

# **VII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI/BRAGA - PORTUGAL**

## **DIREITOS HUMANOS E EFETIVIDADE: FUNDAMENTAÇÃO E PROCESSOS PARTICIPATIVOS**

**RUBENS BEÇAK**

**MARIANA RODRIGUES CANOTILHO**

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

#### **Diretoria – CONPEDI**

**Presidente** - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

**Vice-presidente Sudeste** - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

**Vice-presidente Norte/Centro** - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

**Secretário Executivo** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

**Secretário Adjunto** - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

**Representante Discente** – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

#### **Conselho Fiscal:**

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

#### **Secretarias:**

**Relações Institucionais** – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

**Educação Jurídica** – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

**Eventos** – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

**Comunicação** – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D597

Direitos humanos e efetividade: fundamentação e processos participativos [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UnMinho

Coordenadores: Mariana Rodrigues Canotilho; Rubens Beçak – Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-487-7

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: Interconstitucionalidade: Democracia e Cidadania de Direitos na Sociedade Mundial - Atualização e Perspectivas

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Internacionais. 2. Liberdade. 3. Constituição Federal. 4. Cidadania. VII Encontro Internacional do CONPEDI (7. : 2017 : Braga, Portugal).

CDU: 34



Universidade do Minho  
Escola de Direito  
Centro de Estudos em Direito da União Europeia



## **VII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI/BRAGA - PORTUGAL**

### **DIREITOS HUMANOS E EFETIVIDADE: FUNDAMENTAÇÃO E PROCESSOS PARTICIPATIVOS**

---

#### **Apresentação**

O CONPEDI - Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito tem, na sua sequência de realização de eventos, mormente os seus famosos Encontros e Congressos, a apresentação de trabalhos em Grupos com temáticas específicas.

Dentro desta tradição, veio a mais recentemente juntar-se outra já assim firmada, da realização de Encontros Internacionais, sendo este de Braga – Portugal, a sua sétima manifestação.

Aqui, a importância da realização de evento deste porte na nossa matriz ibérica é de corte singular; somada que foi à relevância que a parceira Universidade do Minho detém, assume caráter notável.

O GT com a incumbência da discussão dos trabalhos ligados à subárea dos estudos em DIREITOS HUMANOS E EFETIVIDADE: FUNDAMENTAÇÃO E PROCESSOS PARTICIPATIVOS I é um daqueles que, quer pela expressão do número de trabalhos ali submetidos, como pela sua evidente qualidade, demonstra a acerto da decisão pela internacionalização e sua aceitação.

Ademais, os debates ali vividos, em excelente ambiente de cooperação científica, fizeram perceber este GT como um daqueles em que a qualidade investigativa bem se evidenciou.

A certeza de estarmos contribuindo para a afirmação de nossa entidade científica nesta expressão internacional é motivo de júbilo e dos encômios pela escolha do caminho, o qual entendemos inexorável.

De se notar ainda que, nesse ambiente, a possibilidade da edição dos trabalhos apresentados e discutidos, possibilita que todos aqueles interessados no tema aproveitem este material e possam, com a leitura dos trabalhos aqui constantes, para além do necessário registro, acrescerem algo em suas próprias indagações, estudos e pesquisas.

Os Coordenadores:

Mariana Rodrigues Canotilho (UMinho)

Rubens Beçak (USP)

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Revista CONPEDI Law Review, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - [publicacao@conpedi.org.br](mailto:publicacao@conpedi.org.br).

# **O DILEMA DO DIREITO FRENTE AO PARADOXO E À METÁSTASE DA AIDS**

## **THE DILEMMA OF LAW FACING THE PARADOX AND THE METASTASIS OF AIDS**

**Nilson Tadeu Reis Campos Silva <sup>1</sup>**

### **Resumo**

O artigo discute questões relativas a caracterização e etiologia da infecção pelo HIV que submete as pessoas infectadas ao suplício de ter a liberdade sexual cerceada e à discriminação social por ser incurável, cuja história tem sido objeto de paradoxo comportamental a cada descoberta de novo tratamento que acena como possível a superação da aids e o não-reconhecimento estatal da metástase da patologia aos adolescentes, denunciando a inadequação de normas jurídicas para a superação do conflito entre a tutela dos direitos fundamentais individuais e a proteção da saúde pública como um dos vetores do recrudescimento da aids.

**Palavras-chave:** Grupos vulneráveis, Liberdade sexual, Políticas públicas

### **Abstract/Resumen/Résumé**

This essay discusses issues related to characterization and etiology of HIV infection that leads infected people to the issues of having sexual freedom curtailed and social discrimination as the disease is incurable, being its history the object of behavioral paradox through every discovery of a new treatment that make possible to overcome AIDS and the legal non-recognition of the metastasis of the disease in adolescents, denouncing the inadequacy of legal rules to overcome the conflict between the protection of fundamental rights and public health as one of the vectors of the resurgence of AIDS.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Vulnerable groups, Sexual freedom, Public policies

---

<sup>1</sup> Pós-doutorado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; Doutor em Direito pela Instituição Toledo de Ensino; professor da UEM-PR e da pós-graduação stricto sensu da UENP-PR

## 1. INTRODUÇÃO

Este artigo visa a reflexão sobre alguns desafios que a epidemia da aids vem acarretando aos indivíduos, à sociedade e aos Estados, em relação ao conflito que fez gerar entre a promoção da saúde pública e a tutela jurídica de pessoas que são (ou devem ser) reconhecidas como vulneráveis porque, mesmo tendo reconhecido seu *status* de cidadania, são fragilizados na proteção de seus direitos e, assim, sofrem constantes violações de sua dignidade: são, por assim dizer, tidos como invisíveis para a sociedade, tão baixa é a densidade efetiva de sua tutela.

Desde os anos 80, quando foi identificado o HIV e descoberta a aids, a disseminação da doença como pandemia instalada até hoje no mundo, continua representando desafios que ultrapassam a medicina e atingem o comportamento, a cultura e os costumes da humanidade, fato histórico teve forte impacto nas políticas públicas da saúde, na sociedade e no Direito, suscitando o agravamento do confronto entre as liberdades individuais e a intervenção estatal na vida privada das pessoas, em especial nas conexões entre saúde e homossexualidade que, de há muito, é causa de controvérsias, seja no âmbito das ciências médicas e jurídicas, seja no campo dos movimentos sociais.

No último século, a homossexualidade foi considerada uma patologia<sup>1</sup>, e o tratamento dado aos indivíduos com práticas homossexuais como se fossem portadores de uma doença ou distúrbio psiquiátrico que poderia receber o diagnóstico de desenvolvimento psíquico inadequado, ou como sendo de origem genética ou biológica.

Não é incomum que o Estado limite condutas individuais para evitar o conflito com a liberdade dos demais, desde a sua própria métrica de interesse público, aprisionando as condutas de alguns de modo procustiano mesmo sem que logre obter algum benefício efetivo à sociedade, esquecido de que a concretude da dignidade humana só admite como limite a ausência de conflitualidade com a liberdade do outro.

Com maior ou menor vigor, segundo o momento histórico, tensões interpessoais sempre existiram e sempre existirão quando do exercício da liberdade, sendo realçadas nos lapsos temporais em que, no ethos, sejam exacerbados valores ideológicos e sociais opostos, o que remete à constatação de que a contemporaneidade exige o equilíbrio entre os princípios-garantias da diversidade e da liberdade, posto ser reconhecido constitucionalmente no Brasil,

---

<sup>1</sup> Até 1985, no Brasil, vigorava o item 302.0 do Código Internacional de Doenças da Organização Mundial de Saúde - OMS, que classificava o homossexualismo como doença psiquiátrica. A OMS só veio a eliminar essa classificação nos anos 90.

além da liberdade sexual, o direito à autodeterminação sexual da pessoa e à identidade sexual e vedada qualquer discriminação em razão do sexo.

A descoberta da aids veio complexificar estas relações na medida em que fez recrudescer os preconceitos e a discriminação contra os homossexuais ao ponto de aquela síndrome inicialmente ser chamada, pela imprensa e pela opinião pública, de cancer gay, peste gay ou peste rosa, como anotam Hebert Daniel e Richard Parker<sup>2</sup>, e mesmo após a superação da idéia de que havia relação entre a doença e o homossexualismo (uma vez que as principais características epidemiológicas sugeriam que a doença era infecciosa, transmitida por via sexual e ocorria predominantemente entre homossexuais), trazida pelo surgimento de novos casos, entre heterossexuais e crianças recém-nascidas e a descoberta de que a infecção podia ser transmitida também por via parental e vertical (sangue e leite materno) e não só mediante relações sexuais, a discriminação persistiu no seio da sociedade.

Analisar-se-á, por isso, as respostas que o Direito têm dado a esse cenário para enfrentar o conflito entre a necessidade estatal de se proteger a saúde pública, coibindo a propagação de infecções e a discriminação, e o direito individual à liberdade sexual.

O texto, ancorado na interpretação das quatro emoções básicas do ser humano, procurara detectar as principais fissuras dos programas governamentais e do ordenamento jurídico em uma área específica: a das infecções sexualmente transmissíveis, exatamente por envolver questões sensíveis à sociedade e ao indivíduo e em especial aos mais vulneráveis, sendo este corte epistemológico fulcral para se ofertar um constructo tutelar pensado em políticas sociais de responsabilidade do Estado desde a participação da sociedade e dos indivíduos, que não considere apenas o prisma médico e sim também o jurídico e interdisciplinar, para a manutenção de relações sociais equilibradas.

## 2. O PARADOXO DA AIDS

Como o ordenamento jurídico se caracteriza pela generalidade, os instrumentos de poder e as políticas públicas são gestados de forma massiva, o que leva a um equivocado conceito reducionista do princípio da dignidade humana que conduz a adequação dos indivíduos aos requisitos fixados pelas normas, sem que disto resulte um *plus* à tutela pretendida a fim de não se ferir a esfera da liberdade individual de outros – o que é condição basilar para o respeito à personalidade humana.

Decorridas três décadas da sua descoberta, a aids continua a ser um grave problema

---

<sup>2</sup> DANIEL, Herbert; PARKER, Richard. AIDS: a terceira epidemia. São Paulo: Iglu Editora, 1991.

no cotidiano das pessoas, notadamente nas homossexuais, uma vez que as representações sociais que

[...] identificavam os homossexuais ora como vilões, ora como vítimas da AIDS, ainda permanecem e fazem com que, individualmente, continuem a sofrer com os estigmas e preconceitos decorrentes da associação AIDS-homossexualidade e pela possibilidade de vir a infectar-se com o HIV, caso não sejam adotadas práticas sexuais seguras.<sup>3</sup>

Sob outra ótica, o ativismo dos homossexuais tem sido responsável pela formulação de boa parte das políticas públicas voltadas ao enfrentamento dos desafios causados pela epidemia da aids, através da produção dos primeiros manuais sobre as formas de transmissão do HIV e sobre o sexo seguro, e a promoção dos direitos fundamentais e da solidariedade como princípios básicos da prevenção, ainda que, em alguns casos referido ativismo seja radical e culmine por prejudicar iniciativas estatais positivas por confundirem a luta contra a aids com a luta contra o preconceito, como anotam Grangeiro, Silva e Teixeira ao discorrem sobre os movimentos ativistas em relação à aids no Brasil quando do surgimento da epidemia:

[...] teve, também, um impacto no movimento homossexual, intensificando o seu enfraquecimento e levando uma parte dos ativistas a se articular em torno da luta contra a aids. Esse movimento se constituiu em um dos principais pilares da resposta à epidemia de aids no país [...]. Nos anos seguintes, foi difícil distinguir a militância do movimento homossexual da militância do movimento de luta contra a aids<sup>4</sup>.

Este aprisionamento da questão da luta contra aids à causa homossexual, se justificável pela latente e histórica discriminação, leva ao descuido da resposta a aids quanto as demais vítimas, como os adolescentes, por exemplo, podendo ser exemplificada essa confusão entre militância do movimento homossexual e o da luta contra a aids com a insurgência de entidades representativas de pessoas que vivem com HIV contra uma campanha publicitária do Ministério da Saúde do Brasil voltada à prevenção da sida no carnaval de 2017 porque em um dos vídeos da campanha, iniciado com imagens de foliões, um locutor diz: “Milhões de pessoas brincam o carnaval. No Brasil, 260 mil sabem que têm

---

3 TERTO JR, Veriano. Homossexualidade e saúde: desafios para a terceira década de epidemia de HIV/AIDS. Horizontes Antropológicos. v. 8. n. 17. Porto Alegre June 2002. Disp. em <http://dx.doi.org/10.1590/S010471832002000100008> Acesso em 09 mai 2017.

4 GRANGEIRO A, LAURINDO DA SILVA L, TEIXEIRA PR. Resposta à aids no Brasil: contribuições dos movimentos sociais e da reforma sanitária. Rev Panam Salud Publica. 2009;26 (1), p. 90.

HIV e não se tratam. E estima-se que 112 mil têm o vírus e nem sabem. E você?” Na sequência do vídeo, o locutor completa: “No carnaval, use camisinha e viva essa grande festa. Previna-se da Aids e, se preciso, faça o teste de HIV”.

Para representantes do Fórum de ONGs/Aids de São Paulo e Rio Grande do Sul em parceria com a Rede Nacional de Pessoas Vivendo com HIV e Aids de São Paulo, a campanha estigmatiza e culpabiliza as pessoas que vivem com HIV:

De caráter aparentemente informativo, a frase é perigosíssima. Primeiro, porque traz uma mensagem subliminar que responsabiliza as pessoas com HIV pela disseminação do vírus que provoca a Aids. Depois, porque transfere a responsabilidade do vínculo do paciente aos serviços de saúde e ao tratamento apenas às pessoas que vivem com HIV. Ao associar o não tratamento de ‘260 mil pessoas com HIV’ àquelas pessoas que não fazem uso do preservativo em suas relações sexuais, o Ministério ressalta ainda mais o estigma, o preconceito e a discriminação a que são submetidas cotidianamente as pessoas com HIV em todo o país.

A crítica foi endossada também pela Rede Nacional de Adolescentes e Jovens Vivendo com HIV/Aids, Rede Nacional de Pessoas Vivendo com HIV e Aids - RNP, Movimento Nacional das Cidadãs Positivas - MNCP e pela Articulação Nacional de Luta Contra a Aids - An aids, por entenderem que a responsabilidade pela não adesão ao tratamento e pelo avanço da epidemia não é apenas de quem tem o HIV, mas também do governo em estruturar seus serviços, a acreditarem que o governo omite as dificuldades de acesso aos serviços de saúde em algumas cidades, dentre eles a espera de até seis meses entre o diagnóstico positivo do HIV até a primeira consulta médica especializada para início do tratamento.

Segundo as notas de repúdio àquela campanha, ao invés de citar apenas dados negativos, a campanha publicitária deveria esclarecer que das 715 mil pessoas diagnosticadas com HIV, 455 mil estão em tratamento com antirretrovirais e “destas, 90% são tão pontuais com suas doses diárias que já alcançaram a supressão viral, o que, segundo a Organização Mundial de Saúde, torna a pessoa não transmissível [...]. Além disso, a política do Ministério da Saúde que atualmente prioriza a testagem e o tratamento como formas principais de prevenção atua de uma forma mínima e simplista, ignorando as novas tecnologias e estratégias de gerenciamento de risco. Tais fatos se refletem no aumento dos novos casos de infecção ocorrido nos últimos anos”.

A considerar que no Brasil surgem a cada ano 40 mil casos de pessoas portadoras de HIV, caso a análise das entidades contrárias à campanha estivesse correta, apenas 20 mil estariam entre o diagnóstico e o tratamento, o que implica na necessidade de uma estratégia de proteção às pessoas infectadas pelo HIV e que ainda não iniciaram o tratamento que pode lhes garantir a qualidade de vida, e em especial aos adolescentes.

Além disso, parece ser imperioso, de um lado, alertar as pessoas que têm o vírus e não sabem que estão infectadas, e por isso podem estar transmitindo involuntariamente a doença, fato que exige o incentivo à testagem e ao início do tratamento, e, de outro, reconhecer como fundamental a informação sobre o panorama nacional em relação ao HIV a fim de que a sociedade em geral possa reconhecer os riscos de se fazer sexo desprotegido, pois as pessoas que recebem aconselhamento tendem a reduzir o comportamento sexual de risco.

Isto fez surgir o *paradoxo da aids*<sup>5</sup>: uma política das mais eficazes no combate à propagação do HIV, é a proteção das pessoas soropositivas e de toda a sua ambiência, contra a sua discriminação social.

No entanto, a expectativa da sociedade é de que as políticas públicas, assim como as normas, prestem-se a proteger as pessoas soronegativas de HIV, ou seja, pessoas não infectadas por aquele vírus, das pessoas soropositivas, ou seja, das pessoas infectadas com o HIV, a fim de se evitar a propagação do vírus e, de consequência, da sida, graças ao temor do risco de a epidemia se generalizar na população, com expressivo impacto na economia e na saúde, receio justificado pelo geométrico crescimento da doença no Brasil, pelo significativo número de novos casos entre homens e mulheres heterossexuais e pela alta incidência da sida nos grupos vulneráveis.

Para promover a saúde pública, é necessária a proteção dos direitos das pessoas vulneráveis à infecção, e também a dos direitos de pessoas infectadas, o que à primeira vista exige a adoção de medidas legais e políticas sociais conflitantes: no cruzamento entre direitos humanos e políticas sociais, entre a saúde pública e a individual, a conciliação de ambos nem sempre é possível, bastando exemplificar com a dificuldade de proteger a gestante e ao mesmo tempo o seu feto do risco de transmissão, e com o conflito gerado por lei que discrimina pretensos doadores de sangue: o homosexual, quando não é impedido de doar, é

---

<sup>5</sup> Expressão criada por Michael Kirby *in* Human Rights and the HIV Paradox, The Lancet, v. 348, Issue 9036, 1996, pp. 1217 – 1218, 3 The Lawyers Collective (2007), Legislating an Epidemic: HIV/AIDS in India, Universal Publishing Pvt. Ltd, New Delhi,

submetido à quarenta – que tende a se eternizar, restrição que não se faz a heterossexual.

A questão da doação de sangue é illogicamente conflituosa em vários países, porque ninguém, homossexual ou heterossexual, tem direito a doar sangue, e em quaisquer doações o Estado tem o dever legal de adotar medidas impeditivas de exposição a perigo os futuros e desconhecidos beneficiados. Discutir que a doação de sangue seria cumprimento do dever de solidariedade e assim defender que o Estado não deveria realizar nenhum controle, é o mesmo que deixar um bebê morrer de fome porque o dinheiro que o pai tinha para alimentá-lo foi usado para pagamento do dízimo para cumprir o dever mosaico de honrar seu deus sobre todas as coisas.

O desenvolvimento de um sistema jurídico que tutela diversos interesses, como o à vida, à privacidade, à informação e à igualdade de todos os interessados – infectados e não infectados, sem amplificar as discriminações geradas pelo HIV/SIDA e assim aumentar a vulnerabilidade com o estigma social do soropositivo, é o grande desafio do Direito contemporâneo.

### 3. O PARADOXO DO TRATAMENTO E A METÁSTASE

Na maioria dos países, o acesso ao tratamento da aids com anti-retrovirais, continua sendo um sonho: segundo dados das organizações de especialistas em aids, apenas 7% daqueles que precisam de tratamento fora dos chamados países ricos, cerca de 400 mil pessoas, conseguem os remédios.

A descoberta do coquetel anti-retroviral e a sua disponibilização aos infectados pelo HIV, em 1996, se afastou o medo da morte iminente, transformando a aids em uma doença crônica, incurável mas com a qual se poderia conviver, implicou também em um novo paradoxo, o do tratamento, uma vez que, com a melhora na saúde propiciada pelos remédios anti-retrovirais, pessoas doentes se sentem bem o suficiente para praticarem sexo e isto fez com que práticas sexuais de risco surgissem em todos os países, levando ao aumento de novos diagnósticos do HIV que, de estáveis, somente no período de 1999 a 2002, subissem somente nos Estados Unidos 5%, com um aumento de 17% entre os homens gays, conforme relatórios do Global HIV Prevention Working Group.

Desde a edição da Lei nº 9.313, no Brasil, o Sistema Único de Saúde fornece, gratuitamente aos portadores de HIV e aos doentes da aids, toda medicação necessária ao seu tratamento, e talvez por isso mesmo o recrudescimento da aids não tem sido diferente: segundo o Ministério da Saúde, desde o início da epidemia da aids em 1980 até 2016 foram

registrados 798.366 de casos da aids no Brasil, uma média de 39 mil casos por ano, sendo que em 2015 81 mil pessoas iniciaram o tratamento da aids.

A profilaxia pós-exposição (PEP) do HIV unificada no Sistema Único de Saúde (SUS) passou a ser adotada em julho de 2015<sup>6</sup> pela rede pública brasileira, o que significa que o tratamento ficou mais simplificado e facilitou o acesso nos serviços de saúde, assim como o procedimento para o profissional de saúde na hora do atendimento, pois integra os três tipos de PEP existentes: acidente ocupacional, violência sexual e relação sexual consentida. A profilaxia recomenda que a utilização de quatro medicamentos antirretrovirais<sup>7</sup> nas primeiras duas horas após a exposição ao risco, por vinte e oito dias consecutivos.

Em maio de 2017, o Ministério da Saúde anunciou a incorporação no Sistema Único de Saúde do tratamento que previne a infecção pelo HIV, a ser ofertado a grupos mais expostos ao risco, como homens que fazem sexo com homens e profissionais do sexo: o tratamento consiste na administração diária do antiretroviral Truvada<sup>8</sup> em pessoas não infectadas pelo HIV que mantêm relações de risco.

O aumento dos diagnósticos de infecção por HIV, porém, não advém exclusivamente da euforia de uma pseudo segurança propiciada pelos tratamentos: a questão sexual, por ser um dos mais arraigados tabus da sociedade ocidental, é assim, tratada preconceituosa e discriminatoriamente em especial no que diz respeito ao homossexualismo, e implica na recusa à alteridade, negação que leva à vulnerabilidade aqueles que não se identificam com o padrão prevalente na sociedade (como os homossexuais) e são estigmatizados como os principais protagonistas da aids.

Como os governos tendem a ser casuais em relação às campanhas de prevenção, e, no Brasil, há muito o Ministério da Saúde censurou campanhas de divulgação dirigidas aos homossexuais e aos profissionais do sexo por pressão dos ativistas, o paradoxo do tratamento, cujo efeito collaterale é fazer com que as pessoas tenham relações sexuais sem a segurança do uso de preservativos, tem levado ao registro de novas infecções não só do HIV, mas de toda gama das infecções sexualmente transmissíveis – IST, mesmo das que se imaginava absolutamente sob controle, como cancro mole (cancroide); gonorreia e infecção por clamídia; condiloma acuminado (papilomavírus humano - HPV); doença inflamatória

---

<sup>6</sup> Protocolo clínico e diretrizes terapêuticas: profilaxia antiretroviral pós-exposição de risco para infecção pelo HIV. *In* Diário Oficial da União de 23.07.2015

<sup>7</sup> Tenofovir, lamivudina, atazanavir e ritonavir.

<sup>8</sup> Combinação de tenofovir e emtricitabina.

pélvica (DIP); donovanose; hepatites virais; herpes genital; linfogranuloma venéreo - LGV); sífilis; e tricomoníase.

Esse quadro não envolve somente homossexuais, mas na contemporaneidade, também os adolescentes, só reconhecidos como sujeitos de direitos após a década de 80: o desenvolvimento e a disponibilidade de métodos anticoncepcionais, em especial a pílula, assim como a legalização do aborto em grande parte dos países ocidentais, nos anos de 1970 e 1980 suscitaram a separação dos conceitos de sexualidade e de reprodução que, em combinação com outros fatores, estimulou o processo emancipatório das mulheres e dos homossexuais, assim como o reconhecimento de um estágio intermediário entre a infância e a idade adulta - a adolescência, caracterizada não só pela gradual independência dos pais, mas, sobretudo, pela precocidade de relações amorosas e relações sexuais antes do casamento, num contexto que ficou conhecido por revolução sexual cujo fruto, dentre outros, foi o aumento do risco de gravidez indesejada e infecções sexualmente transmitidas.

Essa mutação social, máxime a de uma nova faixa etária dotada de cultura própria, com comportamentos peculiares e necessidades específicas, num primeiro estágio foi vista como sendo apenas de interesse dos indivíduos e percebida de modo negativo, embora requeresse do Estado e da sociedade novas respostas desde a perspectiva da saúde e da educação.

Essas novas respostas, porém, não consideraram um fato essencial à adequada abordagem: os adolescentes do Século XXI não vivenciaram a descoberta da aids, tendo nascidos já na época da liberação dos costumes e crescidos após a descoberta tranquilizadora dos anti-retrovirais, o que, aliado à influência de ídolos<sup>9</sup>, da difusão erotizada dos meios de comunicação e da publicidade; e à pulsão do sexo, fizeram com que se tornassem presas fáceis das infecções sexualmente transmitidas, esquecidos das políticas públicas preventivas e não compreendidos como necessitados de tutela específica pelos ativistas e grupos populares mobilizados para os conhecidos grupos de risco.

A metástase da aids à população jovem, é determinante da vulnerabilidade estrutural frente ao HIV/Aids que a atinge, implicando em desafio que exige a ampliação da tutela promotora da saúde a esse grupo que ainda não se insere como prioritário para as

---

<sup>9</sup> O traço comum da eleição de exemplos a serem seguidos, por adolescentes, os expõem a declarações como a do vencedor do Festival da Eurovisão de música de 2017, Salvador Sobral, que declarou à imprensa não usar preservativos. Mesmo tendo explicado que o motivo do não uso se devia ao desejo de ser pai, a afirmação, divulgada pelos principais veículos de comunicação de Portugal, pode se prestar como um desserviço ao combate da aids, sobretudo para as camadas de população mais jovens e influenciáveis que, normalmente, são quem mais se revê nas figuras públicas.

políticas públicas e não está envolvido em sua interlocução com a própria sociedade, por não ter visibilidade como sujeito de direito.

A rigor, há inúmeras razões interconectadas para a exposição dos adolescentes às infecções sexualmente transmissíveis, desde o uso cada vez menor de preservativos entre os jovens. Entre elas estão a opinião que as pessoas têm sobre preservativos, as crenças de muitos quando assunto é HIV, a forma como se negociam as relações sexuais, a avaliação que cada um faz de seu nível de vulnerabilidade para DSTs, e até mesmo a habilidade de se aplicar o preservativo: a análise dessas questões pode ser desconfortável, algo que se torna ainda pior pela tendência cultural de se culpabilizar aqueles que são vistos como vetores das infecções do HIV.

Podem ser destacados dois fatores que influenciam o uso do preservativo nas populações mais expostas a riscos: conhecimento e poder. Eles afetam os gêneros e grupos de maneiras distintas, e explicam não apenas por que são tomadas algumas decisões na hora do sexo, mas também por que as pessoas se arriscam mesmo cientes de não terem adotado a decisão correta.

O conhecimento não se limita a saber que a doença do HIV existe, mas também à crença pessoal da percepção de risco, ou seja, da possibilidade de se infectar, que muitas vezes se baseia em avaliações erradas acerca de quem “corre mais risco” de se infectar, seja essa avaliação feita a respeito de um grupo ou de um comportamento.

As características que as pessoas costumam usar para avaliar (em geral, erroneamente) se o parceiro tem maior ou menor possibilidade de transmitir HIV são, entre outras, idade, etnia, educação e poder aquisitivo, não sendo incomum que as pessoas pensem que alguém não oferece risco porque “é amigo do meu amigo”, ou porque está em um ambiente sofisticado e caro.

Os avanços no tratamento do HIV fazem com que muitas pessoas subestimem os riscos de se infectarem, ou acreditem que, se contraírem o vírus, as consequências serão insignificantes: paradoxalmente, o conhecimento cada vez maior dos benefícios das terapias antirretrovirais levou muitos a buscarem alternativas ao uso de preservativos, sendo a principal dessas estratégias o tratamento como prevenção, baseada no fato de que pessoas soropositivas não transmitem o HIV quando, devido ao tratamento, chegam numa carga viral indetectável.

No sentido inverso, a descrença na eficácia do tratamento ou na eficácia das

práticas de sexo seguro costuma também levar a um uso menor do preservativo: as pessoas passam a ver a infecção pelo HIV como algo inevitável, ocorrência comum em comunidades que não confiam na saúde pública, geralmente aquelas de poder aquisitivo menor, em que os níveis de infecção são muito altos, e que sofrem com a falta de infraestrutura e de cuidados médicos.

#### 4. O DILEMA JURÍDICO

As principais fissuras dos programas governamentais e do ordenamento jurídico na área específica das infecções sexualmente transmissíveis, exatamente por envolver questões sensíveis à sociedade e ao indivíduo e em especial aos mais vulneráveis, defluem do conflito entre a proteção da saúde pública, que é estatizada, e os direitos e liberdades fundamentais dos indivíduos, sendo este corte epistemológico fulcral para se ofertar um constructo tutelar pensado em políticas sociais de responsabilidade do Estado e voltado à adaptação das leis sanitárias ao incremento de ações pedagógicas e informativas e não à repressão e criminalização.

Na maioria dos ordenamentos jurídicos ocidentais, é preponderante o peso da liberdade individual como limitador da intervenção estatal na esfera particular, o que faz com que qualquer restrições a direitos individuais só sejam validamente admissíveis se alicerçados em inequívocos pressupostos ético-jurídicos aceitos pela sociedade.

Essa premissa dificulta a simultânea proteção dos direitos fundamentais de pessoa infectada pelo IHV e a da saúde pública, desde as questões de sigilo do diagnóstico e notificação, testagem e tratamento compulsórios, criminalização de propagação intencional e discriminação, todas elas sem resposta linear ou pacífica.

As respostas eficientes a essa problemática de molde a não sacrificar arbitrariamente o direito fundamental à liberdade, exigem a percepção do espectro ético-jurídico-sanitário das infecções sexualmente transmissíveis, desde a sociedade e dos indivíduos, mas não pensada apenas sob o prisma médico e sim interdisciplinar, para a manutenção de relações sociais equilibradas.

Contemplar a liberdade individual na modernidade e a pós-modernidade de forma multidimensional, desde os prismas antropológico, etnográfico, sociocultural, econômico e jurídico, permite a construção de uma definição de seus paradigmas que leve em consideração a mutabilidade ínsita dos diversos modelos – como o próprio Ser.

Daí poder-se ver, no direito à autodeterminação sexual,

[...] tudo aquilo que se relaciona com a individualidade no ser humano, naquilo que diz respeito ao caráter do indivíduo, às tendências pelo mesmo recebidas, tanto pela natureza, como pelo caráter adquirido através da educação e do autodesenvolvimento. A tutela do direito geral de personalidade abarca toda atividade da personalidade humana, protegendo os bens jurídicos da vida, da integridade corporal, da saúde, da liberdade, da privacidade, entre outros, destinados ao desenvolvimento de todo o homem como ser individual.<sup>10</sup>

A questão sexual é um dos mais arraigados tabus da sociedade ocidental, e assim, tratada preconceituosa e discriminatoriamente em especial no que diz respeito ao homossexualismo, e implica na recusa à alteridade, negação que leva à vulnerabilidade aqueles que não se identificam com o padrão prevalente na sociedade (como os homossexuais) e amplia a dos adolescentes.

Historicamente, o preconceito e a discriminação, no Brasil, foram reforçados pela intervenção do Estado que tomou para si a responsabilidade de sanear o território nacional quiçá para ser livrar da acusação europeia de decadência tropical e degeneração social<sup>4</sup> e decidiu que a profilaxia das doenças venéreas era um serviço de ordem médica apenas, com “o mesmo valor que a desratização na profilaxia da peste” na dicção do médico criador do Dispensário Antissifilítico de Curitiba em 1918 e do Instituto de Profilaxia das Doenças Venéreas no Pará em 1921<sup>11</sup>, a visualizar o homem absurdo criado por Camus,<sup>12</sup> descrente do eterno que vive sua vida sem se preocupar com o que irá acontecer depois da morte, cuja honestidade não está na obediência às regras convencionais, mas sim no respeito às normas que ele próprio dita, e a evocar o personagem Rieux de A Peste<sup>13</sup> aprisionado na cidade da qual ninguém sai, ninguém entra, clausura que força as pessoas a aprenderem a conviver.

O desenvolvimento e a disponibilidade de métodos anticoncepcionais, em especial a pílula, assim como a legalização do aborto em grande parte dos países ocidentais, nos anos de 1970 e 1980 suscitaram a separação dos conceitos de sexualidade e de reprodução que, em combinação com outros fatores, estimulou o processo emancipatório das mulheres e dos homossexuais, assim como o reconhecimento de um estágio intermediário entre a infância e

---

<sup>10</sup> SZANIAWSAKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela. 2ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 170.

<sup>11</sup> HOCHMAN, Gilberto. A era do saneamento: as bases da política de saúde pública no Brasil: Hucitec; Anpocs. 1988.

<sup>12</sup> CAMUS, Albert. O mito de Sísifo. 1941

<sup>13</sup> CAMUS, Albert. 1947.

a idade adulta - a adolescência caracterizada não só pela gradual independência dos pais, mas, sobretudo, pela precocidade de relações amorosas e relações sexuais antes do casamento, num contexto que ficou conhecido por revolução sexual cujo fruto, dentre outros, foi o aumento do risco de gravidez indesejada e infecções sexualmente transmitidas.

Todavia, essa mutação social, máxime a de uma nova faixa etária dotada de cultura própria, com comportamentos peculiares e necessidades específicas, num primeiro estágio foi vista como sendo apenas de interesse dos indivíduos e percebida de modo negativo, embora requeresse do Estado e da sociedade novas respostas desde a perspectiva da saúde e da educação.

Sob outra ótica, o conflito gerado entre a necessidade de intervenção estatal para a defesa da saúde pública e as liberdades e garantias individuais, têm suscitado respostas positivas voltadas à igualdade de direitos e à proibição de discriminação, com leis especiais sobre o combate à discriminação ou dos direitos humanos ou outras leis específicas do género para dar efeito aos direitos constitucionalmente garantidos, por exemplo: sobre a igualdade de oportunidades, comissões de direitos humanos, sobre prestações de maternidade e emprego, sendo dignas de nota nesse sentido as legislações da Argentina, Colômbia, Filipinas, Vietnam e África do Sul.

No sentido contrário, não são poucas as legislações supressoras da liberdade, com a criminalização de condutas propícias à infecção: segundo o Relatório da Comissão Global sobre o IHV e o Direito de 2012<sup>14</sup>, em mais de 60 países era crime expor outra pessoa ao IHV ou transmiti-lo<sup>15</sup>, registrando-se mais de 600 condenações de soropositivas e leis que, ao invés de encorajar práticas sexuais mais seguras, desencorajam as pessoas de fazerem testes ou receberem tratamento, com medo de serem processadas e detidas pela transmissão do IHV a amantes ou crianças, desumanizando as pessoas com elevados riscos de contágio: os profissionais do sexo; os transexuais; os homens que têm relações com outros homens; os consumidores de drogas; os prisioneiros e os migrantes.

---

<sup>14</sup> Disp. em <http://www.hivlawcommission.org/resources/report/FinalReport-Risks,Rights&Health-PT.pdf> Acesso em 04 mai 2017.

<sup>15</sup> <sup>15</sup> Ainda em 2017 13 países preveem a pena capital para relações sexuais entre pessoas do mesmo sexo: Afeganistão, Arábia Saudita, Emirados Árabes Unidos, Iêmem, Irã, Iraque (inclusive nos territórios ocupados pelo “Estado Islâmico”), Mauritânia, Paquistão, Qatar e Síria, sendo que há efetiva aplicação da pena pela Justiça no Sudão, Arábia Saudita e no Iêmem, enquanto que na Nigéria e Somália a pena de morte é aplicada em algumas províncias. No Iraque, incluídos os territórios do “Estado Islâmico” e na Síria, a aplicação sistemática da pena de morte é feita por milícias e grupos paraestatais.

A *homofobia estatal*, verificável nos países que criminalizam atos sexuais consentidos entre pessoas adultas do mesmo sexo, tem raízes anteriores à descoberta do HIV, que vão desde questões religiosas, históricas, sociológicas, culturais, jurídicas e até as políticas.

Na contemporaneidade, segundo relatórios da ILGA (*International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association*)<sup>16</sup> 73 países<sup>17</sup> possuem leis que criminalizam relações entre pessoas do mesmo sexo, com punições que variam de multas e prisão à pena de morte,<sup>18</sup> o que fez surgir outro grupo de vulneráveis: os que abandonam seus países de origem por temor à perseguição homofóbica e que requerem, por isso, asilo em outro país no qual, desde a análise do pedido, são submetidos a contínuos maus tratos nos locais para o qual são forçosamente deslocadas.

Mesmo em países desenvolvidos, como o Reino Unido, essa situação não varia muito: os que solicitam asilo devem provar a alegação de diversidade sexual e gênero, e geralmente são detidos em centros de refugiados onde são forçados a conviver com refugiados homofóbicos por longos períodos. Para verificar a orientação sexual do requerente, os funcionários do Estado muitas vezes formulam perguntas invasivas e traumáticas que degradam a dignidade humana, embora o Tribunal de Justiça da União Europeia tenha determinado que as autoridades respeitem a carta dos direitos fundamentais da União Europeia.

Na América, o primeiro caso de *homofobia estatal* julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos foi o *Caso Homero Flor Freire versus Equador*, em que se discutiu a compatibilidade entre o princípio da igualdade e da não discriminação com normas militares que sancionam atos sexuais entre pessoas do mesmo sexo, e a orientação sexual, real ou percebida, das pessoas.<sup>19</sup>

---

<sup>16</sup> Disp. em <http://ilga.org/pt-br/lan-amento-do-relat-rio-de-2013-da-ilga-sobre-a-homofobia-patrocionada-pelo-estado/> Acesso em 03 jun 2017.

<sup>17</sup> O que corresponde a 37% dos estados membros da ONU.

<sup>18</sup> Ainda em 2017 13 países preveem a pena capital para relações sexuais entre pessoas do mesmo sexo: Afeganistão, Arábia Saudita, Emirados Árabes Unidos, Iêmem, Irã, Iraque (inclusive nos territórios ocupados pelo “Estado Islâmico”), Mauritânia, Paquistão, Qatar e Síria, sendo que há efetiva aplicação da pena pela Justiça no Sudão, Arábia Saudita e no Iêmem, enquanto que na Nigéria e Somália a pena de morte é aplicada em algumas províncias. No Iraque, incluídos os territórios do “Estado Islâmico” e na Síria, a aplicação sistemática da pena de morte é feita por milícias e grupos paraestatais.

<sup>19</sup> Disp. em <http://www.corteidh.or.cr/index.php/jurisprudencia>. Acesso em 05 jan 2017. O Equador foi condenado a se retratar publicamente quanto à discriminação e a indenizar a vítima, em 2016. A primeira condenação por discriminação sexual envolvendo *o poder familiar* deu-se no caso *Atala Riffo e filhas vs. Chile* em 2012, e a primeira condenação sobre discriminação com base na *orientação sexual* foi concedida em 2016 no caso *Ángel Alberto Duque vs. Chile*, em razão de interrupção de tratamento para HIV.

A culpabilização, a recriminação e a suspensão do direito à cidadania dos enfermos da aids no Brasil deram-se, de um lado, por sua eclosão ter ocorrido no princípio do processo de democratização do país e por ser tratada a epidemia como problema secundário em face de questões sanitárias mais significativas à época (o que fez com que reconhecimento da aids como sendo um problema de saúde pública só acontecesse em 1985) e, de outro lado, porque as incipientes comunidades gays se preocupavam mais com a liberdade sexual do que com o cuidado sexual,<sup>20</sup> empunhando a flâmula do sexo como expressão de liberdade e prazer com o dístico *foucaultiano* “o sexo bem vale a morte”, desmemoriadas da lição do próprio Foucault, segundo a qual “Não há uma única cultura no mundo em que seja permitido tudo fazer. E sabemos bem, há muito tempo, que o homem não começa com a liberdade, mas com o limite e a linha do intransponível.”<sup>21</sup>

Assim, paradoxalmente, o ativismo contra a discriminação por orientação sexual, levou ao reducionismo da questão HIV/AIDS como se importasse apenas aos ativistas e não à toda sociedade.

## CONCLUSÕES

A questão das infecções por HIV e da aids transcende à área médica, inserindo-se como relacionada à aceitação cultural das normas de direitos humanos que enseje a criação de um ambiente social e político em que as mudanças possam ser efetuadas com amparo em leis de efetiva aplicação: o acesso à justiça, em sede de HIV e aids, envolve a internalização de normas internacionais de direitos humanos em harmonia com o catálogo axiológico de cada Estado e sua aplicação indiscriminada a quaisquer pessoas suscetíveis de infecção, não podendo ser direcionada apenas a um grupo.

A história do HIV/AIDS no Brasil não tem sido diversa da registrada em outros países, submetendo as pessoas em situação de risco ao suplício da sua infecção e cavando um fosso de preconceitos a alimentar a discriminação irracional contra portadores do vírus e contra os portadores da aids que, excluídos da sociedade, passam a elevar muros para também discriminarem aqueles que, segundo sua ótica, não querem lhes conceder direitos.

---

<sup>20</sup> Conforme PARKER, H, PARKER R. Aids: a terceira epidemia. São Paulo: Iglu, 1990, p. 53-80.

<sup>21</sup> FOUCAULT, Michel. A Loucura, a Ausência da Obra. In M. FOUCAULT, Ditos e Escritos I. Problemática do Sujeito: Psicologia, Psiquiatria e Psicanálise. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999, p. 193.

Sob o rótulo hipócrita do politicamente correto, o Estado prodigaliza campanhas de distribuição de preservativos em grandes eventos, faz ribombar eventual reconhecimento por organização internacional pelo sucesso de uma determinada estratégia, promulga normas à guisa de proteção com efeito reverso, por vitimizarem, discriminando, as pessoas infectadas com o vírus HIV e os doentes da aids, a fazer do drama pessoal dos vulneráveis, uma ocasião para exploração política-partidária-sectária.

As pessoas vulneráveis devido ao HIV assim como as acometidas pela aids, em especial os adolescentes, não necessitam da criação de novos e especiais direitos, mas, sim, da efetiva aplicação dos direitos fundamentais às questões terapêuticas e às de orientação sexual e de identidade de gênero, estas com ações de educação social sublinhadas pela ética e pela adequação à faixa etária e com a co-participação das famílias, com a prudência de evitar ideologizações e fundamentalismos que só se prestam para a imposição explosiva e injusta de um binário certo/errado cuja resposta vencedora será sempre histórica.

Elaboração de políticas públicas com gestão democrática, participativa e sem sectarismos, e a difusão de campanhas publicitárias permanentes, voltadas à prevenção de todas as IST, são medidas urgentes para fazer cessar as lesões aos jovens vulneráveis e não submetê-los a novas epidemias.

Os direitos fundamentais, defluídos da dignidade da pessoa humana, se prestam a resguardar e a garanti-la, são matizados pela indivisibilidade, integridade e complementariedade.

São estes os direitos que devem ser efetivados às pessoas, com respeito aos princípios-garantia da liberdade, da diversidade e da tolerância, cuja adequada modulação pode levar à superação do impasse ético-jurídico entre a proteção à saúde pública e ao Ser.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Ministério da Saúde. Protocolo clínico e diretrizes terapêuticas: profilaxia anretroviral pós-exposição de risco para infecção pelo HIV. *In* Diário Oficial da União de 23.07.2015.

CAMUS, Albert. 1947.

CAMUS, Albert. O mito de Sísifo. 1941

Caso Homero Flor Freire versus Equador. Disp. em

<http://www.corteidh.or.cr/index.php/jurisprudencia>. Acesso em 05 jan 2017.

DANIEL, Herbert; PARKER, Richard. AIDS: a terceira epidemia. São Paulo: Iglu Editora, 1991.

FOUCAULT, Michel. A Loucura, a Ausência da Obra. *In* M. FOUCAULT, Ditos e Escritos I. Problematização do Sujeito: Psicologia, Psiquiatria e Psicanálise. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

GRANGEIRO A, LAURINDO DA SILVA L, TEIXEIRA PR. Resposta à aids no Brasil: contribuições dos movimentos sociais e da reforma sanitária. *Rev Panam Salud Publica*. 2009.

HOCHMAN, Gilberto. A era do saneamento: as bases da política de saúde pública no Brasil: Hucitec; Anpocs. 1988.

ILGA (*International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association*) Disp. em <http://ilga.org/pt-br/lan-amento-do-relat-rio-de-2013-da-ilga-sobre-a-homofobia-patrocionada-pelo-estado/> Acesso em 03 jun 2017.

KIRBY Michael. Human Rights and the HIV Paradox, *The Lancet*, v. 348, Issue 9036, 1996, pp. 1217 – 1218, 3 The Lawyers Collective (2007), *Legislating an Epidemic: HIV/AIDS in India*, Universal Publishing Pvt. Ltd, New Delhi.

PARKER, H, PARKER R. Aids: a terceira epidemia. São Paulo: Iglu, 1990.

Relatório da Comissão Global sobre o IHV e o Direito de 2012. Disp. em <http://www.hivlawcommission.org/resources/report/FinalReport-Risks,Rights&Health-PT.pdf> Acesso em 04 mai 2017.

SZANIAWSAKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela. 2ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TERTO JR, Veriano. Homossexualidade e saúde: desafios para a terceira década de epidemia de HIV/AIDS. *Horizontes Antropologicos*. v. 8. n. 17. Porto Alegre June 2002. Disp. em <http://dx.doi.org/10.1590/S010471832002000100008>. Acesso em 09 mai 2017.