit.*, 177p.

omissão com a própria vida humana e desrespeito ao cidadão como assentado por JACQUES ROBERT<sup>4</sup>.

### **III - Estado e Município A Saúde e a Assistência aos Desamparados O SUS e a Prestação de Serviço Público**

Logicamente, outro princípio em que se encerra a obrigação de auxílio aos portadores de HIV por parte do poder público advém da própria Constituição Federal, ao definir em seu art. 6º que "são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição".

A Constituição do Estado de Minas Gerais, a exemplo do texto maior, circunscreveu o dever do Estado em promover a saúde, mediante políticas sociais e econômicas, com dignidade, gratuidade e boa qualidade, *ex vi* do art. 186,

Também com berço na Constituição Federal, cabe ao município "prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população" (art. 30, VII).

<sup>4</sup> Cf. Libertés Publiques. 234p. *"O respeito à vida humana é a um tempo uma das maiores idéias de nossa civilização e o próprio princípio da moral médica. É nele que repousa a condenação do aborto, do erro ou da imprudência terapêutica, a não-aceitação do suicídio. Ninguém terá o direito de dispor da própria vida, a fortiori da de outrem e, até o presente, o feto é considerado um ser humano."*

Definida a saúde e a assistência aos desamparados como direitos sociais, o art. 196 da mesma Carta Magna, identificou a responsabilidade do Estado por sua manutenção, *in verbis*:

"Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação."

Nesta mesma linha de raciocínio seguiram-se os arts. 200, 203 e 204 do diploma constitucional ao criar o Sistema Único de Saúde que, posteriormente, foram regulamentados pela Lei nº 8.080/90, tendo em destaque os arts. 2º, 5º e 6º<sup>5</sup>. Com isso, averbe-se que a obrigação para o auxílio aos aidéticos não é nem de longe somente da União, mas *difusa* entre todos os componentes da federação.

Em alguns casos, como é fato, a União vem prestando modestamente medicamentos aos portadores do vírus HIV, mas isso não quer dizer que a responsabilidade é somente sua. Primeiro, porque a Constituição Federal estabeleceu regra concorrente entre os participantes da

<sup>5</sup> Art. 2º. A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado promover as condições indispensáveis ao seu bom exercício.

Art. 5º. São objetivos do Sistema Único de Saúde: III - assistência às pessoas por intermédio de ações de promoção e recuperação da saúde, com a realização integrada, ações assistenciais e das atividades preventivas.

Art. 6º. Estão incluídos no campo de atuação do Sistema Único de Saúde - SUS:

I - a execução de ações;

II - de assistência terapêutica integral, inclusive *farmacêutica*.

Federação; segundo, porque as unidades federativas, em tese, têm até melhor controle de seus pacientes; terceiro, porque pelo Sistema Único de Saúde os Municípios recebem mensalmente verbas da União justamente com o fim de resguardo da saúde dos munícipes e assistência aos carentes, sem falar, é claro, de sua própria receita.

Aguardar uma providência dos burocratas respeitante à decisão quanto à competência e responsabilidade de qualquer ente federativo (União, Estados e Município) em salvar as vidas de milhares de pessoas que esperam a morte é dar valor aos grillhões formais em detrimento do direito constitucional e primário da vida e secundário da saúde pública.

Dúvidas não restam que o Sistema Único de Saúde instituído pela Lei 8.080/90 tem o caráter de prestação de serviço à comunidade, legitimando a sociedade por interesse difuso a cobrar as providências para sua adequada tutela. Conforme assenta CELSO antônio PACHECO FIORILLO

"a saúde, enquanto direito de todos (art. 196), ao se adequar perfeitamente enquanto direito difuso (transindividual, de natureza indivisível tendo como titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato) visa possibilitar o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação"<sup>6</sup>.

<sup>6</sup> FIORILLO, Celso antônio Pacheco, *in Os Sindicatos e a defesa dos interesses difusos. 1. ed. RT, 98p.*



A par da conclusão que o Sistema Único de Saúde representa um instituto público com finalidade de prestação de serviços na área de saúde aos mais necessitados, vê-se, lapidarmente, que o mesmo funciona mal, pois não está cumprindo sua tarefa essencial que é a de salvar vidas, especialmente no que concerne aos pacientes soropositivos de HIV. Daí que calha invocar a responsabilidade civil quanto aos órgãos públicos disposta no art. 22 do Código de Defesa de Consumidor. Se há omissão do serviço público, deve haver uma compensação dessa lesão.

A respeito do assunto, o festejado AGUIAR DIAS, relembra AMARO CAVALCANTI:

"Somos, assim, pela aplicação, entre nós, da doutrina do risco administrativo, como defendia já o insigne Amaro Cavalcanti, escrevendo que 'assim como a igualdade dos direitos, assim também a igualdade dos encargos é hoje fundamental no direito constitucional dos povos civilizados'. Portanto, dado que um indivíduo seja lesado nos seus direitos, como condição ou necessidade do bem comum, segue-se que os efeitos da lesão, ou os encargos de sua reparação, devem ser igualmente repartidos por toda a coletividade, isto é, satisfeitos pelo Estado a fim de que, por este modo, se restabeleça o equilíbrio da justiça cumulativa: *Quod omnes tangit ab omnibus debet supportari.*"<sup>7</sup>

<sup>7</sup> DIAS, José de Aguiar, Da responsabilidade civil, tomo II. 4. ed., Rio de Janeiro: 678p.

#### IV - Remédio Jurídico aos Aidéticos: ACP e Tutela Antecipada

Se para prolongar a vida dos portadores do vírus HIV é necessário administrar aos pacientes um coquetel, para conseguir essa associação de remédios, especialmente aos carentes, é salutar o ajuizamento de medida judicial, dada a omissão dos órgãos públicos.

É certo que o art. 1º da LACP, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 8.078/90 (CDC), menciona como bem jurídico por ela tutelado, além do meio ambiente, consumidor e bens de valor estético, turístico, histórico e paisagístico, "qualquer outro interesse difuso ou coletivo" (inc.IV). Em consequência, evidente é a legitimidade do Ministério Público para tutelar via ação civil pública os diversos interesses (difusos, coletivos e individuais homogêneos) e em especial o social relacionados aos pacientes quase mortos.

Nesse sentido restou verberado por NELSON NERY JÚNIOR:

"A tendência legislativa é, portanto, a de alargar, sempre que necessário e possível, a legitimidade do Ministério Público e dos demais co-legitimados, para a defesa de direitos metaindividuais em juízo. Os doutos entendimentos em contrário estão, portanto, na contramão da evolução do direito positivo brasileiro, *concessa maxima venia*. No artigo; 5º dessa mesma LACP, encontra-se legitimado o MP para agir na defesa dos bens

jurídicos tutelados pela LACP. O Ministério Público tem, portanto, legitimidade para ingressar com ação civil pública na defesa de "qualquer outro interesse difuso ou coletivo" (art. 1º, n. IV, LACP). Entre outros, são exemplos de interesse difuso ou coletivo: a) a higidez do mercado financeiro; b) a correta instituição e cobrança de impostos, taxas e contribuições de melhoria; c) a proteção dos aposentados; d) a proteção da comunidade indígena (CF 129, art. V); e) a proteção da criança e do adolescente (v. ECA 208 ss.); f) a proteção das pessoas portadoras de deficiências (Lei 7.853/89); g) a proteção dos investidores no mercado mobiliário (Lei 7.913/89); h) a defesa do Patrimônio público e social (CF, art. 129, III); i) a proteção do Patrimônio público contra o enriquecimento ilícito do agente ou servidor público (LEnI - Lei 8.429/92); j) a proteção do meio ambiente (natural, cultural, do trabalho etc.); k) a proteção do consumidor (CDC); l) a *proteção da vida, saúde e segurança das pessoas.*"<sup>8</sup>

Veja-se, neste aspecto, que o art. 82 do CDC confere legitimidade ao Ministério Público para aforar ações coletivas na defesa de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos dos consumidores. No presente caso o Ministério Público vem tutelar justamente o interesse social, mesmo porque esta função lhe é afeta, conforme se

<sup>8</sup> NERY, Nelson Júnior, in Ação Civil Pública, Lei nº 7.347/85 - Reminiscências e Reflexões após dez anos de aplicação, 1. ed., RT, p.357-358.

depreende do art. 127, *caput*, CF, bem como artigo 129, inc. IX do mesmo diploma magno. Com isso, assenta-se que é função institucional do Ministério Público a defesa dos interesses sociais (art. 127, *caput*, CF), sendo que a legitimidade conferida pelo artigo 82 do CDC obedece o disposto no artigo 129, inc. IX, CF, pois a defesa coletiva do cidadão, no que tange a qualquer espécie de seus direitos (difusos, coletivos ou individuais homogêneos), é, *ex vi legis*, de interesse social. Voltando ao mestre já citado, tem-se que:

"Assim, sempre que se estiver diante de uma ação coletiva, estará aí presente o interesse social, que legitima a intervenção e a ação em juízo do Ministério Público (CF 127 *caput* e CF 129 IX).

De consequência, toda e qualquer norma legal conferindo legitimidade ao Ministério Público (CF 129 IX) para ajuizar ação coletiva, será constitucional porque é função institucional do *Parquet* a defesa do interesse social (CF 127 *caput*).

Como o CDC 82 I confere legitimidade ao MP para ajuizar ação coletiva, seja qual for o direito a ser defendido nessa ação, haverá legitimação da instituição para agir em juízo. O CDC 81 parágrafo único diz que a ação coletiva poderá ser proposta para a defesa de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos (incs. I a III).

O argumento de que ao MP não é dada a defesa de direitos individuais disponíveis não pode ser acolhido porque em desacordo com

o sistema constitucional e do CDC, que dá tratamento de interesse social à defesa coletiva em juízo. O *Parquet* não pode, isto sim, agir na defesa de direito individual puro, por meio de ação individual. Caso o interesse individual seja homogêneo, sendo defendido coletivamente (CDC 81 par. ún. III) essa defesa pode e deve ser feita pelo Ministério Público (CDC 82, I, por autorização da CF 129 IX e 127 *caput*)."<sup>9</sup>

No caso dos aids com baixo CD-4, ou seja, em estado de crises oportunistas, três são os interesses. O primeiro, de ordem difusa, pois um sem-número de habitantes deseja melhor qualidade de sobrevivência aos aids, bem como garantias de que estaria o poder público comprometido em salvar a vida de todos aqueles infectados. Caso deferido, a todos aproveita, caso negado, a todos prejudica. O segundo, de ordem coletiva, pois tais doentes geralmente estão organizados em associações. O último, classificado como individual homogêneo, pois os milhares de soropositivos com baixo CD-4 se consubstanciam em grupo de pessoas cujas peculiaridades decorrem de origem comum (HIV).

Assim, o manejo da ação civil pública em face do Estado e Município tendente a firmar obrigação de fazer, com estabelecimento de multa diária, tendo como pedido principal o fornecimento do coquetel da vida, é totalmente viável e próprio.

<sup>9</sup> NERY, Nelson Júnior, in opus cit. 366p.

Urge tão-somente esclarecer que de melhor alcance, ao revés do pedido liminar previsto no art. 12 da Lei 7.347/85, a utilização da tutela antecipada de que trata o art. 461, § 3º do CPC, cuja redação foi importada do art. 84 do CDC, pois certamente presente o requisito do justificado receio de ineficácia do provimento final (morte).