

**XXVI ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI BRASÍLIA – DF**

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS III

GUILHERME SCOTTI

CARLOS VICTOR NASCIMENTO DOS SANTOS

JURACI MOURÃO LOPES FILHO

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 e garantias fundamentais III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Carlos Victor Nascimento dos Santos; Guilherme Scotti; Juraci Mourão Lopes Filho - Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-447-1

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Desigualdade e Desenvolvimento: O papel do Direito nas Políticas Públicas

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Cidadania. 3. Sociedade

Plural. 4. Garantias. XXVI Encontro Nacional do CONPEDI (26. : 2017 : Brasília, DF).

CDU: 34



XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS III

Apresentação

O XXVI Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito, mais uma vez, registra enorme sucesso em sua realização. A democratização do ensino e difusão da pesquisa nas pós-graduações em Direito do país tem encontrado no CONPEDI instrumentos bastante facilitadores deste processo de ensino e aprendizagem que estimula desde cedo a vocação do estudante para a docência e a pesquisa, além do exercício prático da profissão.

Um dos exemplos de estímulo à docência e pesquisa no estudante de pós-graduação em Direito é a oportunidade de discutir com seus pares e professores-pesquisadores o seu próprio projeto de pesquisa ou pesquisa ainda em andamento. A propósito, esta última foi uma das características mais marcantes do Grupo de Trabalho “Direitos e Garantias Fundamentais III”: a discussão de pesquisas ainda em curso nos mestrados e doutorados de seus participantes. O CONPEDI não dispensa ou aconselha a submissão de trabalhos que resultem em pesquisas finalizadas, mas a postura ativa do estudante de pós-graduação em submeter as dificuldades e problemas de pesquisa que tem enfrentado em seus percursos merece admiração.

O compartilhamento de suas dúvidas e impressões incrementaram as discussões entre os que submeteram suas pesquisas e os coordenadores do GT. Os diferentes perfis dos coordenadores também contribuiu com a diversidade de abordagens por eles propostas aos que apresentaram suas pesquisas. Por exemplo, questões de cunho profissional mais prático foram destacadas quando diante de discussões que envolviam diretamente a judicialização de políticas de saúde nos Estados brasileiros, ao mesmo tempo em que questões teóricas envolvendo as moralidades dos sujeitos de pesquisa, a discussão em torno de teorias da justiça e os métodos que guiaram os estudantes e professores a apresentarem suas pesquisas foram igualmente destacados e ponderados.

O Grupo de Trabalho “Direitos e Garantias Fundamentais III” apresentou uma diversidade de temas e análises capaz de enriquecer ainda mais os debates acerca de sua teoria e ciência do objeto. Em um primeiro momento foi possível perceber o esforço de pesquisadores em criar ou discutir teorias que melhor contribuíssem à compreensão dos direitos e garantias fundamentais constantes implícita ou explicitamente no texto constitucional. Neste sentido, destacamos o movimento bastante claro, a partir das pesquisas apresentadas, por uma

mobilização de saberes capazes de facilitar a compreensão acerca de diferentes processos existentes de implementação e defesa de políticas públicas.

Um segundo grupo de trabalhos dedicou estudos e pesquisas à compreensão de como o processo acima descrito se desenvolve no interior de instituições judiciais, destacando atuações ora singularizadas ou coletivas, dos profissionais ocupantes dos cargos responsáveis por buscar a implementação e defesa das referidas políticas públicas garantidoras de direitos fundamentais. Por fim, o último grupo se dedicou a demonstrar diferentes caminhos para se analisar tais questões a partir da variedade de técnicas e métodos de pesquisa, privilegiando-se o indutivo, dedutivo, a pesquisa bibliográfica, documental e quantitativa.

Uma característica comum a muitos dos trabalhos nos parece bastante reveladora da atualidade e pertinência dos debates no CONPEDI: a preocupação com a garantia e efetivação de direitos sociais previstos na Constituição de 1988, especialmente diante do atual quadro de crise política generalizada e de constante ameaça a direitos conquistados por que passa o país. É animador perceber que a academia jurídica está atenta aos desafios sociais e políticos concretos do presente, sem prejuízo de que o tratamento de tais temas práticos prementes seja feito com o rigor teórico e metodológico que a área do Direito tem conquistado nas últimas décadas.

Todas as questões acima mencionadas poderão ser notadas nos trabalhos adiante expostos. Convidamos o leitor a uma leitura bastante provocativa que, ao associar a teoria dos direitos fundamentais e da Constituição com técnicas e métodos da pesquisa jurídica, ampliam e tornam ainda mais acessível o debate sobre a defesa e implementação de políticas públicas a partir de discussões sobre os direitos e garantias fundamentais. Esse especial modo de produção do conhecimento, que prioriza a análise não apenas das instituições, mas também de seus atores, é o que permite uma aproximação maior do Direito com a população.

Prof. Dr. Carlos Victor Nascimento dos Santos - PUC-Rio e Universidade Projeção

Prof. Dr. Guilherme Scotti - Universidade de Brasília

Prof. Dr. Juraci Mourão - Centro Universitário Christus

A SÍNDROME DE SÍSIFO E A PARUSIA DE TÂNATOS: REFLEXÕES SOBRE A VULNERABILIDADE DAS PESSOAS COM HIV E AIDS

THE SISYPHUS SYNDROME AND THE PAROUSIA OF THANATOS: REFLECTIONS ON THE VULNERABILITY OF PEOPLE WITH HIV AND AIDS

Nilson Tadeu Reis Campos Silva

Resumo

O artigo usa a interpretação do Mito de Sísifo para analisar a proteção jurídica dos portadores do HIV e da AIDS, e propor políticas sociais e educacionais do Estado, da sociedade e dos indivíduos, não limitada à perspectiva exclusiva da autodeterminação sexual, mas desde a ótica do respeito, para a manutenção de relações sociais equilibradas com adequada tutela à saúde das pessoas, demonstrando que a concretude da dignidade humana só admite como limite a ausência de conflitualidade com a liberdade do Outro, e que se exige equilíbrio entre os princípios-garantias da diversidade e da liberdade sem passionalismo.

Palavras-chave: Direitos fundamentais, Pessoas vulneráveis, Aids

Abstract/Resumen/Résumé

The article uses the interpretation of the Myth of Sisyphus to analyze the legal protection of HIV and AIDS carriers, and proposes public and educational policies of State, society and individuals, not limited to the unique perspective of sexual self-determination, but from the perspective of respect, for the maintenance of social relations in balance with proper protection to people's health, showing that the concreteness of human dignity only accepts as a limit the absence of conflict with the Other's freedom, and that the balance between the principles-guarantees of diversity and freedom without passion are required.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Fundamental rights, Vulnerable people, Aids

1. INTRODUÇÃO

A avaliação e análise de políticas públicas voltadas à área social, em especial a da saúde, exige a consideração de diversos fatores determinantes à sua implementação, muitos deles contextualizados desde a postura adotada, de um lado, pelo Estado, e de outro, pelos destinatários daquelas políticas, além da reação da própria sociedade.

Mercê de o ordenamento jurídico ser caracterizado 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.

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

O presente texto, ancorado na interpretação do Mito de Sísifo de Homero e nas quatro emoções básicas do ser humano¹, procura 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

¹ Medo, alegria, tristeza e raiva, emoções que permitem ao ser humano transcender como tal e se socializar. Ante a falta de consenso científico acerca da quantidade de emoções primárias, aqui se adota a sugestão dos pesquisadores da Universidade de Glasgow, Rachael E. J., Oliver G.B. G. & Philippe G. S *in* Dynamic Facial Expressions of Emotion Transmit an Evolving Hierarchy of Signals over Time. Current Biology. v.24, Issue 2. Librarians: 2014, p. 187–192

desde a participação da sociedade e dos indivíduos, mas não pensada apenas sob o prisma médico e sim interdisciplinar, para a manutenção de relações sociais equilibradas.

Em uma das muitas versões do mito engendrado por Homero, Sísifo, rei de Corinto, arrostou Zeus ao auxiliar um súdito a resgatar a esposa que havia sido raptada pelo deus, sendo punido com a pena de morte por sua transgressão. Porém quando Tânatos foi cumprir a sentença do Olimpo, Sísifo o seduziu com elogios à sua beleza, convencendo a personificação da Morte a aceitar um colar, ficando assim aprisionado e impedido de voltar ao mundo subterrâneo de Hades que, ao notar a ausência de novas almas, queixou-se a Zeus que enviou Áries para libertar Tânatos a fim de cumprir a sentença de Sísifo e assim restabelecer a ordem natural que regia o ciclo das vidas humanas.

Pressentindo a fúria de Zeus, Sísifo pediu à esposa que não o enterrasse após sua morte, e ao ser levado por Tânatos, novamente o ludibria, reclamando da desonra de ter o corpo insepulto e sem pompas fúnebres, e assim o persuade a deixá-lo voltar por três dias a fim de organizar seu sepultamento, além de punir os que negligenciaram seu enterro. Mas, ao voltar à superfície da Terra, Sísifo passa a viver normalmente com a esposa, como se nada houvesse acontecido.

Ao perceber o absurdo e a heresia de um mortal enganar a Morte e pretender ficar impune, Zeus ordenou a Áries que conduzisse Sísifo novamente ao Hades e que lá recebesse um castigo exemplar: deveria rolar uma enorme rocha morro acima, até o topo. Na chegada ao topo, porém, a exaustão física de Sísifo provocada pelo esforço faria que a rocha se soltasse e rolasse morro abaixo, exigindo a repetição do seu suplício, processo esse repetido incessantemente e por toda eternidade.

Neste artigo, discute-se questões relativas a caracterização e etiologia da Síndrome de Sísifo, cuja causa é provocada pela 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 sobressaltos que levam da euforia ao desespero a cada descoberta farmacológica que acena com possível a descoberta de vacina que possa revogar a chegada definitiva de Tânatos propiciada pela imunodeficiência que os tornam extremamente vulneráveis, contando com inadequada tutela jurídica.

Sísifo defendia a transgressão às ordens divinas desde a perspectiva da liberdade e da perpetuação da vida e assim propiciou a parusia de Tânato. Os defensores da irrestrita liberdade sexual reivindicaram o sexo como expressão de liberdade e gozo, inscrevendo no

estandarte multicolorido a pulsão do sexo como sinônimo de vida, *carpe diem* inconsequente como a perspectiva do imaginário adolescente da perpetuação da vida e prazer eterno, e isso os tornou vulneráveis ao HIV como instrumento de Tântatos.

Cabe aqui, a advertência de que a transmissão do HIV não ocorre somente por relações sexuais,² e que para além do HIV existem outros agentes patogênicos que podem ser transmitidos durante a relação sexual (vírus, bactérias, parasitas unicelulares, fungos).

2. A ALEGRIA DA LIBERDADE

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.³

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.

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 social⁴ e decidiu que a profilaxia das doenças venéreas era um serviço de ordem médica apenas, com “o mesmo valor

² O HIV pode ser transmitido pelo sangue, espermatozoides e secreção vaginal, pelo leite materno ou transfusão de sangue contaminado.

³ SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela. 2ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 170.

⁴ Como anotam: HOCHMAN, Gilberto. A era do saneamento: as bases da política de saúde pública no Brasil: Hucitec; Anpocs. 1988 e HENRIQUE, Márcio Couto, AMADOR, Luiza Helena Miranda. Da Belle Époque à cidade do vício: o combate à sífilis em Belém do Pará, 1921-1924. História, Ciências, Saúde-Manguinhos. v. 23, n. 2. Rio de Janeiro: Epub, 2016.

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 1921⁵, a visualizar o *homem absurdo* criado por Camus,⁶ 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*⁷ 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 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.

3. O MEDO E A RAIVA

Abuso sexual e violência sexual, temas que tradicionalmente tendem a ser ocultados, passaram a ser objeto de maior divulgação a partir da liberação dos costumes, o que, somado à difusão erotizada dos meios de comunicação e da publicidade, aumentou a percepção negativa da sexualidade dos adolescentes, e, ao lado da indignação moral, deixou clara a necessidade de ações preventivas e criação de novos tipos de serviços de saúde, de

⁵ ARAÚJO, Heraclides de Souza. A profilaxia da lepra e das doenças venéreas no Estado do Pará, v. 2. Belém: Livraria Clássica, 1922, p. 180.

⁶ CAMUS, Albert. O mito de Sísifo. 1941.

⁷ CAMUS, Albert. A Peste. 1947.

informação e de educação e, na seara jurídica, novas tutelas adequadas aos direitos humanos e aos direitos sexuais dos grupos vulneráveis⁸.

Esse cenário foi agravado com os primeiros registros de casos de uma misteriosa IST⁹ nos Estados Unidos da América do Norte, no Haiti e na África Central, nos anos de 1977 e 1978: nos Estados Unidos, a partir da identificação de um elevado número de pacientes do sexo masculino, homossexuais e moradores de São Francisco e de Nova York, que apresentavam sarcoma de Kaposi, pneumonia (por *Pneumocystis carini*) e comprometimento do sistema imunológico, concluiu-se que se tratava de doença ainda não classificada e transmissível, que inicialmente foi nominada como Doença dos 5 H (homossexuais; hemofílicos; haitianos; heroínômanos¹⁰ e *hookers*¹¹) e viria a ser conhecida, em 1981, como Síndrome da Imunodeficiência Adquirida – aids.¹²

No Brasil, o primeiro caso foi verificado em 1980 em São Paulo, mas só classificado como aids em 1982, sucedendo-se a ele vertiginosa progressão de notificações: em apenas duas décadas (1980-2001) o total de casos da aids e HIV somou 220.000 e entre 2010 e 2015 passou de 700.000 para 827.000.¹³

O fato de, nos países desenvolvidos, ser a exposição ao HIV nas relações homossexuais a sua principal forma de transmissão, desencadeou uma série de matérias sensacionalistas nos veículos de comunicação, o que fez recrudescer a discriminação e exacerbar o preconceito contra travestis e homossexuais em especial no Brasil, com rotineiras

⁸ Grupos vulneráveis são os grupamentos de pessoas que, 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.

⁹ A terminologia Doenças Sexualmente Transmissíveis (DST) foi substituída pela de Infecções Sexualmente Transmissíveis (IST) para colocar em relevo a possibilidade de uma pessoa ter e transmitir uma infecção mesmo sem apresentar seus sinais e sintomas, e se presta para nominar Cancro mole (cancroide); Gonorreia e infecção por Clamídia; Condiloma acuminado (Papilomavírus Humano - HPV); Doença Inflamatória Pélvica (DIP); Donovanose; Hepatites Virais; Herpes genital; Linfogranuloma venéreo (LGV); Sífilis; Tricomoníase; Infecção pelo HTLV (primeiro retrovírus humano isolado) que atinge as células de defesa do organismo; e o HIV - Human Immunodeficiency Virus, retrovírus isolado em 1983), causador da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida - aids, estágio mais avançado de ataque ao sistema imunológico que o deixa mais vulnerável a diversas patologias.

¹⁰ Usuários de heroína injetável.

¹¹ Profissionais do sexo.

¹² No Brasil, a influência do americanismo fez incorporar a acrografia do nome original da síndrome (*Acquired immunodeficiency syndrome*), tanto na fala quanto na escrita. Nos demais países que adotam o idioma português e nos de língua espanhola, utiliza-se a acrografia do nome traduzido da doença (Síndrome de imunodeficiência adquirida): “sida”. Como em francês o nome da síndrome é *Syndrome d’immunodéficience acquise*, e em italiano é *Sindrome da immunodeficienza acquisita*, a mesma sigla “sida” é utilizada pelos povos de língua francesa e italiana.

¹³ Todos os dados quantitativos e estatísticos utilizados neste artigo são do Boletim Epidemiológico de HIV e aids de 2016, divulgado pelo Ministério da Saúde em 30.11.2016.

violações dos direitos fundamentais e inclusive com muitos assassinatos na maioria dos países que viram eclodir dentre suas populações o surto da aids.

Nos anos 80, enquanto o medo¹⁴ tomava conta dos infectados pelo HIV pela sentença de morte em que se traduzia o diagnóstico que levaria inexoravelmente à aids incurável, a raiva¹⁵ se instaurava na sociedade que até então aplicava uma tríplice *Scarlet Letter* para, como aponta Miskolci, estigmatizar a identidade homossexual na tridimensionalidade da sexualidade, da loucura, e do crime¹⁶, o que, na expressão de Foucault, conduz a uma tendência histórica à sombra de Tântatos:

O pacto faustiano cuja tentação o dispositivo de sexualidade inscreveu em nós é, doravante, o seguinte: trocar a vida inteira pelo próprio sexo, pela verdade e a soberania do sexo. O sexo bem vale a morte. É nesse sentido, estritamente histórico, como se vê, que o sexo hoje em dia é de fato transpassado pelo instinto de morte. Quando o Ocidente, há muito tempo, descobriu o amor, concedeu-lhe bastante valor para tornar a morte aceitável; é o sexo quem aspira, hoje, a essa equivalência, a maior de todas.¹⁷

Em vários países, a epidemia da aids e a intolerância social provocou a promulgação de leis criminalizando a exposição ao IHV ou a transmissão viral em especial. Segundo o Relatório da Comissão Global sobre o IHV e o Direito de 2012¹⁸, em mais de 60 países era crime expor outra pessoa ao IHV ou transmiti-lo, registrando-se mais de 600 condenações de soropositivas, 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.

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.

¹⁴ Reação de contração e reflexiva, cuja função é advertir sobre o perigo.

¹⁵ Reação expansiva e impulsiva, cuja função, no extremo, é eliminar ameaça.

¹⁶ MISKOLCI, Richard. Pânicos morais e controle social – reflexões sobre o casamento gay. Cadernos Pagu n. 28. Campinas: 2007, p. 105

¹⁷ FOUCAULT, Michel. História da Sexualidade I: A vontade de saber. trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. Rio: Graal, 1988, p. 146.

¹⁸ Disp. em <http://www.hivlawcommission.org/resources/report/FinalReport-Risks,Rights&Health-PT.pdf> Acesso em 04 mai 2017.

Na contemporaneidade, segundo relatórios da ILGA (*International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association*)¹⁹ 73 países²⁰ possuem leis que criminalizam relações entre pessoas do mesmo sexo, com punições que variam de multas e prisão à pena de morte,²¹ 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.²²

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

¹⁹ 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.

²⁰ O que corresponde a 37% dos estados membros da ONU.

²¹ 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.

²² 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 Riffó 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.

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,²³ 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.”²⁴

A multiplicação dos casos da aids no Brasil tem levado o Estado a adotar providências administrativas visando ao controle e ao combate da doença: em 1987, a Portaria Interministerial MPAS/MS nº 14, dos Ministérios da Previdência e Assistência Social, e da Saúde, determinava a realização de testes sorológicos precedentes a aplicação transfusional de sangue e hemoderivados; a Portaria Interministerial nº 3.195, de 1988, dos Ministérios de Estado do Trabalho e da Saúde, instituiu a adoção de medidas preventivas contra a aids através nas empresas; em 1992, a Portaria Interministerial nº 796, coibia a realização de testes sorológicos para: admissão e manutenção de alunos nas redes públicas e privadas de ensino; contratação e manutenção do emprego de professores e funcionários nos estabelecimentos de ensino; a divulgação de diagnóstico de infecção pela comunidade escolar; a existência de classes especiais ou escolas específicas para infectados pelo HIV; e a exigência de indivíduos sorologicamente positivos de informar suas condições a membros da comunidade escolar. Ainda em 1992, a Portaria nº 291 da Secretaria Nacional de Assistência à Saúde determinou a adoção de procedimentos para tratamentos da aids.

Em 03 de junho de 2014 foi publicada no Diário Oficial da União a lei que define o crime de discriminação dos portadores do vírus da imunodeficiência humana - HIV e doentes da aids, estabelecendo as atitudes configuradoras do delito:

Art. 1º Constitui crime punível com reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa, as seguintes condutas discriminatórias contra o portador do HIV e o doente de aids, em razão da sua condição de portador ou de doente:

- I - recusar, procrastinar, cancelar ou segregar a inscrição ou impedir que permaneça como aluno em creche ou estabelecimento de ensino de qualquer curso ou grau, público ou privado;
- II - negar emprego ou trabalho;
- III - exonerar ou demitir de seu cargo ou emprego;
- IV - segregar no ambiente de trabalho ou escolar;

²³ Conforme PARKER, H, PARKER R. Aids: a terceira epidemia. São Paulo: Iglu, 1990, p. 53-80.

²⁴ 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, p. 193.

- V - divulgar a condição do portador do HIV ou de doente de aids, com intuito de ofender-lhe a dignidade;
- VI - recusar ou retardar atendimento de saúde.

A Lei nº 12.984/2014, que criminalizou o *apartheid* dos portadores de HIV ou doentes da aids, é exemplo paradigmático de que no Brasil, há metástase da tutela jurídica, pois formula-se uma nova política e uma nova norma a partir de outra, sem que haja continuidade e coerência entre as duas, violando-se o princípio da razoabilidade e trazendo o selo definitivo da malignidade da ineficácia.

Se o inciso I da norma sob exame homenageia o “compromisso ético de acolhimento”²⁵ e o princípio da solidariedade, dando concretude ao direito fundamental à educação na medida em que se prevê punição à sua violação, o inciso VI incide em severo equívoco ao estatuir como crime retardar atendimento de saúde, seja pela imprecisão e vagueza conceitual do núcleo desse tipo penal (retardar), seja por não excepcionar e ressaltar os limites implícitos das situações de emergência e de urgência que são prevalentes no atendimento de saúde, enquanto que outra espécie nuclear inculpada (recusar) já é subsumida na omissão de socorro prevista no art. 135 do Código Penal.

Da mesma forma, as condutas criminalizadas nos incisos II, III e IV, imbricadas com as questões laborais e escolares, são despiciendas, uma vez que reprisam (e com déficit) as práticas discriminatórias já previstas na Lei nº 9.029, de 13 de abril de 1995 cujo art. 1º dispõe:

É proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de trabalho, ou de sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar, deficiência, reabilitação profissional, idade, entre outros, ressalvadas, nesse caso, as hipóteses de proteção à criança e ao adolescente previstas no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.²⁶

Como critica HAYASHI²⁷, além de padecer de atecnia legislativa, uma vez que inverte e funde os preceitos primário e secundário ao prever primeiro, a pena, e só após estabelece a conduta delitativa, a Lei nº 12.984/2014 não regula o crime como sendo de ação

²⁵A expressão foi cunhada pelo Ministro Edson Fachin ao relatar no STF a ação que julgou constitucional a norma da Lei 13.146/2017 (Estatuto da Pessoa com Deficiência) que proíbe escolas particulares de recusar matrículas e de cobrar valores adicionais nas mensalidades de pessoas com deficiência.

²⁶ Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015.

²⁷ HAYASHI Francisco Yukio. Breve comentários sobre o crime de discriminação dos portadores de HIV ou doentes de AIDS: Codificação e a Lei 12.984/2014. Disp. em <http://franciscohayashi.jusbrasil.com.br/artigos/125373088/breve-comentarios-sobre-o-crime-de-discriminacao-dos-portadores-de-hiv-ou-doentes-de-aids>. Acesso em 18 de maio de 2017.

penal privada ou de ação pública condicionada à representação, omissão que faz atrair a regra insculpida no art. 100 e no seu parágrafo primeiro do Código penal brasileiro²⁸, bem como a contida no art. 24 do Código Processual Penal²⁹, ou seja: o crime de discriminação dos portadores de HIV ou doentes da aids é de ação penal pública incondicionada e assim deve ser promovida pelo Ministério Público, legitimado pelo art. 129, I, da Constituição Federal como *dominus litis*.³⁰

Como na hipótese do inciso V da Lei (“divulgar a condição do portador do HIV ou de doente da aids, com intuito de ofender-lhe a dignidade”) não se incrimina ato de segregação e sim conduta consistente em agravo à honra, objetiva e subjetiva, das vítimas, a adoção implícita do legislador pela natureza jurídico-processual da ação penal pública incondicionada malevolamente desconsidera o interesse jurídico prevalente em jogo, que é o interesse privado e não o público, olvidando o fato de que a instauração de um processo para apurar esse delito poderá consistir em dano ainda maior do que o sofrido pela vítima cuja dignidade foi intencionalmente ofendida, reverberando de modo ampliado e injustificado a exposição de sua vulnerabilidade patológica à toda sociedade (*strepitus iudicii*).

Sequer eventual argumento da gravidade abstrata do delito de divulgar a condição de portador do vírus HIV ou da aids justificaria a fixação do modelo de ação estabelecida pelo legislador, pois somente a vítima é titular do direito de decidir se pretende ou não ter sua privacidade e sua intimidade expostas, presente a advertência formulada por Boschi: “se para a imposição da pena tivéssemos que destroçar ainda mais uma vida, então o sistema jurídico seria uma iniquidade”.³¹

A proteção da honra não constitui interesse exclusivo do indivíduo ofendido, uma vez que a honra pode “ser considerada como o complexo ou conjunto de predicados ou condições da pessoa que lhe conferem consideração social e estima própria” como lembra

²⁸ O Código Penal (Decreto Lei nº 2.848, de 07.12.1940) dispõe: “Art. 100 - A ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido. § 1º - A ação pública é promovida pelo Ministério Público, dependendo, quando a lei o exige, de representação do ofendido ou de requisição do Ministro da Justiça. (redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

²⁹ O Código de Processo Penal (Decreto Lei nº 3.689, de 03.10.1941) estabelece: “Art. 24. Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.” Note-se que o modal deontico da norma (“será promovida”) não deixa ao arbítrio ministerial mover ou não a ação penal. Antes, exige o exercício da função institucional do Ministério Público.

³⁰ “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei”.

³¹ BOSCHI, José Antonio Paganella. Ação Penal. Rio de Janeiro: Aide, 1993

Noronha,³² mas o interesse daquele que a teve lesada é superior ao da sociedade, daí se atribuir àquele o direito privativo de promover a ação penal como regra geral.³³

Assim, para o crime tipificado no inciso V da Lei nº 12.984/2014, mercê de sua natureza ser daquelas que expõem a intimidade da vítima e a se considerar ser a vítima vulnerável, a espécie processual deveria ser a da ação penal condicionada, fazendo ceder o interesse público da tutela ao interesse particular dos mesmos, mas à semelhança do que prevê o art. 225 do Código Penal brasileiro para as hipóteses de crimes contra a dignidade e liberdade sexual (estupro, violação e assédio)³⁴ e também para alguns crimes contra pessoas (perigo de contágio venéreo).³⁵

Sob outro viés, a pretensão de tutelar as vítimas dos crimes que prevê, queda na esterilidade do simbolismo, pois se limita a prever a sanção de reclusão e multa (esta sem âncora em quaisquer critérios e sem especificar seu beneficiado), não tracejando nenhum procedimento cautelar que poderia ser adotado ainda antes do inquérito policial e não dando resposta à uma questão óbvia aqui meramente exemplificada: se uma escola discriminar um alívico, ficará impune por ser impossível a aplicação da pena de reclusão e multa?

Falta coerência e coesão a essa nova norma, que pune, por exemplo, conduta similar à negativa de trabalho por discriminação de cor, etnia, religião ou nacionalidade prevista na Lei nº 7.726 de 1989, na medida em que prevê pena de reclusão 1 a 4 anos, e multa, bem inferior à pena da Lei de 1989 que estabelece pena de reclusão de 2 a 5 anos.

Sob a ótica sistêmica do ordenamento jurídico, é de se frisar que o delito de injúria racial é punível com pena de reclusão de 1 a 3 anos (art. 104, § 3º, do Código Penal), o que denuncia a ilógica desproporcionalidade da punição prevista Lei nº 12.984 de 2014, como se

³² NORONHA, Edgard Magalhães. Curso de direito processual penal. 21ªed. São Paulo. Saraiva, 1992.

³³ Código Penal (Decreto Lei nº 2.848 de 07 de Dezembro de 1940) “Art. 145 - Nos crimes previstos neste Capítulo somente se procede mediante queixa, salvo quando, no caso do art. 140, § 2º, da violência resulta lesão corporal.”

³⁴ Código Penal (Decreto Lei nº 2.848 de 07 de Dezembro de 1940) “Art. 225. Nos crimes definidos nos Capítulos I e II deste Título, procede-se mediante ação penal pública condicionada à representação. (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009) Parágrafo único. Procede-se, entretanto, mediante ação penal pública incondicionada se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa vulnerável. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)”.

³⁵ Código Penal Código Penal (Decreto Lei nº 2.848 de 07 de Dezembro de 1940). “Art. 130 - Expor alguém, por meio de relações sexuais ou qualquer ato libidinoso, a contágio de moléstia venérea, de que sabe ou deve saber que está contaminado: Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa. [...] § 2º - Somente se procede mediante representação”.

as injúrias a aidéticos fossem mais graves do que as que envolvem, além de discriminação por racismo, idosos e pessoas com deficiência.

Bizarramente, a Lei nº 12.984/2014 prevê pena idêntica à estatuída pela Lei nº 7.643 de 1987 para pesca ou molestamento a cetáceos, que também é de 2 a 5 anos de reclusão, além de multa, como a equiparar humanos a cetáceos na escala axiológica e, por igual, comina pena idêntica prevista ao infanticídio (art. 123, Código Penal), como se a subtração da vida humana atentasse contra o mesmo bem jurídico da igualdade.

ROTHENBURG e GONÇALVES, em tema inevitavelmente conexo ao objeto deste trabalho, por se referir à inexistência de norma específica no Brasil para punir a homofobia e a transfobia, formulam contundente e apropriada crítica à legislação que, sob o pretexto de tutelar, discrimina:

A discriminação em escala máxima é um dos mais profundos problemas que o Estado Democrático de Direito precisa resolver e desdiz o objetivo fundamental de nossa República, que é a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, sem preconceitos de qualquer espécie.

A legislação que deveria proibir e punir todas as formas de discriminação é, ela própria, discriminatória. Fala em “raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional”, como se a menção da Constituição no artigo 3º, IV, não trouxesse a norma de extensão: “e quaisquer outras formas de discriminação”. A Lei 7.716/1989 não menciona homofobia ou transfobia: faz pensar que uns preconceitos são melhores que outros e que, para eles, ao invés das penas da lei, têm-se as omissões da lei. Essa lei deu uma hierarquia ao preconceito e descumpre uma clara ordem constitucional de criminalização da discriminação odiosa.³⁶

A mesma crítica vale à Lei nº 12.984/2014, que faz pensar que a discriminação aos portadores do vírus da imunodeficiência humana (HIV) e doentes da aids seja pior do que a discriminação contra pessoas com deficiência ou idosos, e hierarquiza indevidamente e de modo reducionista as infecções e as patologias e a própria discriminação ao ser humano, vitimizando e assim discriminando as pessoas infectadas com o vírus HIV e os doentes da aids.

O que o legislador federal parece não ter entendido é que as pessoas vulneráveis por infecção de IST, assim como as acometidas pela aids, em especial os adolescentes, não precisam da criação de um direito especial, necessitando apenas a aplicação dos direitos fundamentais também à orientação sexual e de identidade de gênero.

³⁶ ROTHENBURG, Walter Claudius GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. Lei que deveria punir discriminação é, ela própria, discriminatória. Disp. em <http://www.conjur.com.br/2014-ago-29/lei-deveria-proibir-discriminacao-ela-propria-discriminatoria>. Acesso em 05 mai 2017.

Melhor tutela legislativa a essas pessoas vulneráveis contra a discriminação tem sido outorgada por leis estaduais, como as de Goiás (Lei nº 12.595, de 26 de janeiro de 1995); Rio de Janeiro (Lei nº 3.559, de 15 de maio de 2001); São Paulo (Lei nº 11.199, de 12 de julho de 2002); Minas Gerais (Lei nº 14.582, de 17 de janeiro de 2003); Espírito Santo (Lei nº 7.556, de 10 de novembro de 2003); e Paraná (Lei nº 14.362, de 19 de abril de 2004), voltadas a vedar e penalizar a discriminação dos portadores do HIV ou a pessoas com aids.

No Brasil, tutela-se a pessoas infectadas por HIV e os doentes da aids assegurando-se-lhes, a nível nacional, o sigilo de sua condição no trabalho e médico (art. 5º, X, da Constituição Federal; art. 168 da CLT e art. 105 do Código de Ética Médica); auxílio-doença (art. 274 a 287 da Resolução Normativa INSS/PRES nº 45, de 6.08.2010) ; benefício de prestação continuada (art. 20 da Lei nº 8.742/1993); aposentaria por invalidez (art. 201 a 212 da Resolução Normativa INSS/PRES nº 45, de 6.08.2010); saque do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (art. 20, XIII da Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990); isenção do imposto de renda (art. 6, XIV, da Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990; Lei nº 11.052, de 29 de dezembro de 2004, e art. 39, XXXIII, do Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999); cadastramento obrigatório de doadores e exames laboratoriais no sangue, para prevenir a propagação de doenças (Lei nº 7.649, de 25.20.1988) e, em alguns Estados, a transporte coletivo intermunicipal gratuito, e em alguns Municípios, transporte coletivo.

Somente em 1996, com a edição da Lei nº 9.313, o Sistema Único de Saúde passou a fornecer, gratuitamente aos portadores de IHV e aos doentes da aids, toda medicação necessária ao seu tratamento.

Assim, tal como foi de insurgência a reação de Sísifo contra as sentenças de morte por desafios à ordem das coisas imposta pelos deuses, foi a reação das pessoas em situação de risco de infecção pelo IHV e portadoras da aids contra as discriminações impostas pelo Estado, como, por exemplo, o art. 34, IV da Portaria nº 158/2016 do Ministério da Saúde, e o art. 25, XXX, d, da Resolução da Diretoria Colegiada RDC nº 34/2014 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária ANVISA, os quais dispõem sobre a inaptidão temporária para indivíduos do sexo masculino que tiveram relações sexuais com outros indivíduos do mesmo sexo³⁷ realizarem doação sanguínea nos 12 (doze) meses subsequentes a tal prática³⁸, normas

³⁷ A expressão homens que fazem sexo com outros homens é um fenômeno comportamental e social, conhecido pela sigla HSH, mas não se presta a identificar grupo específico de pessoas e tampouco homossexuais.

³⁸ Outros países também determinam prazos de inaptidão para doares HSH: nos Estados Unidos, Reino Unido, Argentina, Austrália e Suécia, de 12 meses; Canadá e Nova Zelândia, de 5 anos. Já na Alemanha, Suíça e Holanda, a inaptidão é definitiva.

que motivaram o Partido Socialista Brasileiro a ajuizar a ação direta de inconstitucionalidade nº 5543.

Cabe destacar aqui, a advertência do Ministro Edson Fachin, relator da mencionada ADI, quanto a confusão entre a legitimidade para invocar a jurisdição constitucional, mercê da representatividade política, e representatividade adequada para atuação no feito:

[...] entendo que não é possível confundir a representatividade ligada ao oferecimento de razões para a melhor consecução da atividade de interpretação e aplicação da Constituição, com a representatividade a que se aduz, por exemplo, na ambiência política em sentido estrito.

Tal compreensão se impõe sob pena de se convolar a figura do *amicus curiae*, um colaborador, em algóz do exercício da jurisdição constitucional, a desnaturar a sua própria *raison d'être* no Estado Constitucional.

Isso porque a jurisdição constitucional não é, nem deve ser, mera ambiência em que se repliquem as disputas políticas a ser travadas no Parlamento. Ressalte-se: disputas políticas que são conaturais a um dos fundamentos de nossa República, o pluralismo político (Art. 1º, V, CRFB).

Dessa forma, não obstante representatividade política seja um dos elementos levados em conta pelo constituinte para atribuir legitimidade para incoar a jurisdição constitucional (como se vê no art. 103, VIII, CRFB), não é ela suficiente para autorizar a intervenção dialogal no âmbito da jurisdição constitucional.

Ou seja, o fato de eventual requerente ser partido político com representação no Congresso Nacional, tão somente evidencia a sua representatividade política, não revelando, por si só, a representatividade adequada para atuação como *amicus curiae*.

Feitas tais considerações, em que pese o PPS possuir relevante representatividade política e ter demonstrado importante iniciativa de atuar no feito, não se demonstrou em sua manifestação nos autos de que forma pretende contribuir especificamente com o esclarecimento ou elucidação da discussão aqui posta.³⁹

O destaque acima evidencia a tendência contemporânea de judicialização mesmo de questões que deveriam encontrar respostas no âmbito administrativo ou no legislativo inclusive sobre quem é o titular do direito mais relevante a ser protegido: o do doador de sangue ou o do receptor de receber sangue o mais seguro possível, independentemente de sua orientação sexual, ou da Administração Pública que é responsável pelo tratamento de doentes e pela prevenção de doenças, em especial as infecciosas.

O estigma do custo da liberdade para outros e para si, assim como a defesa da soberania do sexo, ainda hoje distorce o foco das discussões sobre os direitos humanos para

³⁹ STF, ADI 5.543. Despacho de 28.06.2016.

vê-los desde uma reducionista visão binária (que produz a falácia do confronto universal), por isso que o antropólogo e fundador do Grupo Gay da Bahia denuncia a dicotomia brasileira:

A homossexualidade tem dois lados no Brasil: o lado cor-de-rosa, que é o lado da festa, da aceitação de artistas e da maior parada gay do mundo. E há o lado vermelho, que é o lado da violência, do preconceito, do machismo, que vitima mulheres e homossexuais.⁴⁰

Sucedem que a temática dos direitos humanos é tricotômica assim como o é a morfologia do ser humano, e só pode ser compreendida sob a tríade da liberdade, diversidade e tolerância que recepciona a alteridade, categoria ontológica relacional do Eu e o Outro.

No mesmo sentido, adverte o presidente da Fundação Americana para Pesquisa da Aids – AmfAR:

Uma grande parte da epidemia de Aids está conectada à comunidade gay. Também está conectada a usuários de drogas injetáveis. E também a transgêneros, profissionais do sexo. O que nós precisamos saber fazer é entender que há barreiras que essas comunidades enfrentam diariamente em suas vidas que fazem com que elas sejam vulneráveis ao HIV. Você não pode desconectar o trabalho com HIV dos direitos gays. Ao menos que essas conexões sejam reconhecidas e que lidemos com ela, não haverá sucesso nessa luta.

É possível falar sobre direitos gays sem tocar no assunto HIV, já que a maioria dos gays não tem HIV. Mas não dá para falar sobre HIV sem falar sobre direitos dos homossexuais.⁴¹

A assertiva final, acerca da impossibilidade de se abordar a questão do HIV sem envolver direitos dos homossexuais, de um lado, demonstra a necessidade de conscientização de ser o risco onipresente na vivência do grupo-chave e adotar políticas públicas adequadas ao aumento da resiliência dos seus integrantes, de outro, afasta o passionalismo e a ideologização da discussão que toldam o reconhecimento da liberdade sexual e incitam discriminações – inclusive as reversas.

Em 1989, em Porto Alegre, no Encontro Nacional de Organizações Não-governamentais que trabalham com Aids (ENONG), aprovada a Declaração dos Direitos Fundamentais da Pessoa Portadora do Vírus da AIDS, documento que sintetiza as aspirações de profissionais da saúde e de membros da sociedade civil e no qual se reconhece que:

⁴⁰ MOTT, Luiz. Entrevista ao jornal O metalúrgico em família, ed. 63, julho de 2011. São José dos Campos: Sindicato dos Metalúrgicos de São José dos Campos e Região, 2011.

⁴¹ FROST, Kevin. Entrevista ao jornal Folha de São Paulo, Caderno Saúde + Ciência, ed. 03 de maio de 2017, B7.

- I - Todas as pessoas têm direito à informação clara, exata, sobre a AIDS.
- II – Os portadores do vírus têm direito a informações específicas sobre sua condição.
- III - Todo portador do vírus da AIDS tem direito à assistência e ao tratamento, dados sem qualquer restrição, garantindo sua melhor qualidade de vida.
- IV - Nenhum portador do vírus será submetido a isolamento, quarentena ou qualquer tipo de discriminação.
- V - Ninguém tem o direito de restringir a liberdade ou os direitos das pessoas pelo único motivo de serem portadoras do HIV/AIDS, qualquer que seja sua raça, nacionalidade, religião, sexo ou orientação sexual.
- VI - Todo portador do vírus da AIDS tem direito à participação em todos os aspectos da vida social. Toda ação que visar a recusar aos portadores do HIV/AIDS um emprego, um alojamento, uma assistência ou a privá-los disso, ou que tenda a restringi-los à participação em atividades coletivas, escolares e militares, deve ser considerada discriminatória e ser punida por lei.
- VII - Todas as pessoas têm direito de receber sangue e hemoderivados, órgãos ou tecidos que tenham sido rigorosamente testados para o HIV.
- VIII - Ninguém poderá fazer referência à doença de alguém, passada ou futura, ou ao resultado de seus testes para o HIV/AIDS, sem o consentimento da pessoa envolvida. A privacidade do portador do vírus deverá ser assegurada por todos os serviços médicos e assistenciais.
- IX - Ninguém será submetido aos testes de HIV/AIDS compulsoriamente, em caso algum. Os testes de AIDS deverão ser usados exclusivamente para fins diagnósticos, controle de transfusões e transplantes, estudos epidemiológicos e nunca qualquer tipo de controle de pessoas ou populações. Em todos os casos de testes, os interessados deverão ser informados. Os resultados deverão ser transmitidos por um profissional competente.
- X - Todo portador do vírus tem direito a comunicar apenas às pessoas que deseja seu estado de saúde e o resultado dos seus testes.
- XI - Toda pessoa com HIV/AIDS tem direito à continuação de sua vida civil, profissional, sexual e afetiva. Nenhuma ação poderá restringir seus direitos completos à cidadania.

A importância desse documento é precisar o foco da tutela necessária e adequada, desconstruindo o imaginário reducionista da questão à liberdade sexual para que se entenda que a reivindicação de reconhecimento não envolve direitos especiais, mas a inclusão das pessoas vulneráveis com a aplicação das leis de direitos humanos também à orientação sexual e de identidade de gênero. Por isso que dos onze preceitos declarados, apenas quatro se referem a todas as pessoas, o que não exclui da sua tutela as pessoas referidas nos outros sete declarados.

4. A EUFORIA

O Sistema Único de Saúde, em julho de 2015, implantou no Brasil um novo protocolo clínico e de diretrizes terapêuticas para facilitar o acesso de pessoas infectadas pelo HIV e doentes da aids, integrando as três estratégias para profilaxia pós-exposição – PEP - disponíveis desde a década de 1990, voltadas a infecções por acidente ocupacional, por violência sexual, e por relações sexuais consentidas.

Os medicamentos utilizados para o tratamento devem ser ministrados até 72 horas após a exposição ao vírus (o protocolo menciona que o ideal serem ministrados nas duas horas após a exposição), consistindo em outro coquetel de antirretrovirais (tenofovir; lamivudina; atazanavir; e ritonavir) que devem ser tomados por 28 dias consecutivos.

A Profilaxia Pré-Exposição – Prep é uma estratégia de prevenção que exige a utilização diária do antirretroviral (ARV),⁴² por pessoas não infectadas, para reduzir o risco de aquisição do HIV através de relações sexuais, sendo recomendada para as pessoas de risco ampliado.

A introdução da Prep foi precedida de mediante pesquisa realizada em São Paulo e no Rio de Janeiro entre 1 de abril de 2014 e 28 de julho de 2015, com o objetivo de demonstrar a viabilidade de se incorporar a distribuição gratuita pelo Sistema Único de Saúde, sendo de se destacar dos dados coletados, nos limites deste artigo, três aspectos relevantes: que as pessoas com maior grau de escolaridade aceitam mais facilmente a profilaxia preventiva; que a alta adesão à prevenção é relacionada com a maior percepção do risco de contrair HIV; e que a maior rejeição à dá-se no grupo de HSH jovens na faixa etária de até 24 anos.

Se a descoberta do AZT em 1986 levou a alegria⁴³ aos infectados, a Pep e a Prep trouxeram a euforia, se não os levaram à verdadeira epifania⁴⁴ graças ao aumento da sobrevivência e melhoria da qualidade dos portadores de HIV e da aids, em especial porque a epidemia está hoje disseminada em todas as camadas sociais, independente de faixa etária ou orientação sexual, uma vez que o grau de vulnerabilidade ao vírus está vinculado ao histórico de relações sexuais desprotegidas e ao nível de exposição, e a existência de tratamento que controla a infecção.

Isto tem refletido no aumento dos casos de infecção: 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 constante pesquisa e a descoberta de novas gerações de medicamentos eficientes para controlar a multiplicação do HIV, não afasta a certeza do encontro forçado com Tânatos,

⁴² Trata-se de um comprimido que combina dois antirretrovirais, o tenofovir (TDF) e a emtricitabina (FTC), que foi aprovado em 2012 nos Estados Unidos sob o nome comercial Truvada.

⁴³ Emoção expansiva, cuja função é criar vínculos.

⁴⁴ Profunda sensação de realização.

que persistirá enquanto inexistente vacina, fato que levou os vulneráveis, de novo, à tristeza⁴⁵ e a se construir uma situação paradoxal: em plena Sociedade da Informação na qual são os jovens os que transitam com maior naturalidade e avidez por informação pelo ciberespaço, está-se verificando não apenas significativo aumento dos casos de infecção do HIV, mas o recrudescimento de outras infecções sexualmente transmissíveis que estavam de há muito sob controle, exata e acentuadamente entre os jovens.

Sendo o uso de preservativo a única proteção efetiva contra a infecção pelo HIV, e as campanhas educativas para sua utilização apenas sazonais, em épocas de festividades como o Carnaval, é imperiosa a adoção de campanhas pedagógicas permanentes, direcionadas aos integrantes dos grupos-chave e aliadas à construção de política educacional que imponha a adequada, responsável, consciente e ética educação sexual nas escolas fundamentada na ética da alteridade na perspectiva de Emanuel Lévinas, para quem a justiça é a moderação da responsabilidade do Eu viabilizada desde a diversidade do Outro – o que leva à correção de assimetrias pela tolerância.

Por isso SIDEKUM defende a elaboração de políticas públicas para a formação dos professores *em e para* Direitos Humanos a partir da interpelação ética formulada pela *práxis* da pedagogia da alteridade em que se abra espaço para a dignidade do Outro enquanto radicalmente diferente do Eu:

A relação com o outro realiza-se na forma da bondade que se chama justiça e responsabilidade infinita para com outro e se concretiza historicamente numa experiência de transcendência, solidariedade e responsabilidade pelo outro. A alteridade é uma experiência de interpelação ética. Essa experiência manifesta-se pelo rosto do outro.⁴⁶

Com a disponibilidade de profilaxias preventiva e pós-exposição ao risco de infecção por HIV, as pessoas vulneráveis ao risco, infectadas ou não, com aids ou não, passam a sentir mais suave o suplício trazido pelo IHV às suas vidas, o que só será verdadeiro no plano individual se jamais se expuserem a uma relação sexual sem estarem usando preservativo, sendo responsáveis.

No plano social, Estado e sociedade, podem ser ainda mais contributivos para a melhoria da vivência daqueles vulneráveis, construindo e efetivando políticas sociais e políticas inclusivas e solidárias.

⁴⁵ Emoção de contração e reflexiva, cuja função é a evocação do passado, e evitar vulnerabilidade na medida em que permite o Outro nos acompanhar.

⁴⁶ SIDEKUM, Antonio. Emmanuel Lévinas: educação e interpelação ética. Revista da FAEEBA – Educação e Contemporaneidade, Salvador, v. 22, n. 39, p. 85-94, jan./jun. 2013, p. 90

5. CONCLUSÕES

O percurso histórico do HIV no Brasil não é diferente da sua propagação 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.

Em tempos da etiqueta 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.

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

Os direitos fundamentais, originários da dignidade da pessoa humana, se prestam a resguardar e a garanti-la, sendo por isso matizados pela indivisibilidade, integridade e complementariedade. São estes os direitos que devem ser efetivados às pessoas, iluminados pelos princípios-garantia da liberdade, da diversidade e da tolerância.

REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, Heraclides de Souza. A profilaxia da lepra e das doenças venéreas no Estado do Pará, v. 2. Belém: Livraria Clássica, 1922.
- BOSCHI, José Antonio Paganella. Ação Penal. Rio de Janeiro: Aide, 1993.
- BRASIL. Ministério da Saúde. Boletim Epidemiológico de HIV e aids de 2016, divulgado pelo Ministério da Saúde. Brasília: 2016.

CAMUS, Albert. A Peste, 1947.
 _____. O mito de Sísifo, 1941.

Comissão Global sobre o IHV e o Direito de 2012. Relatório, 2016. Disp. em <http://www.hivlawcommission.org/resources/report/FinalReport-Risks,Rights&Health-PT.pdf> Acesso em 04 mai 2017.

Corte Interamericana de Direitos Humanos. Disp. em <http://www.corteidh.or.cr/index.php/jurisprudencia>. Acesso em 05 jan 2017

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.

FOUCAULT, Michel. História da Sexualidade I: A vontade de saber. trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. Rio: Graal, 1988.

FROST, Kevin. Entrevista ao jornal Folha de São Paulo, Caderno Saúde + Ciência, ed. 03 de maio de 2017, B7.

HAYASHI Francisco Yukio. Breve comentários sobre o crime de discriminação dos portadores de HIV ou doentes de AIDS: Codificação e a Lei 12.984/2014. Disp. em <http://franciscohayashi.jusbrasil.com.br/artigos/125373088/breve-comentarios-sobre-o-crime-de-discriminacao-dosportadores-de-hiv-ou-doentes-de-aids>. Acesso em 18 de mai de 2017.

HENRIQUE, Márcio Couto, AMADOR, Luiza Helena Miranda. Da Belle Époque à cidade do vício: o combate à sífilis em Belém do Pará, 1921-1924. História, Ciências, Saúde-Manguinhos. v. 23, n. 2. Rio de Janeiro: Epub, 2016.

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

MISKOLCI, Richard. Pânicos morais e controle social – reflexões sobre o casamento gay. Cadernos Pagu n. 28. Campinas: 2007.

MOTT, Luiz. Entrevista ao jornal O metalúrgico em família, ed. 63, julho de 2011. São José dos Campos: Sindicato dos Metalúrgicos de São José dos Campos e Região, 2011.

NORONHA, Edgard Magalhães. Curso de direito processual penal. 21ªed. São Paulo. Saraiva, 1992.

PARKER, H. PARKER, R. Aids: a terceira epidemia. São Paulo: Iglu, 19900.

Rachael E. J., Oliver G.B. G. & Philippe G. S in Dynamic Facial Expressions of Emotion Transmit an Evolving Hierarchy of Signals over Time. Current Biology. v.24, Issue 2. Librarians: 2014.

ROTHENBURG, Walter Claudius GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. Lei que deveria punir discriminação é, ela própria, discriminatória. Disp. em <http://www.conjur.com.br/2014-ago-29/lei-deveria-proibir-discriminacao-ela-propria-discriminatoria>. Acesso em 05 mai 2017.

SIDEKUM, Antonio. Emmanuel Levinas: educação e interpelação ética. Revista da FAEBA – Educação e Contemporaneidade. v. 22, n. 39. Salvador: FAEBA: 2013.

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