

**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA  
FACULDADE DE CIÊNCIAS DA SAÚDE  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM BIOÉTICA**

**ALCINDA MARIA MACHADO GODOI**

**CRIMINALIZAÇÃO DA TRANSMISSÃO SEXUAL DO HIV: UMA  
ABORDAGEM BIOÉTICA**

**Brasília  
2013**

**ALCINDA MARIA MACHADO GODOI**

**CRIMINALIZAÇÃO DA TRANSMISSÃO SEXUAL DO HIV: UMA  
ABORDAGEM BIOÉTICA**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Bioética da Faculdade de Ciências da Saúde da Universidade de Brasília, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Bioética.

Orientador: Prof. Dr. Volnei Garrafa

**Brasília  
2013**

**ALCINDA MARIA MACHADO GODOI**

**CRIMINALIZAÇÃO DA TRANSMISSÃO SEXUAL DO HIV: UMA  
ABORDAGEM BIOÉTICA**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Bioética da Faculdade de Ciências da Saúde da Universidade de Brasília, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Bioética.

Aprovada em 25 de janeiro de 2013.

**BANCA EXAMINADORA**

Prof. Dr. Volnei Garrafa (Orientador Presidente)  
Universidade de Brasília

Prof. Dra. Eliane Seidl  
Universidade de Brasília

Prof. Dra. Aline Albuquerque S. Oliveira  
Advocacia Geral da União

Prof. Dr. Roberto Passos Nogueira  
Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada

Prof. Dr. Paulo Antônio de Carvalho Fortes  
Universidade de São Paulo

Para minha mãe

e para

Ivo, Helena, Sara, Rafael, Felipe e Raquel.

## AGRADECIMENTOS

Ao Professor Volnei Garrafa, pelo incentivo constante e pela orientação precisa, que permitiu liberdade de voo intelectual, mas sem deixar de apontar caminhos e as correções necessárias. Deixo aqui o meu reconhecimento do relevante papel desempenhado pelo Prof. Volnei na construção do campo da bioética brasileira, enquanto espaço de intervenção e de geração de conhecimento, em prol da justiça social.

Aos membros das bancas de defesa, os Professores Antônio Paulo de Carvalho Fortes, Roberto Passos Nogueira, Aline Oliveira, Eliane Seidl e Volnei Garrafa, pelas palavras generosas e observações argutas, que tanto enriqueceram o debate. Ainda às Professoras Aline e Eliane, agradeço pelas contribuições fundamentais feitas no momento do exame de qualificação.

A Leonor Tavares, Anamaria Azevedo e Eliane Seidl, cujo apoio na organização do trabalho de campo viabilizou a realização das entrevistas e dos grupos focais.

À equipe da Secretaria do Programa de Pós-Graduação em Bioética (PPG-Bioética), Dalvina, Shirleyde e Cleide (e também ao Abdias pelo tempo em que lá estive), e da Cátedra Unesco de Bioética, pela atenção dispensada, sempre gentil, pronta e efetiva.

Aos professores do PPG-Bioética, pelo enriquecimento acadêmico que nos proporcionaram, e aos colegas do PPG-Bioética, por tudo o que compartilhamos, de angústias a bons momentos.

A Lucas Seara e Mariselda Salgado, pela leitura e sugestões jurídicas.

Aos colegas da Consultoria Legislativa do Senado Federal, especialmente da área de saúde, pela torcida e pelo apoio possível.

Aos amigos que, de alguma forma, nos momentos certos, nos dão o apoio necessário.

À minha mãe, irmãs e irmãos, pela confiança e apoio incondicionais de todos esses anos, e ao meu pai (*in memoriam*).

Ao Ivo, pelo companheirismo e incomensurável apoio – material, intelectual e emocional –, que me ajudaram a seguir em frente e me permitiram atravessar incólume os momentos mais críticos, e aos meus filhos, por tudo com que me nutrem e por darem sentido à minha vida e ao meu trabalho.

Por fim, de forma muito especial, agradeço aos profissionais de saúde e às pessoas vivendo com HIV que participaram desta pesquisa, por terem disponibilizado parte do seu tempo para colaborar com a pesquisa e por terem dividido comigo um pouco de suas experiências de vida e de seu conhecimento, que foram fundamentais para a reflexão que pude fazer neste trabalho.

## RESUMO

A criminalização relacionada ao HIV é um problema que envolve grande complexidade, abarcando aspectos médicos, sociais e éticos. Como a questão envolve conflitos entre os objetivos da saúde pública e os direitos individuais, o aporte da bioética pode ajudar a encontrar uma solução que contemple tanto a proteção da sociedade quanto das pessoas vivendo com HIV. Este trabalho adotou como marco referencial teórico os direitos humanos conforme inscritos na Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO), e de acordo com as postulações feitas pelas vertentes teóricas da bioética que introduzem os direitos humanos em sua doutrina enquanto referenciais mínimos, especialmente a vertente teórica da Bioética de Intervenção. Entendemos que os direitos humanos constituem o referencial essencial de qualquer prática de saúde e são a espinha dorsal para a avaliação dessas práticas em uma perspectiva bioética. Nos mais de trinta anos de epidemia, a discussão em torno da criminalização da transmissão do HIV, bem como outras medidas coercitivas voltadas para os portadores do vírus – como a restrição a viagens, isolamento compulsório etc –, tem sido permeada de grande polêmica, o que demonstra que o assunto não foi superado e não se conseguiu ainda estabelecer um consenso sobre esse tema. É de se destacar que este trabalho não pretendeu abordar o tema sob a ótica estrita do direito penal. O foco do trabalho foi discutir a criminalização dentro dos marcos da saúde pública, nas relações que estabelece com esse campo de conhecimento e de prática, sob o enfoque da bioética, ainda que se tenha discutido algumas particularidades jurídicas mais relevantes e de interesse direto para a discussão bioética. Do ponto de vista teórico-metodológico este é um estudo qualitativo de base empírica e documental, a qual foi trabalhada por meio da análise do discurso dos sujeitos, na perspectiva de que ele expressa a cultura do grupo ao qual pertencem, com vistas a apreender os significados e as representações sobre a criminalização das pessoas vivendo com HIV e o substrato moral ou ético que orienta as diferentes visões. A análise evidenciou que, do ponto de vista da bioética, há argumentações que podem favorecer e, outras, contraindicar a criminalização da transmissão sexual do HIV. No entanto, os argumentos mais fortes, por serem mais essenciais do ponto de vista bioético, indicam que a criminalização não é uma resposta que atenda nem aos direitos das pessoas vivendo com HIV nem às necessidades da saúde pública, pois ela acarreta danos às pessoas e mina as estratégias das políticas públicas de enfrentamento da epidemia. Na perspectiva da bioética referenciada nos direitos humanos, uma política pública justa é aquela que reconhece a vulnerabilidade das pessoas vivendo com HIV e a responsabilidade social de prover um ambiente social inclusivo e não discriminatório, que garanta as condições materiais e imateriais para a sua realização enquanto pessoa humana. No caso da aids,

vislumbramos duas formas efetivas e bioeticamente corretas de atuar na defesa dos interesses individuais e coletivos: 1) por meio da efetivação do direito à saúde em todas as suas dimensões; 2) pelo empoderamento da pessoa vivendo com HIV, para enfrentar e superar o estigma e a discriminação, bem como as condições de vulnerabilidade. Ambas as formas não são excludentes, mas complementares.

**Palavras-chave:** Bioética, direitos humanos, HIV/Aids, criminalização.

## ABSTRACT

Criminalization related to HIV is a problem that involves great complexity, covering medical, social and ethical issues. As it involves conflicts between public health goals and individual rights, the contribution of bioethics can help to find a solution that addresses the protection of both society and people living with HIV. This study adopted a landmark theoretical based on human rights as inscribed in Universal Declaration on Bioethics and Human Rights, from United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (UNESCO), and in accordance with the theoretical postulations made by some bioethical theories that introduce human rights in their doctrine as a minimum benchmark, especially Intervention Bioethics. We understand that human rights constitute the essential reference for any health practices and are the backbone to evaluate these practices in a bioethical perspective. In over thirty years of the epidemic, the discussion on criminalization of HIV transmission and other coercive measures aimed at people living with HIV - such as travel restrictions, compulsory isolation etc - has been fraught with great controversy, which shows the difficulty to establish a consensus on this issue. It should be emphasized that this work was not intended to address the issue strictly from the perspective of criminal law. The focus of this study was to discuss the criminalization within the frameworks of public health, establishing relations with this field of knowledge and practice, with a focus on bioethics, yet it has discussed some legal particularities most relevant and of direct interest to bioethical discussion. From a theoretical standpoint, this is a qualitative study based on empirical and documentary data, which was worked by analyzing the speech of subjects, from the perspective that it expresses the culture of the group they belong to, in order to seize meanings and representations about the criminalization of people living with HIV and substrate moral or ethical guiding the different views. The analysis showed that from a bioethics view, there are arguments that can facilitate and others, contraindicate the criminalization of sexual transmission of HIV. However, the strongest arguments, for being more essential bioethical standpoint, indicate that criminalization is not an answer that satisfies neither the rights of people living with HIV or the needs of public health, because it causes harm to people and undermines the public policy strategies for coping epidemic. From the perspective of bioethics based on human rights, a fair public policy is one that recognizes the vulnerability of people living with HIV and the social responsibility of providing a inclusive and non-discriminatory social environment, ensuring material and immaterial conditions for their realization as a human being. In the case of AIDS, we see two ways bioethically effective and correct to act in defense of individual and collective interests: 1) through the realization of the right to health in all its dimensions, 2) through empowerment of people living with HIV, to address and overcoming stigma and discrimination, as well as the conditions of vulnerability. Both forms are not mutually exclusive, but complementary.

*Keywords:* bioethics, human rights, HIV/AIDS, criminalization.

## **LISTA DE QUADROS**

Quadro 1. Dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848 (Código Penal), de 7 de dezembro de 1940. Brasil.

Quadro 2. Projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional sobre a criminalização da transmissão do HIV. Brasil, 2012.

Quadro 3. Perfil dos grupos focais realizados com pessoas vivendo com HIV/aids. Brasília, 2012.

Quadro 4. Perfil dos profissionais de saúde entrevistados. Brasília, 2012.

Quadro 5. Processos judiciais sobre transmissão sexual do HIV e respectivas sentenças. Brasil, 2012.

## **LISTA DE GRÁFICOS E TABELA**

Gráfico 1. Número de casos judiciais em 1.000 pessoas vivendo com HIV. 2010.

Gráfico 2. Prevalência de casos judiciais (transmissão do HIV) e prevalência de HIV em diferentes países. 2012.

Tabela 1. Prevalência de casos judiciais (transmissão do HIV) e prevalência de HIV em diferentes países. 2012.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>13</b>
<b>CAPÍTULO 1. O CONTEXTO DA CRIMINALIZAÇÃO: A SITUAÇÃO DA EPIDEMIA DE AIDS NO BRASIL E NO MUNDO.</b> .....	<b>21</b>
<b>1.1. Situação epidemiológica</b> .....	<b>21</b>
1.1.1. Situação epidemiológica no Brasil .....	23
<b>1.2. Estratégias de prevenção</b> .....	<b>28</b>
<b>1.3. Uso do preservativo</b> .....	<b>29</b>
<b>1.4. Tratamento com antirretrovirais (TARV)</b> .....	<b>31</b>
<b>1.5. Testagem sorológica e conhecimento do diagnóstico</b> .....	<b>34</b>
<b>1.6. Revelação do diagnóstico</b> .....	<b>35</b>
<b>CAPÍTULO 2. REFERENCIAIS BIOÉTICOS PARA ABORDAGEM DA CRIMINALIZAÇÃO DA TRANSMISSÃO SEXUAL DO HIV</b> .....	<b>38</b>
<b>2.1. Dignidade Humana e Direitos Humanos</b> .....	<b>40</b>
2.1.1. Bioética e Direitos Humanos .....	46
2.1.2. Saúde e Direitos Humanos .....	52
<b>2.2. Princípio da não discriminação e não estigmatização</b> .....	<b>56</b>
2.2.1. Estigma e discriminação .....	57
2.2.2. Doença, corpo e estigma – o caso da Aids .....	66
<b>2.3. Vulnerabilidade</b> .....	<b>69</b>
2.3.1. Vulnerabilidade e aids .....	75
<b>CAPÍTULO 3. LEI PENAL E SAÚDE PÚBLICA: PRÁTICAS DISCURSIVAS ENVOLVIDAS NA CRIMINALIZAÇÃO DA TRANSMISSÃO SEXUAL DO HIV</b> .....	<b>79</b>
<b>3.1. Crime e Castigo: Lei Penal</b> .....	<b>82</b>
<b>3.2. Crime e Castigo: Dispositivos de Saúde Pública</b> .....	<b>89</b>

<b>CAPÍTULO 4. PANORAMA DA CRIMINALIZAÇÃO DA TRANSMISSÃO SEXUAL DO HIV: LEGALIDADE, MORALIDADE E REALIDADE .....</b>	<b>97</b>
<b>4.1. Panorama mundial da criminalização .....</b>	<b>101</b>
<b>4.2. Tipos de leis penais para criminalizar a transmissão sexual .....</b>	<b>105</b>
<b>do HIV</b>	
<b>4.3. Leis penais no mundo .....</b>	<b>109</b>
<b>4.4. Lei penal no Brasil .....</b>	<b>111</b>
4.4.1 Projetos de lei específica sobre transmissão do HIV .....	113
<b>4.5. Mulheres e aids: o impacto da criminalização da transmissão sexual do HIV .....</b>	<b>114</b>
<b>4.6. Litígio criminal e a produção da verdade .....</b>	<b>116</b>
<b>CAPÍTULO 5. ANÁLISE COMPREENSIVA: A ESCUTA DOS SUJEITOS ..</b>	<b>120</b>
<b>5.1. A criminalização da transmissão sexual do HIV na ótica .....</b>	<b>127</b>
<b>dos operadores do direito</b>	
<b>5.2. A criminalização na perspectiva das pessoas que vivem .....</b>	<b>149</b>
<b>com HIV</b>	
<b>5.3. A criminalização na perspectiva dos profissionais de saúde .....</b>	<b>167</b>
<b>CAPÍTULO 6. A CRIMINALIZAÇÃO DA TRANSMISSÃO SEXUAL .....</b>	<b>192</b>
<b>DO HIV NA PERSPECTIVA BIOÉTICA</b>	
<b>6.1. Responsabilidade, autonomia e consentimento .....</b>	<b>194</b>
6.1.1. Autonomia e heteronomia .....	195
6.1.2. O fator emocional envolvido .....	198
6.1.3. Responsabilidade mútua dos parceiros e comportamento ..	201
sexual	
6.1.4. Autonomia, risco e responsabilidade em saúde .....	204
6.1.5. Revelação do diagnóstico ‘versus’ consentimento .....	210
6.1.6. A responsabilidade dos profissionais de saúde .....	221
<b>6.2. Respeito aos direitos humanos e defesa da saúde pública .....</b>	<b>224</b>
6.2.1. Efetividade da lei penal .....	226
6.2.2. Riscos e o princípio da precaução .....	228
6.2.3. Reforço do estigma e da discriminação .....	230
6.2.4. A produção da verdade: Direito e Medicina .....	231

6.2.5. Poder punitivo: sim ou não? .....	234
<b>CAPÍTULO 7. CONSIDERAÇÕES FINAIS E CONCLUSÕES .....</b>	<b>236</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>241</b>
<b>APÊNDICES</b>	
Apêndice 1 .....	261
Apêndice 2 .....	262
Apêndice 3 .....	263
Apêndice 4 .....	264
Apêndice 5 .....	266
Apêndice 6 .....	268
<b>ANEXO</b>	
Anexo 1 .....	270

## INTRODUÇÃO

Este trabalho tem por objetivo identificar e discutir os principais aspectos legais e éticos envolvidos na aplicação de lei penal aos casos de transmissão sexual do HIV/Aids, a partir de uma perspectiva bioética referenciada nos direitos humanos.

A criminalização relacionada ao HIV é um problema que envolve grande complexidade, abrangendo aspectos médicos, sociais e éticos, sendo recorrente desde o início da epidemia. A polêmica em torno do tema envolve conflito de valores para cuja resolução é necessária uma reflexão ética sobre a sua validade e procedência, especialmente se está em consonância com os princípios dos direitos humanos e como atende aos interesses individuais e coletivos.

Como questão que envolve conflitos entre os objetivos da saúde pública e os direitos individuais, essa problemática da transmissão do HIV requer o aporte da bioética na busca de uma solução que contemple tanto a proteção da sociedade quanto das pessoas vivendo com HIV.

Adotam-se como marcos referenciais teóricos os direitos humanos conforme inscritos na Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO) (1), e de acordo com as postulações feitas pelas vertentes teóricas da bioética que introduzem os direitos humanos em sua doutrina enquanto referenciais mínimos, especialmente a vertente teórica da Bioética de Intervenção.

Ao entrar na quarta década de pandemia, a aids continua como problema de saúde pública, apesar do enorme avanço obtido nesse período em relação ao conhecimento sobre a doença e sobre as estratégias de prevenção e de tratamento. Como pandemia surgida na atualidade – época em que se dá a prevalência dos direitos humanos – a aids imprimiu de forma vigorosa um novo componente na discussão sobre as formas de controle e de prevenção da doença e sobre as práticas tradicionais da saúde pública: a

necessidade de proteger a saúde pública sem incorrer na violação dos direitos humanos. A aids trouxe como contribuição essencial às políticas públicas de saúde o reconhecimento de que os direitos humanos são um componente essencial a ser observado nas práticas de saúde. Nesse marco, ganham relevância a questão do estigma e da discriminação que acompanham a aids desde o seu surgimento.

Entendemos que os direitos humanos constituem o referencial essencial de qualquer prática de saúde e são a espinha dorsal para a avaliação dessas práticas em uma perspectiva bioética. Esse é o referencial que norteará a discussão que se pretende travar neste trabalho sobre a prática da criminalização da transmissão do HIV.

Atualmente, tem-se observado o recrudescimento do número de ações judiciais com a finalidade de punir os portadores do HIV que tenham exposto seus parceiros sexuais, ou outras pessoas, ao risco de infecção pelo vírus. Movimento paralelo e em sintonia com essa concepção de criminalização dos portadores do HIV é a adoção, em muitos países, de leis criminais específicas sobre essa matéria.

Essa discussão não é nova e não é exclusiva da aids. Diversas outras doenças já suscitaram esse tipo de posicionamento, que busca coibir certos comportamentos de risco ou obrigar a adoção de comportamentos preventivos por meio de medidas coercitivas, com a incidência de sanções penais. A saúde pública está permeada por conflitos e tensões entre direitos individuais e interesses coletivos. Também, no tocante aos direitos individuais, várias questões emergem em relação às responsabilidades dentro das relações intersubjetivas e aos conflitos envolvidos.

A criminalização da transmissão ou exposição sexual ao vírus HIV e a adoção de lei penal específica para tratar do problema envolvem questões delicadas que se inserem na área da bioética e da saúde pública. De um lado, questionam-se se leis com esse conteúdo não representariam uma afronta aos direitos das pessoas vivendo com o HIV, contribuindo para o aumento da estigmatização e discriminação a que estão sujeitas. De outro lado, também são questionados os impactos que normas dessa natureza poderiam trazer para o âmbito da saúde pública.

Levantamento em alguns sítios da internet demonstra a existência, no mundo, de inúmeros casos de processos judiciais contra pessoas que vivem com HIV por terem transmitido o vírus, ou simplesmente por terem exposto outras pessoas ao risco, ainda que não tenha havido a transmissão. Observa-se grande diversidade de decisões judiciais, que vão desde a aplicação de multas até a pena de prisão perpétua. De um lado, os ativistas pelos direitos das pessoas vivendo com HIV e as organizações sociais e internacionais de luta contra a aids posicionam-se claramente contra esses processos de criminalização, entendendo que essa não é a melhor forma de se combater a epidemia. De outro lado, legisladores têm proposto a adoção de leis penais específicas com a finalidade de criminalizar a transmissão do HIV como estratégia de enfrentamento da epidemia.

O debate em torno da propriedade ou não de lei para criminalizar a transmissão do HIV, além de ser feito com base nas concepções da saúde pública e da prevenção, deve abranger aspectos sócio-antropológicos relacionados à própria sexualidade humana e sua relação com o HIV/Aids. É preciso levar em conta as formas como as pessoas estão gerenciando o “risco” juntamente com seus parceiros, que não se reduzem à mera introdução do uso do preservativo. Como afirma Maksud (2), *[e]sta “negociação” entre desejos e práticas pode resultar em diferentes estratégias e pode ter vários outros significados, como um uso irregular do condom, ou a adoção de outras formas cotidianas de minimizar o risco da transmissão do HIV* (p.362).

Para tanto, é preciso ouvir aqueles mais diretamente afetados pela política de criminalização, que são as pessoas que vivem com HIV e seus parceiros sexuais, sobre como vivenciam essa nova condição que a soropositividade lhes impõe, inclusive a compulsoriedade da exposição de uma esfera de sua vida privada – o exercício de sua sexualidade – para agentes externos, como os profissionais de saúde e, agora, o novo ator que entra em cena – o Poder Judiciário.

Nos mais de trinta anos de epidemia, a discussão em torno da criminalização da transmissão do HIV, bem como outras medidas coercitivas voltadas para os portadores do vírus – como a restrição a viagens, isolamento compulsório etc –, tem sido permeada de grande polêmica, o que demonstra

que o assunto não foi superado e não se conseguiu ainda estabelecer um consenso sobre esse tema. Continua o movimento pela criminalização das pessoas vivendo com HIV, o que é constatado pelos novos casos judiciais e pela adoção de leis criminais específicas sobre o HIV por mais países. Se, no Brasil e no mundo, não são muitos os processos judiciais e os casos condenados pela transmissão sexual do HIV, em relação ao número total de pessoas infectadas, isso não diminui a relevância do tema, especialmente de sua leitura e análise em uma perspectiva bioética.

É de se destacar que este trabalho não pretendeu abordar o tema sob a ótica estrita do direito penal, e, portanto, não se procedeu ao aprofundamento dos seus pressupostos e da doutrina penal, mas apenas a conceituação teórica indispensável de alguns aspectos jurídicos necessários para a compreensão da matéria. O foco do trabalho foi discutir a criminalização dentro dos marcos da saúde pública, nas relações que estabelece com esse campo de conhecimento e de prática, sob o enfoque da bioética, ainda que se tenha discutido algumas particularidades jurídicas mais relevantes e de interesse direto para a discussão bioética.

Do ponto de vista teórico-metodológico este é um estudo qualitativo de base empírica e documental, a qual foi trabalhada por meio da análise do discurso dos sujeitos, na perspectiva de que ele expressa a cultura do grupo ao qual pertencem, com vistas a apreender os significados e as representações sobre a criminalização das pessoas que vivem com HIV e o substrato moral ou ético que orienta as diferentes visões. Para tanto, foram realizados grupos focais e entrevistas, além da identificação de processos judiciais envolvendo a transmissão sexual do HIV. A organização do material discursivo levantado a partir do trabalho empírico foi feita de modo bastante similar aos mapas propostos por Spink (3), de forma a dispor o material segundo as categorias previamente definidas. O presente trabalho foi desenvolvido de acordo com três eixos principais de investigação, cada qual com abordagens metodológicas distintas.

O primeiro eixo de investigação contemplou a análise documental e revisão da literatura, com o objetivo de situar o problema da criminalização da transmissão sexual do HIV dentro do contexto da saúde pública. Além de

descrever o panorama da aids e da criminalização do HIV, foi realizado levantamento das construções teóricas sobre a relação entre lei e norma moral, suas implicações para a saúde pública na perspectiva dos direitos humanos, os seus limites e possibilidades, bem como dos principais questionamentos suscitados dentro de uma abordagem bioética.

Com relação à revisão da literatura sobre criminalização, foi identificada grande quantidade de trabalhos publicados sobre o tema, o que tornou extremamente difícil o levantamento de tudo o que já foi produzido. Assim, é necessário esclarecer que não foi efetuada uma coleta exaustiva de todo o material produzido, especialmente considerando-se que o acesso à literatura mundial não se dá de forma homogênea. Os principais documentos e artigos levantados são de origem dos países de cultura ocidental, principalmente países de língua inglesa.

No plano legal, foram identificadas as normas brasileiras vigentes que tratam do tema, bem como os projetos de lei nacionais cujo objetivo é a criminalização da transmissão do HIV.

O segundo eixo de análise foi conduzido mediante análise jurídica do problema, a partir dos casos judiciais submetidos à apreciação do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça e daqueles identificados em tribunais de justiça estaduais. Foram identificados casos nos Estados de São Paulo, Rio de Janeiro, Minas Gerais, Rio Grande do Sul e Santa Catarina, e no Distrito Federal. Não se pretendeu realizar levantamento exaustivo dos casos, dadas as limitações difíceis de serem transpostas para a identificação de todos os processos existentes e pela própria natureza qualitativa da pesquisa, que dispensa a quantificação de todos os casos.

Foi realizada análise do teor das decisões judiciais, buscando-se identificar no discurso dos ministros ou juízes os argumentos sobre os quais fundamentaram a decisão tomada pelas cortes judiciais.

O terceiro eixo de análise – apreensão da percepção de atores-chave – ocorreu mediante trabalho empírico de cunho qualitativo, quando foram adotados como métodos de coleta de dados entrevistas em profundidade e grupos focais. Essas são técnicas de pesquisa apropriadas para apreender o

campo do universo simbólico e das representações, e para revelar valores, crenças e percepções, não só dos indivíduos, mas dos grupos sociais dos quais provêm. Participaram como sujeitos de pesquisa, nesta investigação, pessoas vivendo com HIV, profissionais de saúde e operadores do direito.

Os três eixos de análise foram desenvolvidos ao longo dos capítulos que compõem este trabalho.

O primeiro capítulo traça o panorama atual da aids. Inicialmente, faz-se uma contextualização da epidemia no Brasil e no mundo, especialmente em relação às políticas de prevenção. Descreve-se brevemente a epidemia de aids desde o seu surgimento, as principais tendências e características, e as principais estratégias adotadas para o controle da epidemia.

Essas informações, além de descreverem o contexto em que a criminalização está ocorrendo, são relevantes para se ter em conta aspectos fundamentais para o entendimento da propriedade da criminalização enquanto mecanismo favorecedor ou não da prevenção e da necessidade de adoção de leis criminais específicas sobre a transmissão do HIV. As particularidades que envolvem a epidemia, em termos do diagnóstico, tratamento e prevenção, têm sido utilizadas como justificativa para a adoção de leis criminais específicas sobre a transmissão do HIV. Assim, é preciso compreender as estratégias atualmente adotadas de prevenção e o seu grau de alcance, para se avaliar os possíveis impactos da criminalização.

O segundo capítulo traz a explicitação do marco teórico adotado como referência para a discussão sobre a criminalização da transmissão do HIV. Tomam-se os direitos humanos como o mínimo universal a ser observado no debate bioético, conforme propõe a vertente teórica Bioética de Intervenção, e que ganharam ênfase com a edição da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, pela Unesco, em 2005. Foram explicitados com mais profundidade o conteúdo dos artigos da Declaração que tratam do estigma e da discriminação, bem como o de vulnerabilidade, uma vez que essas são categorias centrais de análise do trabalho.

No terceiro capítulo, foi feita uma breve conceituação e contextualização histórica da lei penal e da saúde pública, abordando-se os mecanismos

tradicionais adotados de controle das doenças na população e sua relação com as normas legais. Buscou-se mostrar como a perspectiva dos direitos humanos tem impactado as políticas públicas em saúde e em que medida essa perspectiva tem gerado mudanças nas práticas tradicionais da saúde pública.

O quarto capítulo apresenta um panorama da criminalização da transmissão sexual do HIV; os argumentos pró e contra, especialmente no campo da saúde pública; os tipos de lei penal e as condutas incriminadas; a criminalização na perspectiva dos grupos mais vulneráveis, em especial as mulheres, e são discutidos alguns aspectos específicos sobre o uso da lei penal. Também, são apresentados os dispositivos da lei penal brasileira que dão respaldo legal para a criminalização da transmissão sexual do HIV e os projetos de lei que estão atualmente em tramitação no Congresso Nacional com a finalidade de criar tipos penais específicos sobre a criminalização da transmissão do HIV e definir as respectivas penas.

No quinto capítulo, procede-se à análise compreensiva dos dados empíricos qualitativos, quando são descritos os métodos adotados para a pesquisa empírica e para a análise dos dados. Esse capítulo está dividido em três partes: a primeira, com a análise de alguns casos judiciais brasileiros, em que se discutem os principais argumentos utilizados pelos operadores do direito no processo de decisão pelos tribunais. A segunda parte traz a visão das pessoas vivendo com HIV, e a terceira, a perspectiva dos profissionais de saúde.

A análise realizada buscou identificar e compreender as categorias morais com as quais os entrevistados – homens e mulheres, hetero e homossexuais, pessoas vivendo com HIV e profissionais de saúde – orientam as suas práticas e trajetórias pessoais ou profissionais e interpretam e julgam os casos de transmissão sexual do HIV, bem como a sua criminalização. Os contextos sociais, a subjetividade, a intersubjetividade, a relação com a doença são relevantes e foram tomados e analisados para conformar um quadro compreensivo sobre o problema da criminalização da transmissão sexual do HIV.

No sexto capítulo é feita a discussão sobre a criminalização da transmissão sexual do HIV, na perspectiva da bioética, buscando-se discutir,

de forma articulada com os referenciais teóricos adotados, os resultados encontrados na pesquisa empírica.

No último capítulo são feitas considerações finais sobre o tema da criminalização da transmissão sexual do HIV. Espera-se que este trabalho tenha conseguido responder aos dois objetivos gerais propostos pela presente investigação, que são:

1) Investigar, sob a perspectiva da bioética, o fenômeno da criminalização da transmissão sexual do HIV e suas possíveis consequências para as pessoas que vivem com HIV, especialmente em relação ao estigma e aos direitos humanos.

2) Compreender a relação entre criminalização da transmissão sexual do HIV e saúde pública, identificando os possíveis impactos da criminalização nos âmbitos individual e coletivo.

Como objetivos específicos, foram delineados os seguintes:

1. traçar um panorama do problema da criminalização do HIV;
2. identificar casos judiciais relacionados com a criminalização do HIV no Brasil e, a partir deles, apreender a visão dos operadores do direito;
3. apreender a percepção de atores-chave relacionados com o tema de estudo e que sejam participantes diretos da cena nacional no campo da criminalização da transmissão sexual do HIV.
4. identificar e discutir as principais categorias teóricas que compõem a fundamentação epistemológica da bioética e que estejam relacionadas ao tema estudado.

O debate sobre a criminalização da transmissão do HIV e seu papel e implicações para a saúde pública é necessário e a bioética, como disciplina e novo território do conhecimento que busca contribuir para a resolução de conflitos morais no campo da saúde, pode trazer elementos que subsidiem a tomada da melhor decisão, aquela capaz de resultar em maior benefício para a sociedade, sem que sejam violados os direitos humanos.

## **CAPÍTULO 1. O CONTEXTO DA CRIMINALIZAÇÃO: A SITUAÇÃO DA EPIDEMIA DE AIDS NO BRASIL E NO MUNDO**

O surgimento da aids trouxe alterações significativas no campo das construções sociais, culturais, da sexualidade e da saúde, as quais têm sido objeto de investigação nos mais diversos campos da ciência ( 4, 5, 6, 7). A aids, de um lado, deu fôlego a posturas e concepções mais conservadoras no campo da sexualidade, especialmente por fortalecer a reprovação social das formas consideradas “desviantes” da sexualidade, em um momento em que diversas sociedades ocidentais passavam por *uma certa liberalização da moral sexual* (p. 44) (7). De outro lado, justamente em reação à onda crescente de estigmatização e discriminação de determinados grupos, como os homens gays, e em enfrentamento à própria doença, houve maior organização desses grupos, cujo ativismo foi fundamental para as conquistas e os avanços observados na resposta à aids nestas quatro décadas de epidemia.

### **1.1. Situação epidemiológica**

O Programa Conjunto das Nações Unidas sobre HIV/AIDS (UNAIDS) abre o seu último relatório global (8), publicado em 2012, com uma afirmação incrivelmente otimista: de que a comunidade global embarcou em uma jornada histórica para estabelecer as bases para o eventual fim da epidemia de aids. Pela primeira vez, a erradicação da aids no mundo é colocada no horizonte. Segundo o Unaid, essa não é uma afirmação ufanista ou visionária, mas é uma afirmação completamente plausível, em face dos enormes avanços conquistados em relação à morbi-mortalidade de crianças e adultos, que tem experimentado enorme declínio nos últimos anos. Para o Unaid, *a new era of hope has emerged in countries and communities across the world that had previously been devastated by AIDS* (p. 2) (8).

No entanto, o Unaid reconhece que esse mundo sem aids só será possível com a renovação sustentada dos compromissos e o exercício da solidariedade, bem como mediante a utilização mais eficiente dos limitados recursos disponíveis.

Segundo o relatório, até o final de 2011, havia cerca de 34 milhões de pessoas vivendo com HIV em todo o mundo, estimando-se que 0,8% dos adultos entre 15 e 49 anos eram soropositivos para o HIV. Há importantes diferenças entre países e regiões. A África Subsaariana continua a ser a região mais afetada pela epidemia, concentrando quase 70% dos casos de pessoas vivendo com HIV do mundo. Aproximadamente um em cada vinte adultos dessa região vive com HIV (4,9%).

O número anual de novas infecções caiu: ocorreram, em média, 2,5 milhões de novas infecções, número que é 20% menor do que o ocorrido em 2001. Os maiores declínios foram observados na região do Caribe (- 42%) e na África Subsaariana (- 25%).

No entanto, algumas regiões do mundo continuam apresentando aumento no número de novas infecções, como no Oriente Médio e no Norte da África, que, desde 2001, tiveram aumento de 35%. Também há evidências de que a incidência do HIV tem aumentado desde os últimos anos da década passada, na Europa Oriental e na Ásia Central, após um período de relativa estabilidade (8).

Há evidências de que o aumento do acesso ao tratamento teve impacto importante na redução da mortalidade, que passou de 2,3 milhões de óbitos, em 2005, para 1,7 milhões de óbitos, em 2011, o que representa um declínio de 26% dos óbitos relacionados à aids.

O impacto do tratamento é também observado na redução das taxas de transmissão vertical do HIV. Em 2011, 330.000 crianças adquiriram HIV de suas mães, o que representou um declínio de 43% em relação ao ano de 2003 e uma redução de 24% em relação a 2009. Mais de 90% das crianças que adquiriram HIV em 2011 vivem na África Subsaariana. A redução observada no número de recém-nascidos com HIV é resultado dos progressos obtidos na diminuição do número de novas infecções em adultos e da profilaxia antirretroviral durante a gestação, bem como da alimentação infantil em substituição ao aleitamento materno. De 2009 para 2011, essas estratégias de prevenção conseguiram evitar que 409.000 crianças de países de baixa e média renda fossem infectadas pelo HIV. (8)

O relatório do UnaidS aponta a pouca implementação de políticas voltadas para a garantia de direitos das populações mais marginalizadas ou mais sujeitas à violência, como as mulheres e as pessoas transgênero, como um dos fatores que minam os esforços da prevenção e do combate à aids.

### **1.1.1. Situação epidemiológica no Brasil**

No Brasil, houve claramente uma mudança no perfil da epidemia, não só em relação à distribuição da doença na população, mas também em relação ao prognóstico, às taxas de mortalidade, à qualidade de vida das pessoas que vivem com HIV/aids e, também, de forma significativa e importante, em relação ao estigma e à discriminação relativos a essas pessoas. Tais mudanças são decorrentes de um conjunto de medidas de cunho assistencial, científico-tecnológico e, especialmente, de uma forte organização e mobilização sociais dos grupos que foram mais afetados pela epidemia e que sofreram as consequências sociais, morais e econômicas da doença.

Dennis Altman (4), ao contextualizar o surgimento da aids em um período caracterizado por crise econômica mundial e pela racionalização econômica, sublinha a importância de alguns movimentos sociais que impactaram as reações à nova doença emergente:

Se a epidemia se desenvolveu em um mundo de ajustes estruturais e privatizações, ela também se desenvolveu em um mundo no qual o feminismo e a afirmação da homossexualidade significaram a existência, pelo menos em alguns países, de organizações e comunidades capazes de reagir à nova crise. (p.35) (4)

Essa tendência do ativismo social assegurará, ao longo dos anos, uma expressiva mobilização e se converterá em um dos principais pilares da resposta brasileira à aids.

Por outro lado, os novos segmentos populacionais atingidos – mulheres e pobres – evidenciam que as transformações ocorridas não são decorrentes simplesmente dos avanços biotecnológicos – como o uso combinado de novos medicamentos antirretrovirais, que impactaram a mortalidade por aids – ou de mudanças comportamentais, mas são determinadas também, e

fundamentalmente, pelas desigualdades sociais e de gênero prevalentes na sociedade.

Estigma e preconceito são claramente duas questões estreitamente associadas à aids, não sendo possível dissociar ações no campo dos direitos humanos daquelas que visam ao enfrentamento da epidemia. A característica inicial da epidemia foi a de estar concentrada em grupos específicos marcados por uma distinção social negativa – que é a própria noção de estigma –, com frequentes violações de direitos e discriminação contra pessoas pertencentes a esses grupos, o que contribuiu para o aumento de sua vulnerabilidade à aids.

No Brasil, a aids esteve, inicialmente, restrita ao grupo de homens adultos, homossexuais e de classe média ou alta. *[A] AIDS trouxe como “marca de nascença” a vinculação a formas específicas de atividade sexual, o que pode ser mais evidenciado por uma das primeiras denominações propostas: **Gay-Related Immune Deficiency** (7) (p.47).* Outros grupos fortemente atingidos pela doença, logo após o seu surgimento, foram os hemofílicos e usuários de drogas injetáveis.

A associação da aids com comportamentos não aceitos socialmente, especialmente os relacionados com determinados tipos de sexualidade considerados desviantes e a prática do uso de drogas, provocou uma segmentação dos infectados pelo HIV: de um lado, *as vítimas culpadas, responsáveis e merecedoras da doença e de todo o sofrimento que a acompanha*, e, de outro lado, *as vítimas inocentes, que não pertencem a esses grupos e que não podem ser responsabilizadas por terem adquirido a doença, como os hemofílicos e outras pessoas infectadas por transfusão sanguínea*, e os recém-nascidos (p. 44) (7).

Essa característica inicial da doença levou à adoção do modelo de prevenção baseado no conceito de “grupos de risco”. Isso contribuiu para o aumento do estigma e da discriminação de pessoas associadas a esses grupos e gerou uma falsa ideia de que aqueles que não pertenciam a tais grupos estavam seguros, fazendo com que negligenciassem práticas ou comportamentos seguros.

Com o passar do tempo e conforme a doença se expande, outros grupos passam a ser atingidos, como as mulheres e as populações empobrecidas. Essa mudança no perfil da epidemia exigiu um novo arcabouço conceitual que pudesse responder a essa nova realidade. A introdução do conceito de vulnerabilidade promoveu o deslocamento do foco da noção do risco individual para uma compreensão mais ampla da determinação da doença. Sem desconhecer os fatores individuais – biológicos e comportamentais –, o conceito de vulnerabilidade abarcou outras dimensões para o entendimento da doença, considerando que as desigualdades sociais, a injustiça, o preconceito, a discriminação, a opressão e a violência contribuem decisivamente para a disseminação da doença nas diferentes populações.

Com relação à magnitude da epidemia e à sua distribuição, de acordo com o Departamento de DST, Aids e Hepatites Virais do Ministério da Saúde (9), o País vive uma situação de estabilização<sup>1</sup> e concentração da epidemia em alguns grupos mais vulneráveis. As taxas de incidência foram crescentes até o início da década de 2000 e estão estabilizadas desde então, embora em patamares elevados. Até junho de 2011, foram notificados 608.230 casos de aids, sendo notificados, em 2010, 34.218 novos casos de aids no País, o que corresponde a uma taxa de incidência de 17,9 casos para cada 100 mil habitantes.

Estima-se que a prevalência de infecção pelo HIV na população geral permaneça estável desde 2004, no patamar de 0,6% (0,8% entre os homens e 0,4% entre as mulheres)<sup>2</sup> (9). Em relação aos grupos mais vulneráveis, estudos especiais realizados entre 2008 e 2009 permitiram estimar taxas de prevalência de HIV de 10,5% entre homens que fazem sexo com homens (10); de 5,9% entre os usuários de drogas ilícitas (11); e de 4,9% entre mulheres profissionais do sexo (12).

A estabilização observada esconde disparidades regionais importantes, uma vez que apenas a Região Sudeste apresenta ritmo intenso de queda nas

---

<sup>1</sup> Segundo dados apresentados pelo Secretário de Vigilância em Saúde, Jarbas Barbosa, durante coletiva de imprensa, há 530 mil pessoas vivendo com HIV hoje no Brasil, o que dá uma estimativa média de 0,42% da população geral (0,52% de homens infectados e 0,31% de mulheres). Esse dado indica uma queda na prevalência do HIV que, até o ano passado, era estimado em 0,6% para a população geral. In: <http://www.agenciaaids.com.br/noticias/interna.php?id=19940> Acesso em 06/01/2013.

<sup>2</sup> Ver nota 1.

taxas de incidência, enquanto nas Regiões Sul e Centro-Oeste ocorre estabilização da incidência, e nas Regiões Norte e Nordeste há tendência acentuada de crescimento (9).

Observam-se tendências no sentido da heterossexualização, feminização, pauperização e interiorização da epidemia. A aids deixa de ser problema apenas para alguns poucos grupos, passando a atingir indiscriminadamente a população, apesar de, no Brasil, ela ser considerada como uma epidemia concentrada<sup>3</sup>, na medida em que apresenta prevalências superiores a 5% em grupos populacionais vulneráveis e prevalências mais baixas na população em geral.

As variações regionais e espaciais apontam para uma mudança do padrão observado na década de 80, quando a epidemia era eminentemente urbana, concentrada nas regiões metropolitanas e cidades litorâneas (13,14, 15). A epidemia, que estava restrita aos grandes centros urbanos das Regiões Sudeste e Sul, logo nos primeiros anos de surgimento no País, hoje é registrada em mais de 85% dos municípios brasileiros, estando presente em todas as regiões (14,15). Essa expansão ocorre principalmente pelo acometimento de mais mulheres e de populações em estado de pobreza, o que caracteriza o fenômeno da pauperização da epidemia, quando grupos de menor renda e de menor escolaridade passam a ficar mais expostos à aids. Isso configura uma maior complexidade no combate à aids, pois além de estarem mais expostas, essas populações têm menor capacidade social de responder à nova realidade imposta pela doença.

Desde 1993, a principal categoria de exposição ao vírus HIV é a sexual e o número de casos vem crescendo entre os heterossexuais, tendência decorrente principalmente do aumento do número de casos entre as mulheres. Também, o trabalho de prevenção voltado para os grupos homossexuais e de usuários de drogas injetáveis (UDI), realizado desde o início da epidemia, pode ter contribuído para a redução da incidência da doença nesses grupos, pela adoção de comportamentos sexuais mais seguros e pela política de redução de

---

<sup>3</sup> O UNAIDS classifica a epidemia em três grandes grupos: 1) epidemias generalizadas: são aquelas em que as taxas de prevalências encontram-se acima de dois dígitos e as taxas de transmissão vertical são maiores do que 1%; 2) epidemias concentradas: são aquelas que apresentam taxas de prevalências de transmissão vertical inferiores a 1% e prevalências superiores a 5% em grupos populacionais específicos de maior risco; e 3) as epidemias de baixas prevalências.

danos implementada entre os UDI. No entanto, fato preocupante é a tendência observada de crescimento do número de casos entre jovens gays. A proporção de casos de aids entre homens jovens com idades de 13 a 24 anos cresceu de 35%, em 2000, para 43%, em 2007 (9). A prevalência de HIV entre jovens conscritos do Exército passou de 0,09%, em 2002, para 0,12%, em 2007 (16).

Atualmente observa-se forte tendência de feminização da doença. No início da epidemia, a razão masculino/feminino era de 23,5. Hoje, essa relação baixou para 1,7 e, em alguns municípios, ela é de 1 para 1, isto é, para cada caso de aids em homens há, igualmente, um caso entre as mulheres (9).

A maior vulnerabilidade das mulheres desnuda as desigualdades de gênero existentes, gênero aqui entendido como um construto social historicamente determinado e que se constitui como um pilar que funda e regula as relações sociais. De acordo com Saffioti & Almeida (17), o gênero corporifica a sexualidade, a qual é exercida como uma forma de poder. As relações de gênero são, pois, atravessadas por poder e a sexualidade constitui o ponto de apoio da desigualdade de gênero. Esse poder cria assimetrias entre homens e mulheres, que, no plano da sexualidade, anulam ou diminuem a capacidade decisória das mulheres, observável em relação à decisão quanto às práticas sexuais adotadas e ao repertório de métodos contraceptivos e de prevenção utilizados, que, em geral, são decididos pelos homens.

A tendência de estabilização da epidemia no Brasil é mais evidente em relação às taxas de mortalidade. A partir de 1996, observa-se uma queda expressiva nos coeficientes de mortalidade, que coincide justamente com a introdução, na assistência aos pacientes com aids, de uma inovação representada pelo chamado “coquetel anti-aids”, que consistiu no uso combinado de novas drogas antirretrovirais (ARV). Também, coincide com o ano em que foi aprovada a Lei nº 9.313, cujo objetivo é garantir aos pacientes de aids o acesso universal aos medicamentos. A combinação dessas duas políticas assistenciais – a universalização do acesso aos medicamentos e o tratamento baseado na combinação de drogas ARV – foi decisiva para mudar o curso clínico da doença e propiciar maior sobrevida aos pacientes. No entanto, desde 1998, observa-se a estabilização da mortalidade, que, em 2010, foi de 6,3 óbitos em cada 100.000 habitantes (9).

O coeficiente de mortalidade entre os homens é 8,4/100.000 habitantes e de 4,2 em mulheres (9). No entanto, o ritmo de queda da mortalidade foi maior entre os homens que o verificado entre as mulheres. Os dados, tanto de incidência quanto de mortalidade, evidenciam as iniquidades de gênero existentes e a maior vulnerabilidade das mulheres ao HIV/aids, constatada em todas as regiões brasileiras.

Esse quadro, caracterizado ainda por número expressivo de casos novos anuais de aids, ainda que esteja estabilizado em nível global e no Brasil, evidencia a insuficiência das ações de prevenção desenvolvidas no sentido de conter a epidemia. Frente ao grande número de casos de aids que surgem em todo o mundo, coloca-se com propriedade a seguinte pergunta: *O que é possível fazer ante a constatação de que, apesar de todas as diversas campanhas de informação preventiva adotadas no mundo inteiro, as pessoas não se mostram suficientemente suscetíveis para controlar seus comportamentos “de risco”?* (p. 25) (18).

## **1.2. Estratégias de prevenção**

Com relação à prevenção, hoje é praticamente unânime entre especialistas e gestores de saúde que uma estratégia de prevenção para ser eficaz deve estar ancorada em uma combinação de intervenções. Da mesma forma que, no campo da assistência, só foram obtidos avanços significativos ao se abandonar a monoterapia e instituir a multiterapia antirretroviral, o que impactou tremendamente a expectativa e a qualidade de vida dos pacientes, hoje, preconiza-se o emprego de estratégias combinadas de prevenção como a única forma efetiva de se combater a epidemia (19,20,21,22).

Nos últimos anos, enorme esforço tem sido feito no sentido de viabilizar novos insumos ou tecnologias de prevenção, com base em evidências científicas. Essas novas abordagens no campo biomédico encontram-se em diferentes estágios de desenvolvimento em relação às pesquisas – experimentais e clínicas – e em termos das evidências de sua eficácia e da avaliação de sua aplicabilidade. Elas incluem: preservativos masculinos e femininos, circuncisão masculina, equipamentos esterilizados para uso de drogas, uso de terapia ARV para prevenir infecção em pessoas expostas ao

HIV – profilaxia pós-exposição (PEP) –, tratamento de DST. Abordagens biomédicas ainda sob investigação incluem vacinas, microbidas com ARV e profilaxia pré-exposição (PrEP), que consiste no uso de ARV antes da exposição para prevenir a infecção pelo HIV (23).

Por terem relação direta com o tema da criminalização, serão mais bem detalhadas algumas estratégias de prevenção, como o uso de preservativo e de antirretrovirais (TARV), além da testagem e da revelação do diagnóstico.

### **1.3. Uso do preservativo**

A aids provoca o descortinamento da intimidade, o “esquadrinhamento médico” dos comportamentos mais íntimos dos indivíduos, dos casais. A sexualidade – atividade humana eminentemente da esfera privada – passa a ser o objeto central das práticas de saúde relacionadas à aids e, novamente, os dispositivos de controle da medicina entram em funcionamento, agora, mais intensamente, sobre os comportamentos sexuais. Passa-se à prescrição de comportamentos sexuais chamados “seguros”, identificados como o exercício da sexualidade responsável, desconhecendo-se aquilo que move a sexualidade – o desejo e o prazer.

Na ausência de uma vacina, o uso do preservativo constitui o principal método de prevenção da transmissão sexual do HIV. As estratégias de prevenção e controle da epidemia de aids têm como focos essenciais a ampliação da disponibilidade, do acesso e da aceitabilidade do preservativo.

Os comportamentos de risco entre pessoas vivendo com HIV constituem importante problema de saúde pública, uma vez que expõem outras pessoas ao risco de infecção e contribuem para a expansão da epidemia, especialmente quando se considera o aumento da expectativa de vida dessas pessoas. Também, para a própria pessoa HIV positivo há o risco de reinfecção, com a possibilidade de ocorrência de resistência viral aos medicamentos, além do risco de infecção por outras doenças sexualmente transmissíveis. Assim, estudos sobre uso do preservativo nessa população são fundamentais para orientar as ações de prevenção.

Nos Estados Unidos, estudo realizado com pessoas que vivem com HIV que estavam recebendo tratamento médico mostrou que 32% dos homens que informaram ter tido relações anais ou vaginais no ano anterior o fizeram sem proteção, enquanto entre as mulheres essa proporção foi da ordem de 42% (24). No entanto, alguns estudos mostram que na maior parte desses casos o parceiro também era soropositivo, e, entre aqueles que mantiveram relações sexuais desprotegidas com parceiros cuja sorologia era negativa ou desconhecida, a maioria havia revelado previamente o seu diagnóstico (25, 26).

Esses dados demonstram que o gerenciamento do risco pelos casais sorodiscordantes, isto é, quando apenas um dos parceiros tem sorologia positiva para o HIV, não segue necessariamente o conhecimento científico nem as prescrições baseadas em um conhecimento racional sobre as técnicas de prevenção.

As práticas sexuais e os tipos de parceria sexual variam de acordo com fatores que não acompanham a lógica do discurso prescritivo assentado no conhecimento técnico-científico e que orienta as mensagens de prevenção (2, 27). O vínculo estabelecido entre os parceiros, a afetividade e a confiança promovem o afrouxamento ou a suspensão do chamado sexo seguro (27), inclusive em situação aberta de conjugalidade sorodiscordante (2).

Estudo de revisão sistemática da literatura que abordou a eficácia da estratégia de prevenção centrada na distribuição de preservativos sobre os comportamentos de risco para HIV identificou, no período de 1988 a 2007, vinte e um estudos significativos sobre o tema (28). Os estudos selecionados foram conduzidos em diferentes países e tiveram como população-alvo: trabalhadores do sexo e seus clientes e/ou gerentes de casas de prostituição, jovens e adultos jovens, usuários de serviços de saúde, pessoas de áreas de alta incidência de doenças sexualmente transmissíveis e adultos da população geral. A meta-análise realizada demonstrou que as intervenções estruturais voltadas para a distribuição de preservativos são eficazes na redução de vários comportamentos de risco para o HIV, tendo promovido aumento do uso, da aquisição e do porte de preservativos; retardamento da iniciação sexual de jovens; e diminuição da incidência de doenças sexualmente transmissíveis.

No Brasil, a última Pesquisa de conhecimento, atitudes e práticas na população brasileira (PCAP), realizada em 2008, mostrou que 25,5% da população sexualmente ativa com idade entre 15 e 64 anos informaram ter usado preservativo em todas as relações sexuais nos últimos 12 meses. Em relação ao tipo de parceria sexual, o percentual de uso do preservativo em todas as relações sexuais com parceiro fixo foi de 19,4%, enquanto para os parceiros casuais esse percentual foi de 45,7% (29).

O uso do preservativo foi sempre maior para os homens, em qualquer situação ou parceiro sexual pesquisado. A maior diferença de uso entre homens e mulheres foi para os parceiros casuais: 51% dos homens referiram uso do preservativo em todas as relações sexuais, enquanto apenas 34,6% das mulheres o fizeram (29).

#### **1.4. Tratamento com antirretrovirais (TARV)**

O tratamento dos doentes de aids, com a conseqüente redução da carga viral, é fator crucial para a redução da transmissibilidade do vírus, o que confere à terapia um caráter preventivo. A carga viral plasmática é o principal preditor da transmissibilidade do vírus, tanto nas relações sexuais quanto na transmissão vertical (30,31). O advento de uma combinação de drogas antirretrovirais para o tratamento da aids, conhecida como terapia antirretroviral de alta potência (*highly active antirretroviral therapy* – HAART), proporcionou substanciais melhorias em termos da expectativa de vida e da qualidade de vida dos doentes de aids (32,33,34). A HAART também impactou significativamente a prevenção, promovendo a redução da carga viral e diminuindo consideravelmente a transmissibilidade do vírus, chegando mesmo a anulá-la (35,36,37). Os resultados de recente pesquisa realizada mundialmente com casais sorodiscordantes – o estudo chamado “HTPN 052” (38) – corroboram esse fato, ao demonstrar baixas taxas de transmissão do HIV.

Há evidências científicas de que uma pessoa soropositiva para HIV pode não transmitir o vírus quando reúna as seguintes condições: esteja fazendo uso efetivo de terapia antirretroviral; apresente carga viral indetectável por um período mínimo de seis meses; tenha adesão plena ao tratamento e sob

supervisão médica; e não apresente outra doença sexualmente transmissível (39). Essa constatação tem implicações para a lei criminal, uma vez que demonstra que, sob certas circunstâncias, uma pessoa portadora do HIV pode não transmitir o vírus pela via sexual, não configurando risco para outras pessoas.

Estudo de coorte realizado com casais sorodiscordantes (40) revelou que a taxa de transmissão do HIV a partir de um paciente em uso de HAART foi de 0,37/100 pessoas-ano, enquanto para pessoas infectadas que não estavam fazendo uso de medicação antirretroviral essa taxa foi de 2,24. Assim, o uso de terapia antirretroviral implicou uma redução de 92% da transmissão do HIV.

O sucesso obtido com a HAART, inclusive no que tange à prevenção, promoveu mudanças em termos das políticas públicas até então predominantes, que se centravam no objetivo de evitar novas infecções, deixando em segundo plano o tratamento. A partir desse novo cenário, políticas de acesso universal ao tratamento, como a adotada pelo Brasil, ganharam força. A terapia ARV passa a ser considerada como insumo de prevenção, o que muda os conceitos que estabelecem fronteiras rígidas entre o campo da assistência e o da prevenção.

No entanto, os custos crescentes das novas drogas ARV colocam em risco a sustentabilidade dos programas de acesso universal aos medicamentos. Apesar disso, a ampliação do tratamento para abranger todas as pessoas infectadas pelo HIV, independentemente da carga viral, está sendo proposta por alguns pesquisadores como forma de combater a epidemia. É o que se tem denominado de “Teste e Trate” (41,42,43). Essa proposta assenta-se no fato de que o tratamento com ARV reduz ou elimina a transmissão do HIV, evitando a ocorrência de novas infecções. Especialmente nas populações com riscos acrescidos, propõe-se o início imediato de terapia antirretroviral, não em razão de possíveis benefícios individuais, mas pelo impacto em termos coletivos. Neste caso, o objetivo primordial do tratamento é a prevenção, pois a proposta é estender a terapêutica para pessoas que não estão clinicamente doentes de aids, isto é, para pessoas que estão apenas infectadas e que, pelos critérios clínicos atuais, não necessitariam de tratamento medicamentoso.

A partir de modelos matemáticos, estudiosos concluíram que o tratamento universal de todas as pessoas infectadas pelo HIV poderá interromper a transmissibilidade do vírus e evitar novas infecções, o que levaria a zerar a transmissão e, portanto, poderia representar a eliminação mundial da doença (44). No entanto, existem, aqui, questões bioéticas de diversas naturezas a serem discutidas.

A possibilidade de acesso universal e o custo envolvido para sustentar essa estratégia são fortemente questionados, dado que hoje não se consegue garantir o tratamento de todas as pessoas que clinicamente necessitam dele (45). Além disso, essa estratégia baseia-se em diagnóstico e tratamento precoces (43). Seu sucesso depende de uma organização de serviços de saúde que garanta o acesso à testagem sorológica periódica para todas as pessoas, além da efetiva adesão ao tratamento, o que não se tem conseguido mesmo em níveis bem abaixo dos requeridos por essa proposta.

Há que se discutir, ainda, a pertinência de se instituir o tratamento de pessoas que não apresentam condição clínica que justifique o uso de medicação. O tratamento neste caso visaria tão somente à interrupção da transmissão da doença, ou seja, teria por finalidade um benefício para a saúde pública e não um benefício direto para o paciente. Ao contrário, a instituição do tratamento de forma tão precoce pode trazer consequências negativas para o indivíduo, como o surgimento de eventos adversos, além da possibilidade de resistência aos medicamentos, o que diminuiria as possibilidades terapêuticas disponíveis.

É preciso considerar, contudo, que esse tipo de abordagem – tratamento universal com finalidade preventiva e de controle das enfermidades – é largamente utilizado como estratégia de saúde pública, com o objetivo da diminuição, e até mesmo eliminação, da transmissibilidade de certas doenças. A perspectiva de eliminação da aids no mundo não seria, por si só, suficiente para justificar a sua adoção? Esta é uma questão recorrente no campo da bioética: como conciliar o interesse coletivo com os interesses individuais, quando há conflito entre eles.

## 1.5. Testagem sorológica e conhecimento do diagnóstico

Os programas de controle da aids, tradicionalmente, têm tido como estratégia principal de prevenção o estímulo à adoção de comportamentos mais seguros, entre os quais, o uso do preservativo ocupa lugar de destaque. Por meio da abordagem comportamental, prioritariamente direcionada para as pessoas que ainda não se infectaram, busca-se evitar o surgimento de novas infecções. No entanto, cada vez mais a ideia de indivisibilidade das ações de prevenção e tratamento – chamadas, respectivamente, de prevenção primária e prevenção secundária – ganha ênfase nas políticas de controle da epidemia. A partir dessa ótica, os programas de prevenção têm adotado, como um de seus componentes, a detecção de novos casos de infecção pelo HIV, por meio do incentivo à testagem sorológica, para reduzir o risco de transmissão.

Dois fatos fundamentais em relação ao diagnóstico sorológico do HIV que estão bem estabelecidos entre os pesquisadores e profissionais de saúde devem ser explicitados: 1) a maioria das pessoas que conhecem sua soropositividade para o HIV reduz substancialmente os comportamentos de risco; e 2) a maioria das pessoas que transmitem o HIV não sabe que está infectada (há estimativas de que dois terços das novas infecções ocorrem a partir de parceiros sexuais que não conhecem a sua soropositividade) (46). Há estimativas de que pelo menos um terço das pessoas que têm HIV (não aids) não sabe que estão infectadas (47). Em uma amostra de jovens que apresentavam comportamentos sexuais de risco, 77% daqueles cujo teste foi positivo para HIV não sabiam que estavam infectados (48).

Esses fatos reforçam a importância da ampliação da testagem sorológica, que constitui, hoje, uma das principais estratégias do programa brasileiro de controle da epidemia. A adoção dessa estratégia assume como premissa que o risco de transmissão do HIV é menor quando as pessoas sabem estar infectadas, entendem o significado do resultado e estão bem informadas sobre os meios de proteção. Estudo de meta-análise mostrou que a prevalência de comportamentos de risco é significativamente menor entre pessoas que conhecem sua soropositividade que entre aquelas que não conhecem seu *status* sorológico (49).

O conhecimento da soropositividade para o HIV apresenta benefícios tanto do ponto de vista individual quanto da saúde pública. Quanto mais cedo se proceder ao diagnóstico, mais cedo se instituirá o acompanhamento médico e psicológico do paciente, com a instituição da terapêutica apropriada tão logo se fizer necessário, o que constitui um benefício para o indivíduo.

Apesar de ser estratégica, a testagem voluntária ainda é pouco difundida no País, o que é evidenciado pelos dados relativos ao número de pessoas que já realizaram o teste para HIV. Segundo a Pesquisa sobre Comportamento Sexual e Percepções da População Brasileira sobre HIV/Aids, do Ministério da Saúde (29), realizada em 2008, pouco mais de um terço da população brasileira sexualmente ativa (36,5%) havia realizado exame de testagem sorológica para HIV alguma vez na vida. Maior proporção de mulheres (45,6%) que de homens (27,2%) referiu ter realizado o teste para HIV na vida, o que se verificou também em todas as faixas etárias. (29)

Uma vez conhecido o diagnóstico, o desafio é fazer com que o portador do HIV revele o *status* sorológico para o parceiro e mantenha, ao longo do tempo e de forma consistente, comportamentos seguros, além da adesão ao tratamento. Para isso é fundamental o aconselhamento e o acolhimento nos serviços de saúde.

A revelação do diagnóstico para os parceiros sexuais e o uso do preservativo são duas questões-chave quando se trata da criminalização da transmissão do HIV, pois é justamente a não revelação do diagnóstico e o não uso do preservativo que levam as pessoas vivendo com HIV a responderem criminalmente pela transmissão do vírus.

#### **1.6. Revelação do diagnóstico**

As dificuldades relativas à revelação do diagnóstico para os parceiros sexuais, e até em outros âmbitos sociais – como família, trabalho e escola –, são reportados na literatura especializada e é um dos temas de grande angústia vivenciados tanto pelos pacientes quanto pelos profissionais de saúde que os assistem, pelos conflitos envolvidos (50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60).

As taxas de revelação do diagnóstico são bastante variáveis, conforme evidenciam estudos que quantificaram essa prática, e demonstram que percentuais mais ou menos elevados de pessoas não tomam conhecimento do diagnóstico de seu parceiro. Os estudos por nós identificados mostraram prevalências de não revelação que variaram de um terço a quase metade das pessoas que vivem com HIV (54,57,58,59,60,61,62,63).

Na literatura há uma percepção e construção teórica positivas quanto à eficácia e às expectativas relacionadas à revelação do diagnóstico. A maioria dos estudos, de fato, parece apontar resultados favoráveis com a revelação, seja para o próprio paciente seja para os seus parceiros sexuais. Estudos mostram que a revelação do diagnóstico tem influência positiva sobre variáveis clínicas e imunológicas, bem como sobre a adesão ao tratamento (64,65,66,67). Outros resultados positivos relacionados com a revelação incluem a redução de comportamentos de risco, a testagem do parceiro, aumento do autocuidado, diminuição da ansiedade, maior acesso aos serviços de referência para prevenção e tratamento de aids, melhora da comunicação com o parceiro sexual e maior confiança no futuro (54,56,61) A revelação do diagnóstico para o parceiro ou a família garante o suporte social que é fundamental para a qualidade de vida da pessoa que vive com HIV e ajuda a sua readaptação e estruturação em um novo ponto de equilíbrio (55).

No entanto, pesquisas sobre a associação entre revelação do diagnóstico e prática de sexo seguro, isto é, com o uso consistente de preservativo, não são completamente incontroversas, uma vez que há resultados divergentes quanto a esse ponto. Estudo realizado com 499 pessoas soropositivas para HIV, de ambos os sexos, evidenciou que a maioria das pessoas (81,1%) que não revelaram o seu diagnóstico mantiveram relações sexuais apenas com o uso do preservativo (68). Da mesma forma, estudo com mulheres soropositivas mostrou que aquelas que revelaram o *status* sorológico aos parceiros tinham menor propensão a usar preservativo e aquelas que tiveram relações sexuais com parceiro casual ou anônimo tinham maior propensão a usar (57). Estudo conduzido na Austrália com homens que fazem sexo com homens mostrou que a prática de sexo anal desprotegido foi mais frequente entre os homens que revelaram o seu diagnóstico para o

parceiro e que o sexo seguro, nessa população, está mais associado à não revelação (58), resultado oposto ao encontrado por Kalichman e Nachimson (59). Outros estudos não conseguiram mostrar associação consistente entre auto-revelação do diagnóstico e uso do preservativo (60).

Com base nas inconsistências observadas em relação aos resultados sobre revelação do diagnóstico e uso do preservativo, alguns autores sugerem a realização de novos estudos sobre esse tema e recomendam maior precaução em se adotar o estímulo à revelação do diagnóstico aos parceiros sexuais como uma estratégia de prevenção (58,60).

Estudos apontam como principais razões para não revelar a soropositividade a própria dificuldade de aceitar o diagnóstico, o medo da reação das pessoas, o medo do preconceito e, principalmente, o medo do abandono (50,51,52,53,54,55,56,57,58,59,60). Entre as mulheres, em determinados contextos sociais, também aparece como motivo relevante para a não revelação o medo de ser alvo de violência, como agressão física (63). A condição clínica sintomática é um fator associado a maior frequência de revelação e para maior número de pessoas. Nessa situação, fica mais difícil a manutenção do segredo quanto ao diagnóstico (69,70). Para homens gays cuja homossexualidade não é conhecida pela família, a revelação do diagnóstico encerra uma dificuldade adicional, já que ela pode sinalizar a revelação da própria orientação sexual (71).

## **CAPÍTULO 2. REFERENCIAIS BIOÉTICOS PARA ABORDAGEM DA CRIMINALIZAÇÃO DA TRANSMISSÃO SEXUAL DO HIV**

A bioética é um campo relativamente novo de conhecimento que comporta diferentes concepções teóricas, as quais guardam estreita relação com o estatuto epistemológico que se pretenda para a disciplina. No âmbito deste trabalho, abraçamos a concepção da bioética enquanto um campo de conhecimento constituído pela convergência de diversos saberes, de forma multi, inter e transdisciplinar, conforme proposto por Garrafa (72), para dar respostas concretas aos conflitos éticos e morais nos assuntos relativos à saúde e à vida em geral. É, pois, como ética aplicada que concebemos a bioética, que alia sempre a atividade reflexiva a propostas de intervenção concreta para modificar a realidade.

Quanto à natureza do objeto da bioética, ele foi, inicialmente, delimitado por Potter como um vasto campo de aplicação que abrangia não apenas a sobrevivência da espécie humana, mas a do próprio planeta (73). Potter, quando utilizou o termo *bioética*, em 1970, o fez para assinalar a necessidade de uma nova ciência – uma *ciência da sobrevivência* –, fundada em uma aliança entre o conhecimento biológico e os valores éticos. Nessa concepção, estava explícito o propósito de que a nova disciplina incorporasse valores éticos à discussão sobre os avanços científicos e tecnológicos e suas consequências para a sobrevivência da sociedade e da natureza em escala global.

No curso de seu desenvolvimento inicial, em função mesmo dos abusos cometidos na utilização de pessoas em pesquisas científicas, especialmente daqueles perpetrados sob o domínio nazista, a bioética esteve quase que exclusivamente centrada em questões individuais médicas e biomédicas, como as relacionadas com a proteção dos sujeitos de pesquisa.

O reducionismo do campo de preocupação da bioética às questões de experimentação científica foi alvo de questionamentos posteriores que, particularmente na América Latina, deram ensejo a novas formulações teóricas que buscavam resgatar o sentido ampliado da disciplina conferido por Potter e introduzir novas questões que afetam diretamente a saúde e a qualidade de

vida das populações. Assim, a bioética latino-americana busca, de forma crítica, ampliar os horizontes de sua atuação, incorporando ao rol de suas preocupações questões sociais prementes que caracterizam a realidade das populações que vivem na região. A perspectiva ampliada que os teóricos e pesquisadores locais procuram imprimir à bioética pode ser sintetizada pelas seguintes palavras de Saada:

Hay que subrayar que por primera vez en la historia de la bioética se enuncia un marco comprensivo universal de los principios que deben regir este campo, con una definición amplia de la bioética que incluye la justicia, la responsabilidad social em términos de salud y bienestar colectivo, la preservación del medio ambiente y de la diversidad cultural, además de la lucha contra la pobreza y la exclusión social en todas sus formas. (p. xxi) (74)

No Brasil, especialmente as vertentes teóricas da Bioética de Intervenção e da Bioética de Proteção surgem para se contrapor ao discurso restritivo da bioética biomédica e buscar intervir concretamente na realidade em prol da justiça social, a partir de propostas e ações politizadas e críticas. Além do social, o respeito aos direitos humanos assume posição central no debate bioético, e ambas as dimensões – social e dos direitos humanos – têm uma centralidade essencial no debate que envolve a aids, sob qualquer perspectiva que se pretenda adotar.

Seguindo a tendência de ampliação do escopo da bioética e do reconhecimento dos direitos humanos como o referencial essencial mínimo e universal da bioética, foi adotada a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos (DUBDH), na 33ª Sessão da Conferência Geral da Unesco, em 19 de outubro de 2005 (1).

A Declaração recuperou o sentido original amplo da bioética conferido por Potter, quando, em seus primeiros artigos, nos remete a uma concepção mais holística da saúde e de suas consequências normativas e morais, condensando os direitos e as responsabilidades com a justiça e equidade. A DUBDH parte do reconhecimento de que a saúde é resultante de uma multiplicidade de fatores, que abrangem não só o progresso científico e tecnológico, mas também fatores sociais e culturais. É fundamental o resgate que promove da responsabilidade social na garantia de que o progresso da

ciência e da tecnologia estejam em consonância com os princípios da justiça e da equidade e a serviço do interesse da humanidade.

A Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos tem como eixos estruturais a justiça, o reconhecimento da dignidade da pessoa humana, o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais. Esses são fundamentos da bioética cuja análise, segundo Durand (73), contribui para dar maior densidade à reflexão e maior dinamismo à ação. É nessa perspectiva que discutiremos esses fundamentos da bioética.

A análise da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos nos aspectos e categorias que mais diretamente tocam ao tema do presente estudo reporta-nos ao seu art. 5º – sobre autonomia; ao art. 8º – sobre o respeito pela vulnerabilidade e a integridade pessoal; ao art. 9º – sobre privacidade e confidencialidade; e ao art. 11 – sobre não-discriminação e não-estigmatização. Essas são categorias de grande relevância para a finalidade deste estudo e, com especial ênfase, destacamos a questão do estigma e da vulnerabilidade como categorias centrais de análise.

O presente trabalho adota, portanto, como marco teórico para a reflexão sobre a criminalização da transmissão sexual do HIV a perspectiva de uma bioética assentada no referencial dos direitos humanos, a partir da qual se elegerão alguns fundamentos conceituais que guiarão a discussão.

## **2.1. Dignidade Humana e Direitos Humanos**

Os direitos humanos fundamentam-se na ideia de que todas as pessoas são possuidoras de direitos simplesmente por serem humanas. A universalidade dos direitos humanos e a igualdade entre as pessoas advêm dessa concepção original dos direitos humanos, que se assenta, basicamente, no conceito de dignidade humana. É essa concepção essencial que abre a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, que, em seu artigo 1, estabelece: *Todos os seres humanos nascem livres e iguais em direitos e dignidade* (75).

A dignidade humana é uma expressão de difícil definição, abarcando grande controvérsia a respeito de seu significado e conteúdo. Para muitos

autores (76,77,78,79) isso decorre do fato de a dignidade ser relativa à complexa manifestação da personalidade humana. Um consenso possível acerca do significado do termo é o de que a dignidade é uma qualidade intrínseca da pessoa humana e, por decorrência, é irrenunciável, inalienável e indisponível, constituindo, pois, uma característica que não pode ser criada, concedida ou retirada – ainda que possa ser violada–, já que é inerente à condição humana, mas que deve ser respeitada, promovida e protegida (76).

Essa aceção tem como fonte a filosofia prática kantiana, segundo a qual o respeito à dignidade do outro é não torná-lo um simples meio, é um dever que ultrapassa a mera imposição jurídica, constituindo-se como um dever de virtude, como o dever de amor ao próximo (80). Segundo Kant, em os Fundamentos da Metafísica dos Costumes, dignidade humana é o *princípio moral segundo o qual o ser humano deve ser tratado como um fim (Zweck) em si, e jamais meramente como um meio que visa fim distinto e externo a ele mesmo* (p.194) (81). Foi com as sucessivas e graves violações da dignidade humana – como a escravidão e o horror nazista em relação aos judeus – que se promoveu a incorporação da dignidade da pessoa humana como um postulado nas Constituições e nos documentos internacionais.

Ainda que se pretenda como valor universal, a dignidade humana acaba sendo definida por fatores históricos e sociais. Isso acarreta uma diversidade de entendimento e de tratamento, inclusive nos ordenamentos jurídicos, com a relativização da abrangência do conceito, observável, por exemplo, em legislações que admitem que a dignidade sofra restrições por parte dos legisladores ou que práticas como a tortura, as mutilações genitais, a discriminação religiosa ou sexual, a despeito de representarem violações da dignidade humana, sejam aceitas ou toleradas em determinadas culturas (76).

De acordo com Boaventura Santos (82), o conceito corrente de direitos humanos e a própria noção de dignidade da pessoa estão assentados sobre pressupostos tipicamente ocidentais, o que não significa que outras culturas não adotem concepções de dignidade humana, apenas que o fazem em bases diferentes e nem sempre como uma questão de direitos humanos. Para ele, *todas as culturas são incompletas e problemáticas nas suas concepções de dignidade humana. (...) todas as culturas têm versões diferentes de dignidade*

*humana, algumas mais amplas que outras* (p.19) (82). Daí decorre a exigência do estabelecimento de um permanente diálogo intercultural, ao que o autor denominou como “hermenêutica diatópica”<sup>4</sup>, que não pretende superar as incompletudes observadas entre as diferentes culturas, mas tão somente aumentar a consciência mesma dessas incompletudes. A ampliação dessa consciência, segundo o autor, é a condição *sine qua non* para um diálogo intercultural.

A essa diversidade cultural na concepção e aplicação prática do conceito de dignidade da pessoa humana, Maurer chama de polifonia (79). Segundo a autora, é preciso recusar dois tipos de pressupostos, a seu ver, equivocados e que podem colocar sob risco a própria noção de dignidade humana. O primeiro é o que pretende conferir ao termo extrema subjetividade, o que levaria a que cada um tivesse seu próprio conceito e agisse de acordo com o que pensa. No outro extremo, estaria a crença de se poder julgar cada uma das visões sobre a dignidade a partir de um parâmetro único, claramente definido e objetivo do termo. O equilíbrio entre as duas posições seria a chave para a adoção de uma definição que, mesmo permanecendo aberta, pudesse alcançar certa objetividade, conferindo ao termo a estabilidade e segurança indispensáveis para torná-lo utilizável pelo direito positivo.

Segundo Maurer, a dignidade da pessoa humana na concepção ocidental é herdeira direta da teologia cristã, que fundamenta a dignidade na criação do homem à imagem e semelhança de Deus. A partir de uma concepção inicial que atribuía à dignidade o significado de um reconhecimento social pelos méritos pessoais ou pela função desempenhada pelo indivíduo – um lugar de honra –, a dignidade evoluiu para uma concepção ontológica, que a toma como um atributo inerente à pessoa humana, definida como tal por sua natureza racional (83). O homem constitui-se como pessoa pela razão, a partir da qual se torna capaz de se definir a si próprio – ter consciência de si – e de desenvolver uma vontade autônoma.

A dignidade humana, além de ontologicamente constituir atributo da pessoa humana e, portanto, valor próprio de cada indivíduo, possui uma

---

<sup>4</sup> A hermenêutica diatópica é uma forma de se buscar compreender determinada cultura a partir dos seus *topoi*, isto é, a partir dos pressupostos assumidos por essa cultura. É o estabelecimento de um *diálogo que se desenvolve (...)* com um pé numa cultura e outro, noutra (79) ( p. 21).

dimensão intersubjetiva, que se expressa como o reconhecimento do outro e pelo outro. Apenas no contexto da comunicação e da relação com o outro é que a dignidade pode assumir o seu pleno significado. Na perspectiva da intersubjetividade, a dignidade humana pressupõe o respeito pelo outro, pela pluralidade e pela diversidade humanas. Lembrando o pensamento de Hannah Arendt, *a pluralidade é a condição da ação humana pelo fato de sermos todos os mesmos, isto é, humanos, sem que ninguém seja exatamente igual a qualquer pessoa que tenha existido, exista ou venha a existir* (p. 16) (84). Segundo Habermas, como bem assinalou Sarlet:

[A] dignidade da pessoa, numa acepção rigorosamente moral e jurídica, encontra-se vinculada à simetria das relações humanas, de tal sorte que a sua *intangibilidade* (o grifo é do autor) resulta justamente das relações interpessoais marcadas pela recíproca consideração e respeito, de tal sorte que apenas no âmbito do espaço público da comunidade da linguagem, o ser natural se torna indivíduo e pessoa dotada de racionalidade. (p. 25) (76)

Elemento fundamental que decorre da dignidade enquanto condição intersubjetiva é a igualdade. De acordo com Kant, todo homem *possui uma dignidade (um valor interno absoluto), (...) que lhe permite comparar-se com cada uma delas (as outras criaturas racionais) e considerar-se em pé de igualdade* (p.137) (79). A igualdade dos homens decorre do fato de serem portadores da mesma dignidade.

Merece ainda ser considerada a exigência de reciprocidade implícita na noção de dignidade da pessoa humana. De acordo com Levinás:

Não é pela semelhança que se explica o fato de todos os homens serem irmãos (... mas misteriosamente por) um fenômeno de solidariedade. É a minha responsabilidade frente a um rosto que me olha como um absoluto estranho [...] que constitui o fato original da fraternidade. (p. 140) (79)

Com a compreensão sobre a impossibilidade de se formular uma definição absolutamente objetiva de dignidade, apresentamos a conceituação proposta por Sarlet, uma vez que ela, como assinala o próprio autor, procura respeitar os principais pressupostos discutidos anteriormente, como a vedação de coisificação da pessoa, a dimensão intersubjetiva e a dupla perspectiva da

dignidade – ontológica e instrumental. Assim, a dignidade da pessoa humana pode ser concebida como:

A qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (p. 37) (76)

Se há uma inquestionável aceitação do conceito de dignidade humana enquanto princípio normativo do direito, de acordo com Andorno (85), o mesmo não ocorre no campo da bioética. A controvérsia existente em torno da utilidade do termo na resolução de conflitos bioéticos não impede, porém, que ele seja amplamente utilizado pela disciplina, especialmente no debate sobre assuntos atinentes à pesquisa genética e à biotecnologia.

O conceito de dignidade humana, no campo da bioética, abrange, por um lado, posições essencialistas ou ontológicas, que se fundamentam no conceito universal do humano, e, por outro lado, posições que reconhecem a diversidade de concepções existentes, de acordo com cada cultura. Há ainda no debate bioético posições que consideram o conceito irrelevante e sem utilidade, propondo substituí-lo pelo conceito de autonomia dos indivíduos (86).

A tese essencialista da dignidade humana tem em Kant a sua fonte de inspiração, quando ele concebe a noção de dignidade como a exigência de não instrumentalização do ser humano, que deve ser tratado sempre como um fim em si mesmo, e não como meio. No entanto, quando Kant procura fundamentar a dignidade na capacidade do homem em decidir racionalmente sobre suas próprias leis, isto é, na autonomia individual, abre-se, paradoxalmente, a possibilidade de, exatamente, ocorrer a mercantilização ou instrumentalização do ser humano, bastando que ele consinta para tal. A ênfase dada à autonomia pode chegar ao ponto de se negar a própria validade do conceito de dignidade, como o faz Macklin, o que, conforme bem salientado por Andorno (85), pode

levar ao paradoxo de se privilegiar os mais fortes – mais capazes de exercer a autonomia – em detrimento dos mais fracos.

Para Andorno, uma forma de dar mais concretude ao conceito de dignidade humana, sem recorrer a argumentos metafísicos, é, por exemplo, mediante a adoção do pensamento desenvolvido por Lévinas de que *a contemplação da face humana é a maneira mais significativa para descobrir a incomensurabilidade de cada indivíduo* (85) (p. 445). Essa ética da relação face a face, do encontro com o outro, da responsabilidade pelo outro, é uma ética concreta que se baseia no contato real, que considera o outro como ser dotado de uma identidade singular que deve ser reconhecida. O dever moral inscreve-se na situação face a face, na experiência da alteridade, do olhar do Outro e para o Outro.

O reconhecimento da identidade do Outro é condição para a sua construção efetiva. Negar a alguém seu reconhecimento é negar-lhe o seu desenvolvimento humano integral, levando à constituição de uma identidade danificada, distorcida, reduzida, motivo de auto-sentimentos negativos (87,88). Para Taylor, o devido reconhecimento não é meramente uma cortesia, mas uma necessidade humana vital (87). Já Honneth afirma que

[...] a integridade do ser humano se deve de maneira subterrânea a padrões de assentimento ou reconhecimento [...] (p. 213) (88)

[...] para chegar a uma auto-relação bem sucedida, ele [o ser humano] depende do reconhecimento intersubjetivo de suas capacidades e de suas realizações; se uma tal forma de assentimento social não ocorre em alguma etapa de seu desenvolvimento, abre-se na personalidade como que uma lacuna psíquica, na qual entram as reações emocionais negativas [...] (p. 220) (88)

Negar o reconhecimento da identidade do Outro constitui uma violação de sua dignidade intrínseca. O respeito à dignidade humana implica o reconhecimento do Outro, na sua singularidade e diferença, como um ser igual.

Assim, igualdade, liberdade, autonomia, alteridade, respeito pela diferença, reconhecimento do outro e solidariedade estão intimamente vinculados à dignidade humana, numa perspectiva intersubjetiva e

comunicativa das relações humanas, e são categorias centrais da bioética que tem como referencial os direitos humanos.

### **2.1.1. Bioética e Direitos Humanos**

A relação entre bioética e direitos humanos é tema sujeito a controvérsias entre as diversas correntes bioéticas. A necessidade de proteção dos seres humanos, de imediato, evidencia uma confluência de objetivos entre a bioética e os direitos humanos, mas essa constatação está longe de significar a existência de um consenso sobre o significado da relação entre esses dois campos de conhecimento. Essa relação, contudo, foi reforçada quando da aprovação da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos (DUBDH), que reconhece a dignidade humana como um princípio a ser respeitado nas decisões daqueles para os quais a Declaração é dirigida, colocando-a junto aos direitos humanos:

#### Artigo 3 – Dignidade Humana e Direitos Humanos

- a) A dignidade humana, os direitos humanos e as liberdades fundamentais devem ser respeitados em sua totalidade.
- b) Os interesses e o bem-estar do indivíduo devem ter prioridade sobre o interesse exclusivo da ciência ou da sociedade. (1)

Neste trabalho, abraçamos a tese de que os direitos humanos são uma referência importante e essencial para a bioética, por seu caráter universal e por protegerem bens fundamentais, como a igualdade e a dignidade, conforme explicitado por Hottois (1993),

Como os desenvolvimentos recentes das ciências e das técnicas da vida são a fonte ou o lugar de novas formas de poder, de controle e de liberdade, os Direitos Humanos são solicitados com o fim de ajudar a assegurar a regulação desses novos poderes, domínios e liberdades no respeito pela igualdade e pela dignidade. (*apud* Durand, 2003, p. 249) (73)

Essa afirmação de Hottois explicita a relação estreita entre bioética e direitos humanos, quando estes últimos são chamados a ajudar a regular os “novos poderes” decorrentes dos avanços biotecnológicos, que é, claramente,

tema do campo de reflexão e atuação da bioética. Mas não se restringe aí a zona de confluência entre a bioética e os direitos humanos.

Ao estudar a interface entre bioética e direitos humanos, por meio da análise da literatura e de documentos normativos produzidos no campo da bioética, Oliveira (89) identificou os seguintes pontos de conexão entre esses dois campos: 1) adoção da ideia de dignidade humana como fundamentação ética; 2) mesma procedência histórica, situada nas atrocidades da Segunda Guerra Mundial, que evidenciaram a *fragilidade da racionalidade humana* e a *força dos impulsos destrutivos* (p. 15) (89); e 3) mesma finalidade, qual seja, a de fazer prescrições voltadas para o agir humano e para balizar determinadas práticas sociais, de forma a salvaguardar bens éticos básicos. (89)

A dignidade humana é uma ideia matriz, um fundamento, tanto para os direitos humanos quanto para a bioética. Foi para prover um marco ético e valorativo para a conduta humana e para a atuação do Estado, que preservasse a dignidade humana de qualquer abuso ou violação, que surgiram, quase simultaneamente, os direitos humanos – consubstanciados na Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948 – e a bioética, inicialmente inscrita como recomendações no Código de Nuremberg, especificamente voltado para a proteção dos sujeitos de pesquisa.

O princípio da dignidade humana, apesar de sujeito a críticas e resistências por seu conteúdo indefinido e questionamentos sobre o pretense significado universal do conceito, conforme discutido na seção anterior, foi introduzido em todos os documentos normativos internacionais sobre bioética<sup>5</sup> (89), em um claro reconhecimento do princípio como um elemento de base para todo o arcabouço construído pela bioética, e ele, indubitavelmente, também o é para os direitos humanos.

Além da dignidade, a bioética e os direitos humanos compartilham a defesa de outros bens ou valores éticos, entendidos como bens invioláveis, não sujeitos a uma valoração subjetiva ou instrumental, mas sim dotados de um

---

<sup>5</sup> Convenção sobre Direitos Humanos e Biomedicina, do Conselho da Europa, e as três declarações da Unesco: Declaração Universal sobre Genoma Humano e Direitos Humanos, de 1998; Declaração Internacional sobre Dados Genéticos Humanos, de 2003; e Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, de 2005.

valor intrínseco, na acepção conferida por Dworkin<sup>6</sup>, como bem registra Oliveira (89). Esses são bens que, no processo histórico-cultural da sociedade, foram considerados inestimáveis e imprescindíveis para o ser humano. Os bens éticos que a bioética procura proteger, muitos deles também objeto de proteção dos direitos humanos, são bens *não instrumentais e se revelam como propósitos essenciais da ação humana* (p.105) (89). Inscrevem-se aí, por exemplo, algumas prerrogativas humanas básicas, como o direito à vida e à integridade física, além do respeito à igualdade (ou não discriminação), liberdade, segurança, saúde, justiça etc, o que torna absolutamente plausível, conforme assinalado por Andorno, a utilização do *guarda-chuva dos direitos humanos para garantir a sua proteção* (p. 153) (91).

Mas a bioética protege outros bens, ou valores, que não se inserem no rol dos direitos humanos positivados, como solidariedade e responsabilidade, entre outros, contemplados como bens éticos de acordo com o construto teórico de cada corrente bioética.

A interrelação entre bioética e direitos humanos é reconhecida por diversos autores bioeticistas, ainda que sob enfoques distintos. No estudo de Oliveira (89), são identificadas diferentes formas de inserção dos direitos humanos no campo teórico da bioética, das quais, a nosso ver, e para o propósito do presente trabalho, a mais significativa é pela sua integração ao próprio marco teórico da disciplina, conforme concebida pelas correntes latino-americanas da Bioética de Intervenção (92) e da Bioética dos Direitos Humanos (93).

Segundo Tealdi, o campo teórico da bioética é plural e admite diferentes reflexões ético-normativas, mas todas as acepções teóricas devem comungar do reconhecimento dos direitos humanos como uma moral universal a ser respeitada. Para o autor, a Bioética dos Direitos Humanos não se contrapõe a outras correntes bioéticas, mas afirma a prevalência dos direitos humanos enquanto o mínimo moral ou a fronteira demarcatória entre a moralidade e a imoralidade, que permite a construção crítica e reflexiva de toda bioética (93).

---

<sup>6</sup> Para Dworkin, “uma coisa é *instrumentalmente* importante se seu valor depender de sua utilidade, de sua capacidade de ajudar as pessoas a conseguir algo mais que desejam. [...] Uma coisa é *subjetivamente* valiosa somente para as pessoas que a desejam. [...] Uma coisa é intrinsecamente valiosa, ao contrário, se seu valor for *independente* daquilo que as pessoas apreciam, desejam ou necessitam [...]” (p. 99) (90)

A Bioética de Intervenção – vertente desenvolvida por pesquisadores da Cátedra Unesco de Bioética da Universidade de Brasília –, em sua construção epistemológica, incorporou a dimensão social e o respeito aos direitos humanos à disciplina. Os direitos humanos, na perspectiva da Bioética de Intervenção, devem contemplar o conceito de cidadania expandida, cuja concretização requer a intervenção no sentido de garantir a todos os seres humanos: 1) os direitos de primeira geração (relacionados com o reconhecimento da condição de pessoa como requisito universal e exclusivo para a titularidade de direitos); 2) os direitos de segunda geração (que implicam o reconhecimento dos direitos econômicos e sociais, que se manifestam na dimensão material da existência); e 3) os direitos de terceira geração (principalmente aqueles relacionados com o ambiente e com a preservação dos recursos naturais) (92).

Tomando, portanto, os direitos humanos como um dos seus referenciais norteadores, a Bioética de Intervenção propugna pela integralidade e universalidade desses direitos, mediante a intervenção que garanta a efetividade dos direitos em todas as suas dimensões (92).

Já Beauchamp e Childress (94), que defendem uma abordagem bioética baseada em princípios, ao discutirem as teorias éticas que podem aportar elementos para a construção de uma ética biomédica, incorporaram a ética baseada em direitos – por eles denominada de “individualismo liberal” – a esse debate, buscando ressaltar os pontos relevantes dessa teoria para serem apropriados pela ética biomédica. Eles reconhecem que a linguagem dos direitos tem importância histórica e desempenha papel relevante na ética, proporcionando *proteções vitais da vida, da liberdade, da expressão e da propriedade* e protegendo *contra a opressão, o tratamento desigual, a intolerância, a invasão da privacidade etc.* (p. 88) (94).

Para esses autores, a teoria ética baseada em direitos – à qual eles tratam como individualismo liberal – está centrada na proteção do indivíduo e padece de algumas limitações. Beauchamp e Childress criticam a ênfase quase exclusiva conferida pelo individualismo liberal à dimensão individual dos direitos, aos interesses do indivíduo, considerando-a como uma visão limitada, já que exclui necessidades sociais, além de bens comuns e formas de proteção

da vida, como a saúde pública, a pesquisa biomédica e a proteção dos animais. Concluem, assim, que os direitos – entendidos como direitos individuais – *podem, algumas vezes, ser sobrepujados por interesses sociais mais importantes* (p. 96) (94). Além desse aspecto – que eles consideram como negligência em relação aos bens comuns –, outra crítica que os autores fazem é quanto ao caráter antagônico observado entre alguns direitos, o que, segundo eles, determina que a teoria dos direitos seja uma *estrutura parcial*. Também, para eles, a compreensão da moralidade extrapola as construções baseadas unicamente em direitos, uma vez que *os direitos não podem dar conta do significado moral dos motivos* (95) (94). Dessa forma, eles defendem a ideia de que construções baseadas em direitos não devem ser tomadas como teorias morais completas, mas como regras mínimas para reger a conduta das comunidades e dos indivíduos nas suas relações.

Apesar das críticas que fazem, e ainda que adotem o referencial de uma teoria ética baseada em princípios, Beauchamp e Childress defendem a manutenção da linguagem dos direitos na teoria ética, justificando que ela contribui para proteger e legitimar os interesses dos cidadãos na esfera política e é fonte de proteção pessoal, de dignidade e autorrespeito.

Diversos outros autores advogam a importância da incorporação da linguagem dos direitos humanos pela bioética, como Andorno (95) e Knowles (96), especialmente por constituírem uma linguagem universal reconhecida e inscrita em documentos internacionais, o que lhe confere papel proeminente de proteção da pessoa humana e em questões de bioética em nível global.

O conteúdo dos direitos humanos pode ser classificado segundo gerações ou dimensões. Na primeira categoria, eles são classificados como direitos humanos de primeira geração até de terceira geração. Os de primeira geração (direitos civis e políticos) – considerados como direitos de liberdade –, tradicionalmente, têm se constituído como referenciais para a bioética. No entanto, cada vez com mais força – e a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos corrobora essa tendência –, ganham relevância e são reconhecidos os direitos de segunda e de terceira gerações (direitos sociais e econômicos, direitos culturais, ambientais etc.), os quais respondem mais diretamente a uma concepção mais ampla da bioética e que se tem buscado

destacar de forma enfática nos contextos dos países fora do eixo norte-americano e europeu.

A classificação dos direitos humanos segundo gerações – de primeira, segunda e terceira gerações, e, mais recentemente, também se admite uma quarta geração – exprime o desenvolvimento histórico dos direitos humanos, a sua paulatina expansão e positivação jurídico-constitucional, de acordo com o avanço das sociedades e com as mudanças conceituais decorrentes (97). Ainda que essa classificação possa favorecer uma visão fragmentada ou atomizada dos direitos humanos, eles devem ser compreendidos como um corpo único de proteção jurídica, que se pauta pela universalidade, integralidade e indivisibilidade dos direitos protegidos (98), mesmo que se reconheça a possibilidade de conflitos entre eles quando da sua concretização.

Os direitos humanos têm sido alvo de críticas, especialmente no que concerne à sua fraca concretização ou efetividade. Segundo Bobbio, o problema do nosso tempo não é mais a fundamentação dos direitos humanos, mas sim a sua efetivação (97). O déficit de concretização dos direitos apresentado por diversos países, em graus e tipos variados, especialmente no que toca à incorporação e garantia dos direitos sociais, é um problema a ser enfrentado, não só no plano jurídico, mas principalmente no plano social e ético, o que, ressalte-se, não deve ser tomado para invalidar a relevância dos direitos humanos. Ao contrário, as prescrições de direitos não atendidas devem ser mantidas como um objetivo a ser alcançado, uma imagem-objetivo norteadora das ações dos governos. Como observa Knowles (96), além do teor prescritivo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos contempla também aspirações, que são objetivos a serem alcançados pelas sociedades.

À crítica de que o discurso dos direitos humanos é meramente retórico, faz-se mister reconhecer que a força dos direitos humanos é sim, em grande medida, essencialmente, discursiva, e é justamente essa força moral e retórica da linguagem dos direitos humanos que se constitui, segundo Knowles (96), uma grande vantagem que deve ser aproveitada para a construção de uma bioética global<sup>7</sup>, que precisa dar respostas a problemas que, por sua natureza,

---

<sup>7</sup> Knowles considera que, com a globalização, as preocupações da bioética, como a assistência à saúde e a biotecnologia, são de natureza global, daí utilizar o termo “bioética global” (96).

são globais. Segundo a autora, a linguagem dos direitos humanos adquiriu uma forte e ampla aceitação pública em nível internacional, o que é útil para a bioética, já que, em um mundo em que predomina a diversidade, ela necessita de um quadro referencial comum capaz de responder às exigências colocadas.

Também, o caráter universal que se pretende para os direitos humanos é alvo de críticas. Em contraposição à polêmica sobre o significado da universalidade dos direitos humanos, em face das grandes diferenças culturais entre os povos, o grau de adesão dos países aos instrumentos normativos internacionais sobre direitos humanos – ainda que apenas no plano jurídico, não se considerando como eles concretizam internamente essas normas – é apontado como um indicativo da legitimidade desses instrumentos e um reconhecimento do seu valor universal. No caso da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, os 191 países que integram a Organização das Nações Unidas deram o seu reconhecimento formal à Declaração, mediante sua aprovação por unanimidade, o que lhe confere força moral e legitimidade, mesmo que ela não seja juridicamente vinculante.

A receptividade dos direitos humanos pela bioética ocorre em uma dupla dimensão: 1) como objetivo a ser alcançado; e 2) como baliza ou referencial para a análise bioética das políticas de saúde conforme são propostas ou implementadas em dado momento. É na perspectiva da segunda dimensão que os direitos humanos serão abarcados no presente estudo, como parâmetro passível de ser utilizado pela bioética para aferir a justeza de uma dada política pública. Mas a análise que se faz aqui não se restringe apenas àquilo que pode ser aportado do campo dos direitos humanos, pois, partilhamos do entendimento de que os direitos humanos são o mínimo essencial ético a ser observado, mas não contemplam todo o conteúdo da bioética. A complexidade do fenômeno objeto do presente estudo exige o aporte do arcabouço dos direitos humanos e de outras categorias bioéticas não contempladas por eles.

### **2.1.2. Saúde e Direitos Humanos**

No campo da saúde, também tem sido incorporada a linguagem dos direitos humanos. O direito à saúde enquanto direito humano está inscrito no

artigo 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (75), nos seguintes termos:

Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle.

A partir dessa definição, constata-se que a Declaração assume, conceitualmente, a saúde de forma ampliada, como qualidade de vida e bem-estar, e não apenas como condição referente à ausência de doença ou ao seu tratamento. Constata-se, ainda, a interdependência do direito à saúde com outros direitos fundamentais, em uma clara assunção de que a saúde é resultante de uma série de fatores de ordem individual e social.

O Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), adotado pela Assembléia das Nações Unidas em 1966, é outro instrumento de proteção dos direitos humanos (99). Em seu artigo 12, o Pacto reafirma a universalidade e a integralidade do direito humano à saúde, ao reconhecer o *direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível de saúde física e mental*. Acrescenta, ainda, que o pleno exercício desse direito requer ações concretas por parte dos Estados, que não se resumem ao provimento de recursos médico-assistenciais, mas incluem ações no sentido da *melhoria de todos os aspectos de higiene do trabalho e do meio ambiente; do desenvolvimento são das crianças; e da prevenção [...] das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras*, além do seu tratamento, quando elas ocorrerem.

Assim, a partir das formulações dos principais documentos internacionais sobre os direitos humanos, pode-se constatar que o direito à saúde apresenta dupla conotação: de um lado, deve ser entendido como o direito de gozar do mais elevado nível de saúde física e mental, isto é, o direito à mais alta qualidade de vida possível; e, de outro lado, o direito ao acesso aos recursos sanitários, aos equipamentos de saúde e à assistência integral à saúde. Portanto, o direito à saúde abrange, mas não se restringe ao acesso aos recursos assistenciais curativos. Como bem assinala VanderPlaat:

Health, which is a state of complete physical, mental and social well-being, and not merely the absence of disease and infirmity, is a fundamental human right and that the attainment of the highest possible level of health is a most important world-wide social goals whose realization requires the actions of many other social and economic sectors in addition to the health sector. (p. 21) (100)

Além do direito à saúde, enquanto direito humano propriamente dito, a saúde se relaciona com os direitos humanos em outra perspectiva: os direitos humanos constituem-se como salvaguardas para que as políticas públicas sejam desenvolvidas em respeito à justiça e à proteção do indivíduo e da comunidade. A bioética adota essa perspectiva quando toma os direitos humanos como elemento balizador das políticas públicas de saúde e das questões relativas à pesquisa biomédica e à biotecnologia, por exemplo, em face de eventuais conflitos éticos existentes. A perspectiva dos direitos humanos ajuda a encontrar a melhor solução para a coletividade e que não comprometa o objetivo primário de proteção das pessoas diretamente envolvidas.

De acordo com Mann (101) e Mann *et al* (102), a relação entre saúde pública e direitos humanos pode ser analisada sob três enfoques distintos. Um primeiro diz respeito a possíveis ameaças suscitadas por políticas, programas e práticas da saúde pública. Isso porque a saúde pública envolve sempre, direta ou indiretamente, o poder do Estado e, originalmente, os direitos humanos surgiram, justamente, para proteger os indivíduos de possíveis abusos cometidos pelo próprio Estado. Em diversos momentos, têm sido observados conflitos entre as preocupações da saúde pública e dos direitos humanos, como ocorreu no início da epidemia de aids, quando medidas coercitivas como a testagem compulsória e a quarentena foram implementadas.

A história da constituição da saúde pública é farta de exemplos significativos de medidas que caracterizaram violações de direitos, como os encontrados na área da saúde mental, do controle da hanseníase, da tuberculose e, mais recentemente, do combate ao HIV/Aids. Medidas como isolamento e internação compulsórios, vacinação e testagem obrigatórias, notificação de parceiros, busca ativa de casos, controle sanitário de domicílios,

controle de comportamentos de risco carregam o potencial de lesar os direitos humanos, o que exige uma ponderação equilibrada sobre a real necessidade desse tipo de medida em prol da saúde pública. A incorporação da perspectiva dos direitos humanos no desenho das políticas de saúde tem sido considerada cada vez mais uma necessidade, no sentido de buscar prevenir eventuais violações (101,103).

É preciso, no entanto, diferenciar “violações de direitos” de “restrições de direitos”, pois há situações em que o Estado pode, ou mesmo deve, restringir direitos, como em certas emergências públicas. Nesses casos, a restrição não é considerada uma violação, uma vez que ela é justificável e realizada de forma legítima pelo Estado. Já a violação é caracterizada por ser uma restrição injustificável e ilegítima dos direitos humanos. (104)

Uma segunda relação entre direitos humanos e saúde pública diz respeito justamente aos impactos negativos que a violação dos direitos causa sobre a saúde, tanto para o indivíduo afetado quanto para a comunidade. As resistências observadas em diversos momentos, por parte das populações e dos indivíduos, em aderir a determinadas políticas públicas advêm em grande medida da desconfiança quanto à possibilidade de cometimento de abusos e violações dos direitos.

A terceira relação entre direitos humanos e saúde apontada por Mann e outros autores é diretamente associada às demais, pois corresponde exatamente à observação de que a promoção e proteção dos direitos humanos é fator de promoção e proteção da saúde pública. Segundo esses autores, isso decorre do fato de que o respeito aos direitos humanos cria um ambiente social capaz de responder favoravelmente aos determinantes sociais da saúde. A mesma visão é compartilhada por Annas (103), segundo quem os direitos humanos são um componente essencial das políticas de saúde:

“[...] contemporary public health officials mostly have concluded that taking human rights seriously is a necessary component of an effective public health strategy.” (p. 37)  
(103)

Mann assinala que, apesar da aceitação geral de que o bem da saúde pública é uma razão legítima para a limitação de direitos, tem-se procurado

muito mais ressaltar o aspecto de complementariedade entre esses dois campos – da saúde pública e dos direitos humanos –, do que propriamente uma possível tensão ou conflito entre eles (101).

O desrespeito aos direitos humanos constitui, ele próprio, um fator de vulnerabilidade social e está associado diretamente ao aumento da vulnerabilidade para determinados agravos à saúde, como no caso do HIV/Aids, em que a estigmatização e a discriminação contra certos grupos dentro da sociedade têm papel de destaque na distribuição e nos níveis de prevalência da doença.

Outro aspecto relevante da relação entre saúde e direitos humanos diz respeito à determinação da saúde, conforme lembram Gruskin e Tarantola (105). A não efetivação dos direitos humanos, particularmente dos direitos sociais, ao exacerbar e perpetuar condições como pobreza, privação, marginalização e discriminação, favorece o adoecimento das populações, atuando como um determinante social do processo saúde-doença.

A dimensão dos direitos humanos é, pois, parte constitutiva das políticas de saúde e da própria bioética, especialmente em função da confluência de objetivos entre esses dois campos, que têm como ponto fulcral o respeito pela dignidade inerente à pessoa humana.

## **2.2. Princípio da não discriminação e não estigmatização**

Não há como dissociar estigma e dignidade humana; um só existe na negação do outro, eles são mutuamente excludentes. O estigma é, em si mesmo, violador da dignidade humana, ele só se produz ou se concretiza na medida em que é retirada do outro a sua dignidade, quando o outro é diminuído naquilo que o constitui como ser humano, quando é inferiorizado e considerado abaixo dos demais seres humanos. Essa indissociabilidade está expressa no artigo 11 da Declaração Universal de Bioética e Direitos Humanos (DUBDH), quando ele enuncia que as práticas de discriminação ou estigmatização de indivíduos ou grupos, por qualquer razão, constituem violações à dignidade humana, aos direitos humanos e às liberdades fundamentais.

## Artigo 11 – Não-Discriminação e Não-Estigmatização

Nenhum indivíduo ou grupo deve ser discriminado ou estigmatizado por qualquer razão, o que constitui violação à dignidade humana, aos direitos humanos e liberdades fundamentais. (DUBDH) (1)

Como se procurará demonstrar, a consequência do estigma é a discriminação. O estigma é o processo de produção e reprodução de relações de poder, assimétricas, quando atitudes negativas, baseadas em atributos particulares – como certas condições de saúde, gênero, raça, comportamentos sexuais etc. – são dirigidas a pessoas ou grupos sociais e criam e sustentam a legitimação dos grupos dominantes na sociedade. A discriminação é a manifestação do estigma, é toda forma de exclusão ou restrição, seja por ação ou omissão, baseada em um atributo estigmatizante.

Falar em não discriminação e não estigmatização é falar em aceitação, igualdade, pluralismo, democracia, tolerância, reconhecimento e respeito às diferenças. Esses são conceitos muito caros e essenciais ao exercício de uma ética prática comprometida com os direitos humanos, como as teorias bioéticas produzidas no contexto internacional e, especificamente no Brasil, têm buscado enfatizar.

### **2.2.1. Estigma e discriminação**

Um dos estudos clássicos e referenciais sobre o tema do estigma é o de Erving Goffman (106), segundo quem a palavra estigma era utilizada na Grécia Clássica para designar os sinais, feitos com cortes ou fogo, com que se marcavam os corpos com a finalidade de evidenciar algo de extraordinário ou mau em relação ao *status* moral de seu portador. Com esses sinais visíveis procurava-se sinalizar às outras pessoas que aqueles que apresentavam o estigma deveriam ser evitados, especialmente em lugares públicos. Assim, o estigma era uma marca negativa. Ao longo do tempo, o termo perdeu a relação com o sinal corporal que sinalizava algo negativo, passando a se referir à própria condição que ele anteriormente buscava denunciar.

Segundo Goffman, o estigma é uma característica ou atributo profundamente depreciativo, que faz com que o indivíduo não seja visto como

uma pessoa comum e total, provocando um efeito de descrédito em seu portador e reduzindo-o a uma *pessoa estragada e diminuída*. É um atributo constituído a partir da diferença ou do desvio, levando à deterioração da identidade. De acordo com Goffman, o estigma altera a natureza humana da pessoa que o possui, fazendo com que ela não seja completamente humana aos olhos dos outros.

*Com base nisso, são feitas diversas discriminações, através das quais, e muitas vezes sem pensar, reduzimos suas chances de vida* (p. 15) (106). O estigma inferioriza a pessoa que o possui, torna-o menos que os demais, ele atenta contra a própria dignidade humana, impactando negativamente a vida pessoal e social.

De acordo com Goffman, o indivíduo portador de um estigma vivencia uma “carreira moral”, que inclui a socialização ou o aprendizado sobre como vivenciar o seu estigma e como se relacionar com os outros a partir do estigma. A carreira moral é uma sequência de experiências semelhantes de aprendizagem que as pessoas que têm um estigma particular vivenciam em relação à sua condição, que incluem os ajustamentos pessoais e as mudanças processadas na concepção do eu. A forma de vivenciar o estigma e as respostas desenvolvidas pelo estigmatizado variam em função da visibilidade do estigma, a partir do que Goffman classifica a pessoa portadora do estigma em *desacreditada*, quando o estigma é visível ou conhecido, ou *desacreditável*, quando não o é.

Desde o estudo pioneiro de Goffman, tem-se observado uma profusão de trabalhos abordando o tema do estigma, especialmente no campo da psicologia social, seja no sentido de promover um refinamento dos aspectos conceituais, seja para convalidar, a partir de achados empíricos, os impactos negativos do estigma na vida das pessoas que o possuem.

Estudo conduzido com pessoas com epilepsia, sobre suas reações, experiências e estratégias de enfrentamento da doença, demonstrou que essas pessoas desenvolvem um tipo de angústia decorrente de dois tipos básicos de estigma: o estigma sentido (*felt stigma*) e o estigma efetivado (*enacted stigma*) (107). O estigma efetivado refere-se à experiência concreta de discriminação, enquanto o estigma sentido refere-se ao medo de sofrer tal discriminação. O

estigma sentido é o mais prevalente, uma vez que as pessoas ao receberem o diagnóstico de uma determinada doença estigmatizante adotam, em geral, a ocultação da mesma como primeira estratégia de enfrentamento do problema, visando justamente evitar a efetivação do estigma ao serem reconhecidas como portadoras daquela patologia.

Há várias possibilidades de respostas frente ao estigma, incluindo aquela em que o próprio indivíduo passa a concordar com os outros de que *ele ficou abaixo do que realmente deveria ser. A vergonha se torna uma possibilidade central, que surge quando o indivíduo percebe que um de seus próprios atributos é impuro e pode imaginar-se como um não-portador dele* (p. 17) (106). Nessa situação, ocorre a internalização por parte do estigmatizado das percepções e atitudes de desqualificação que ele sofre em função do atributo desvalorizado que possui (108).

Decorrente desse sentimento de vergonha em relação a si próprio, o indivíduo pode experimentar sentimentos de auto-ódio e auto-depreciação. O isolamento social é outra possibilidade de resposta ao estigma, que gera no estigmatizado desconfiança, hostilidade e confusão.

Apesar de estudos atuais ressaltarem que as reações de baixa autoestima não são uma consequência inevitável do ser estigmatizado e que há grande variabilidade nas respostas psicológicas e comportamentais das pessoas estigmatizadas (108), é preciso considerar que o estigma pode impactar emocionalmente a pessoa que o possui, gerando uma expectativa ou medo de rejeição que leva à adoção de atitudes defensivas e menos confiantes e à evitação de contatos potencialmente ameaçadores. Para ilustrar essa situação, recorreremos a Goffman quando ele utiliza a seguinte citação de Sullivan:

Ter consciência da inferioridade significa que a pessoa não pode afastar do pensamento a formulação de uma espécie de sentimento crônico do pior tipo de insegurança que conduz à ansiedade e, talvez, a algo ainda pior, no caso de se considerar a inveja como realmente pior que a ansiedade. O medo de que os outros possam desrespeitá-la por algo que ela exiba significa que ela sempre se sente insegura em seu contato com os outros; essa insegurança surge, não de fontes misteriosas e um tanto desconhecidas como uma grande parte de nossas

ansiedades, mas de algo que ela não pode determinar. Isso representa uma deficiência quase fatal do sistema do “eu” na medida em que este não consegue disfarçar ou afastar uma formulação deficiente que diz ‘Eu sou inferior, portanto, as pessoas não gostarão de mim e eu não poderei sentir-me seguro com elas’. (p. 22) (106)

Entre as possíveis consequências negativas apontadas pelos pesquisadores do estigma observam-se: interações sociais tensas e desconfortáveis, redes sociais limitadas, comprometimento da qualidade de vida, baixa autoestima, sintomas depressivos, desemprego e perda de renda (108, 109, 110, 111, 112, 113).

No campo da saúde, algumas doenças estigmatizantes reduzem as chances de tratamento de seus portadores exatamente em função do estigma que acompanha essas doenças. Muitos pacientes, como no caso de doenças mentais, por exemplo, que se beneficiariam do tratamento, não procuram os serviços de saúde pelo medo de serem identificados como portadores de doenças mentais e sofrerem as consequências advindas de um rótulo dessa natureza (109). A recusa em buscar atenção à saúde ou a baixa adesão aos tratamentos são fenômenos associados, entre outros fatores, ao estigma, e são observados para diversas outras doenças, como a hanseníase e a aids (109).

Ainda de acordo com Goffman, o sujeito estigmatizado desenvolve mecanismos ou técnicas de manipulação ou controle da informação sobre o seu estigma. Uma das formas de enfrentamento do estigma é justamente a sua ocultação, quando ele não é visível ou aparente. Nesse caso, a aprendizagem do encobrimento do estigma constitui uma fase da socialização da pessoa estigmatizada e um ponto crítico na sua carreira moral.

Depois de um trabalhoso aprendizado de ocultamento, então, o indivíduo pode começar a desaprendê-lo. É aqui que a revelação voluntária encaixa-se na carreira moral como uma de suas fases. Deve-se acrescentar que nas autobiografias publicadas de indivíduos estigmatizados, essa fase da carreira moral é tipicamente descrita como a fase final, madura e bem ajustada – um estado de graça [...]. (p.113) (106)

Não é fácil nem é isenta de conflitos a revelação da condição estigmatizadora. Essa revelação em geral ocorre após uma longa fase de

ocultamento e, quando ela “passou do ponto em que o indivíduo deveria ter contado”, provoca uma dupla exposição da pessoa estigmatizada: pela condição em si e pela desonestidade ou falta de confiabilidade em função da omissão ou do silêncio cometidos (106).

Os trabalhos de Goffman inserem-se dentro da corrente de pensamento denominada *interacionismo simbólico*<sup>8</sup>, que se dedicou especialmente ao estudo sistemático do comportamento humano de indivíduos ou grupos considerados desviantes, em um contexto marcado por problemas associados ao forte processo de industrialização e urbanização que marcaram o início do século XX. Essa corrente teórica ainda hoje é considerada como adequada para o estudo da vida social, especialmente por oferecer um ponto de vista humanístico, pelo qual as pessoas são consideradas como capazes de utilizar seu raciocínio e seu poder de simbolização para interpretar e se adaptar às circunstâncias (114).

Uma das principais críticas feitas ao interacionismo simbólico é que ele trata apenas de processos microssociais restritos a fenômenos imediatos relativos à interpessoalidade, desconhecendo as questões de poder e dominação que medeiam e determinam essas relações. No entanto, como refere Blanco (115), essas críticas ficam relativizadas caso se considere estritamente aquilo que a própria teoria assume que é: uma teoria microssocial, com os limites e as aplicações que daí decorrem.

Essa mesma crítica recai sobre parte dos trabalhos realizados acerca do estigma, como os trabalhos conceituais de Goffman e de Jones e colaboradores (116). De acordo com Link & Phelan (111) esses trabalhos adotam um foco extremamente individualista, sem maior atenção sobre os aspectos estruturais. Isso pode estar relacionado ao marco teórico desses estudos, como o interacionismo simbólico, que se restringe ao âmbito microssocial, conforme discutido anteriormente. O estigma acaba sendo visto como uma marca ou atributo próprio da pessoa e não algo que é colocado

---

<sup>8</sup> Termo formulado por Herbert Blumer, da escola de Chicago, a partir de conceitos extraídos da teoria da psicologia social, originalmente elaborados pelo filósofo e cientista social Georg Hebert Mead, para se referir aos processos de interação social que ocorrem entre indivíduos ou grupos mediados por relações simbólicas. O *interacionismo simbólico* concebe a vida social como um mundo em permanente interação, constituído por relações simbólicas plenas de significados conferidos pelos indivíduos, em um processo contínuo de ação e interação.

pelos outros. Os autores sugerem utilizar o termo “rótulo” para identificar as categorias de diferenças socialmente relevantes, uma vez que os termos estigma ou atributo ou marca passam a ideia de algo inerente à pessoa, minimizando o fato de que são construções sociais. Diferentemente da discriminação, o estigma conduz a atenção para a pessoa que o possui e não para os processos produtores da exclusão e da rejeição da pessoa estigmatizada (111,112).

Desde o estudo pioneiro realizado por Goffman, tem-se observado uma profusão de trabalhos abordando o tema do estigma, especialmente no campo da psicologia social, seja no sentido de promover um refinamento dos aspectos conceituais, seja para convalidar, a partir de achados empíricos, os impactos negativos do estigma na vida das pessoas que o possuem (108, 111, 113).

Link & Phelan (111), em estudo de revisão da literatura sobre o estigma, propõem-se a tarefa de realizar uma análise e definição conceitual sobre o tema. Eles sistematizam o processo de construção do estigma, desdobrando-o em cinco aspectos principais, sem os quais não há a produção do estigma. Ao procederem à reconceitualização do estigma, esses autores utilizam-se de várias concepções elaboradas por Goffman, mas buscam destacar aspectos não tão acentuados ou não valorizados naquele trabalho inicial, especialmente quanto à questão do poder na geração e manutenção do estigma.

Primeiro aspecto: o estigma é uma criação social. As diferenças ou desvios são socialmente construídos e variam em função do espaço e do tempo. Cada cultura elege as diferenças que socialmente são significativas. Nem todas as diferenças humanas são relevantes do ponto de vista social e constituem um estigma. A definição sobre quais são as diferenças que importam é produto da cultura e da sociedade. O estigma é tanto universal quanto específico de determinadas culturas. Todas as sociedades são levadas a definir certos grupos como desviantes e a estigmatizá-los, mas aquilo que constitui o desvio varia de acordo com a cultura e ao longo do tempo. A questão sociológica crítica sobre esse ponto é determinar como são construídas e sustentadas as categorias culturalmente definidas como diferenças negativas importantes. Quais as forças sociais, econômicas e culturais responsáveis pela eleição de determinadas diferenças humanas?

Esse entendimento já se encontrava presente no estudo de Goffman, quando ele afirmou:

A situação especial do estigmatizado é que a sociedade lhe diz que ele é um membro do grupo mais amplo, o que significa que ele é um ser humano normal, mas também que ele é, até certo ponto, “diferente”, e que seria absurdo negar essa diferença. **A diferença em si deriva da sociedade, porque, em geral, antes que uma diferença seja importante ela deve ser coletivamente conceptualizada pela sociedade** como um todo. ( p.134) (106) [sem grifos no original].

Segundo aspecto: o estigma exige a associação de determinadas diferenças humanas com atributos negativos ou estereótipos negativos. Este foi o ponto salientado no trabalho de Goffman e, desde então, tem sido o foco central da conceituação do estigma. A descrição feita por Sontag (117) acerca de como a sociedade tem encarado a doença e a morte e de como se tem feito da doença uma metáfora aproxima-se do sentido conferido por Goffman ao processo de estereotipagem. Nas palavras de Sontag:

Nada é mais punitivo do que atribuir um significado a uma doença quando esse significado é invariavelmente moralista. Qualquer moléstia importante cuja causa é obscura e cujo tratamento é ineficaz tende a ser sobrecarregada de significação. Primeiro, os objetos do medo mais profundo (corrupção, decadência, poluição, anomia, fraqueza) são identificados com a doença. A própria doença torna-se uma metáfora. Então, em nome da doença (isto é, usando-a como metáfora), aquele horror é imposto a outras coisas. A doença passa a adjetivar. Diz-se que isto ou aquilo se parece com a doença, com o significado de que é nojento ou feio. Em francês, diz-se que uma fachada de pequenas pedras é *lépreuse*. (...) Os sentimentos relacionados com o mal são projetados numa doença. E a doença (assim enriquecida de significados) é projetada no mundo. (p. 76) (117)

Terceiro aspecto: a associação do rótulo a atributos negativos confere a base para que a pessoa que possui o estigma seja vista como fundamentalmente diferente daqueles que não o possuem, a tal ponto de se constituírem como grupos separados: o “nós” – os que não possuem o estigma – e o “eles” – os que o possuem. No limite, essa diferença é tão grande que chega a desumanizar a pessoa estigmatizada, cuja identidade passa a ser

definida pelo próprio estigma ou mesmo confundida com ele. É o que se observa quando passamos a nomear a pessoa pelo próprio atributo: o esquizofrênico, o leproso, o surdo, o aidético, o gay etc. Essa redução da individualidade derivada da estigmatização pode levar à redução da própria condição de humanidade do portador do estigma e justificar práticas de exclusão e de isolamento. A percepção da condição do estigmatizado como sub-humana reduz suas chances de vida, uma vez que retira dele o atributo essencial do qual deriva o mandato da dignidade humana.

Quarto aspecto: o estigma leva à perda de *status* e à discriminação. A discriminação é parte inerente do estigma, não há estigma se não houver discriminação. Quando uma pessoa é rotulada e esse rótulo está associado a características negativas, há uma construção racional que a desqualifica, rejeita e exclui. As pessoas são estigmatizadas quando o fato de terem sido rotuladas e ligadas a características indesejáveis as coloca à parte, faz com que experienciem perda de *status* e discriminação. O estigma determina que a pessoa estigmatizada experimente situações de grande desvantagem social. O estigma cria uma discriminação estrutural, que afeta o ambiente em volta da pessoa estigmatizada.

Quinto aspecto: o estigma é completamente dependente do poder social, cultural, político e econômico. É preciso ter poder para estigmatizar. Grupos despossuídos de poder ou com menor *status* podem até criar rótulos negativos em relação a outros grupos mais poderosos, mas isso não implicará a criação de um estigma. É o caso, conforme exemplo criado por Link & Phelan (111), de um grupo de pacientes com distúrbios mentais internados em uma instituição manicomial que cria o rótulo de “distribuidor de pílulas” para o profissional que os medica, associando-o ao estereótipo de pessoa fria e arrogante. Assim, por mais que os pacientes passem a evitar o contato com esse profissional e atuar no sentido de sua desqualificação, isso não levará à constituição de um estigma. Nesse caso, a falta de poder do grupo de pacientes inviabiliza que o atributo e o respectivo estereótipo por eles criados tenham qualquer força de promover a estigmatização dos profissionais. Esse exemplo serve para demonstrar que a definição de estigma necessariamente envolve uma referência à diferença de poder. Ainda para corroborar a tese de

exigência de poder para o processo de estigmatização, os autores lembram que foi o poder dos nazistas que permitiu a estigmatização devastadora do povo judeu. Sem a predominância de poder por parte de um grupo – que rotula o outro com atributos negativos – não há como produzir o estigma.

Assim, conclui-se que para haver estigma os elementos de rotulagem, estereotipagem, separação/exclusão/rejeição, perda de *status* e discriminação têm que coexistir em uma situação de poder.

O papel do estigma na produção e reprodução das relações de poder e controle foi salientado por Parker & Aggleton (1988) já em seus primeiros trabalhos em que buscavam desenvolver um novo quadro conceitual para pensar o estigma ligado ao HIV e à aids e suas repercussões. Para eles, além da dimensão individual, há que se considerar que o estigma é um produto social que reproduz as desigualdades sociais. Ele pode estar reproduzindo sistemas de hierarquia e de dominação, quando relacionado com classe social, gênero, raça, etnia, servindo para criar, manter ou reforçar as diferenças sociais.

De acordo com Parker & Aggleton, o estigma e a estigmatização são construídos no ponto de intersecção entre cultura, poder e diferença e:

(...) é somente explorando as relações entre essas categorias diferentes que se torna possível entender o estigma e a estigmatização não simplesmente como fenômenos isolados, ou como expressões de atitudes individuais ou de valores culturais, e sim como centrais para a constituição da ordem social. (p. 14) (1988)

Essa é outra perspectiva fundamental para o entendimento do estigma. Ele não é apenas dependente das relações de poder, mas está a serviço mesmo do poder. E falar em poder, é falar de desigualdades sociais.

Parker & Aggleton buscaram outras referências, além de Goffman, para trabalhar o conceito de estigma a partir de novos referenciais teóricos, para além dos marcos da sociologia norte-americana focada na construção social dos significados pela interação, como a filosofia social europeia contemporânea, trazendo o aporte proporcionado pela obra de Michel Foucault, Pierre Bourdieu, Antonio Gramsci e Manuel Castells.

Tanto Goffman quanto Foucault debruçaram-se sobre o estudo de temas relacionados com os conceitos de normalidade e desvio, focando a criminalidade, a sexualidade e as doenças mentais, ainda que sob perspectivas distintas. Os estudos de Foucault foram dirigidos marcadamente à relação entre conhecimento e poder e ao controle que exerciam sobre os corpos individuais e sociais. Já no trabalho de Goffman, a questão do poder, ainda que presente, não adquire relevância. Bastante perspicaz e esclarecedor o paralelo traçado por Parker & Aggleton entre a obra de Goffman e Foucault:

Ao se deter em questões similares àquelas examinadas por Goffman na sua obra sobre o estigma (por exemplo, a psiquiatria e os doentes mentais; as prisões e os criminosos; a sexologia e os desviantes sexuais ou “pervertidos” etc.), o trabalho de Foucault enfatizou mais claramente a produção cultural da diferença a serviço do poder. Embora a obra de Goffman sobre o estigma mal mencione a noção de poder, e a obra de Foucault sobre o poder pareça não estar preocupada com o estigma em si, quando os dois trabalhos são lidos concomitantemente vem à tona, inevitavelmente, a questão da estigmatização culturalmente construída (ou seja, a produção da diferença valorizada negativamente) como central para o trabalho do poder – e, portanto, para o estabelecimento e a manutenção da ordem social. (p. 13) (118)

### **2.2.2. Doença, corpo e estigma – o caso da Aids**

Algumas doenças são altamente estigmatizantes, seja pelo medo de contágio seja pela reprovação moral que acompanha as doenças cujo modo de transmissão envolve práticas ou condutas consideradas desviantes, como o abuso de drogas e comportamentos sexuais que fogem dos padrões normativos vigentes. As doenças incuráveis e, por isso mesmo, associadas à ideia de morte marcam negativamente os seus portadores pelo temor que suscitam, e, da mesma forma, as doenças que deixam marcas corporais visíveis, ou deformantes, são produtoras de estigma.

O estigma associado à doença varia de acordo com a época e o lugar. A palavra “doença”, por si só, remete à ideia de mal, de um valor negativo. Canguilhem ressalta que a condição de estar doente implica “ser nocivo, ou indesejável, ou socialmente desvalorizado” (p. 93) (119) e, na mesma linha, observa Jaspers, em citação de Canguilhem, que “doente é um conceito geral

de não-valor que compreende todos os valores negativos possíveis” (p. 93) (119). Essas associações negativas expressam o estigma que acompanha a doença.

É sobre o corpo do indivíduo que a doença inscreve sua marca e provoca a dor física e subjetiva. Isso remete à noção de corporeidade adotada pela Bioética de Intervenção como marco teórico e conceitual, que toma o prazer e a dor, o plano do sensorial, como parâmetro para a intervenção bioética, uma vez que “o corpo é a materialização da pessoa, a totalidade somática na qual estão articuladas as dimensões física e psíquica que se manifestam de maneira integrada nas inter-relações sociais e nas relações com o ambiente” (p. 116) (120). A doença ameaça a própria existência corpórea do indivíduo e de todo o seu sistema de vida de relação, colocando esse indivíduo, em sua concretude, no pólo da dor. Daí se pode depreender a força deletéria do estigma associado à doença, que nega ou diminui o valor desse corpo que já se encontra em situação de extrema vulneração.

A ocultação da doença é uma das estratégias preferenciais de enfrentamento da doença, ao menos enquanto os sinais da doença ainda não estiverem explicitamente manifestos, conforme assinalado por Goffman (106) e Scambler (107), o que não impede que o doente seja acometido por sentimentos negativos associados ao medo de ser descoberto e de vir a ser alvo de discriminação. No entanto, naquelas doenças em que, pelo estágio ou forma com que se manifestam, as marcas corporais que provocam são bastante visíveis, o poder do doente de encobrir sua condição fica comprometido. O doente perde a capacidade de decidir sobre a revelação ou não de sua condição; o próprio corpo delata a condição de portador de determinada doença, contra a vontade do indivíduo. A perda de autonomia agrega-se às tantas outras perdas sofridas.

Alguns sinais físicos estão arraigados no imaginário social como indicativos de determinadas doenças e são carregados de significação. O emagrecimento rápido e extremo foi, durante muito tempo, associado ao câncer e, posteriormente, também interpretado como sinal de aids. No caso da aids, as manifestações patológicas não sinalizam simplesmente a presença da

doença, mas constituem uma marca pela qual o corpo revela comportamentos desviantes do seu portador, especialmente os relacionados à sexualidade.

O surgimento da aids reacendeu as posições mais conservadoras da sociedade, quando a doença foi primeiramente associada ao homossexualismo masculino e chegou a ser chamada de *Gay-Related Immune Deficiency*, ou “peste gay”, em clara referência à forte associação feita entre a doença e esse grupo social específico.

A aids esteve fortemente vinculada a termos cujas significações são carregadas de sentido negativo, como morte, horror, pecado, culpa, castigo, vergonha, e que remetem e explicitam a carga de medo e preconceito que acompanham a doença. Esse conteúdo simbólico que emergiu com a aids não constituiu exatamente uma novidade. Historicamente, outras pandemias trouxeram o mesmo sentimento de medo e terror, também evocando noções de culpa e castigo. A peculiaridade observada em relação à aids é que ela esteve associada a certos tipos de sexualidade marginais dentro da sociedade, a comportamentos sexuais considerados desviantes e, por isso mesmo, não aceitos socialmente.

Como ressaltado por Parker & Aggleton (118), no caso da aids, observa-se uma superposição de estigmas, tão mais importante quando se contextualiza o surgimento da epidemia em um momento marcado pela rápida globalização da sociedade contemporânea e por acelerados processos de exclusão social, com o aprofundamento das desigualdades, como o aumento da feminização da pobreza e da polarização entre ricos e pobres, do racismo e da discriminação étnica. Como assinalado por Parker, *o estigma não é um fenômeno social fortuito. Pelo contrário, o estigma tem sempre uma história que influencia o momento em que aparece e a forma que assume* (p. 24) (121).

O estigma que acompanha a aids tem, pois, múltiplas fontes, que se cruzam e interagem, reforçando-se mutuamente. A sinergia das múltiplas fontes de estigma é fenômeno importante a ser considerado, especialmente quando da análise e proposição de ações para o enfrentamento da epidemia, e um aspecto relevante e essencial a ser considerado na análise que se pretende realizar.

Os mecanismos de estigmatização e discriminação relacionados à aids vão desde formas explícitas até às mais camufladas e variaram ao longo do tempo e nos diferentes contextos sociais. As formas mais explícitas incluem o confinamento institucional, adotado por alguns países nos primeiros anos da epidemia; a proibição, por certos países, da entrada em seu território de pessoas vivendo com HIV/aids; a realização compulsória de testes sorológicos para HIV para admissão em emprego, escolas, Forças Armadas, com a recusa do ingresso dos soropositivos; a aposentadoria compulsória de trabalhadores soropositivos para HIV ou doentes de aids; e o abandono dos soropositivos pela família ou por seus parceiros sexuais ou cônjuges. É a essas formas de exclusão social impostas em decorrência do estigma da doença, e que constituem situações violadoras dos direitos humanos, que Mann chamou de “a terceira epidemia de aids”, que, segundo ele, é tão fundamental para o desafio global da aids quanto a própria doença (122).

As pessoas vivendo com HIV/Aids têm de lidar com o estigma e a discriminação e, conseqüentemente, com a possibilidade de não aceitação e rejeição sociais, dimensões presentes cotidianamente em suas experiências de vida a partir da descoberta da soropositividade – seja como experiência efetiva, seja como expectativa de concretização –, e que têm forte impacto sobre as suas condições de saúde e qualidade de vida. Essa vivência relacionada ao estigma e à discriminação priva ou atrasa a busca por ajuda, diagnóstico e tratamento, prejudica as medidas de autocuidado, como a adesão ao tratamento e, até mesmo, a adoção de medidas preventivas.

O estigma e a discriminação sofridos nos diversos espaços sociais, inclusive nos espaços de atenção à saúde, e os efeitos que provocam sobre a pessoa afetada constituem uma violação de direitos e promovem o aumento da vulnerabilidade individual, social e programática à aids (123).

### **2.3. Vulnerabilidade**

O conceito de vulnerabilidade tem sido objeto de reflexão teórica no campo da saúde, em geral, e da bioética, em particular, constituindo-se em um novo marco conceitual orientador das práticas em saúde. No campo da bioética, o desenvolvimento dessa reflexão teórica e de sua operacionalização

culminou com a enunciação, no artigo 8º da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, da Unesco, do “respeito pela vulnerabilidade humana” como um princípio ético a ser observado.

Há, no entanto, diferentes concepções a respeito do termo e de sua aplicabilidade no campo da bioética, as quais devem ser explicitadas.

De acordo com Neves (124), o conceito de vulnerabilidade foi introduzido no campo da bioética dentro do contexto da experimentação científica, estando presente nos principais documentos internacionais de bioética, como o Relatório Belmont, de 1978, a Declaração de Helsinque, em sua revisão de 1996, e o *International Ethical Guidelines for Biomedical Research Involving Human Subjects*, do *Council for International Organizations of Medical Sciences* em colaboração com a Organização Mundial de Saúde (CIOMS/WHO), em suas sucessivas formulações. Segundo a autora, a concepção de vulnerabilidade constante nesses documentos, que refletem o pensamento das correntes anglo-americanas da bioética, é a de que ela é um atributo, um adjetivo, uma característica que corresponde a uma parte ou classe de pessoas, sendo uma característica temporária e, portanto, passível de ser superada ou eliminada mediante a adequada proteção dos sujeitos vulneráveis. O contraponto da vulnerabilidade, de acordo com essa concepção, é a autonomia, entendida aqui como a capacidade individual de se autodeterminar.

A partir dessa conceituação, entende-se a centralidade conferida pela corrente principialista da bioética ao consentimento informado, como o instrumento capaz de proteger os grupos ou pessoas vulneráveis, conforme pode ser constatado pela centralidade que lhe é conferida nas Diretrizes Éticas Internacionais para a Pesquisa Envolvendo Seres Humanos, do CIOMS (125).

A autonomia é um princípio não só a ser respeitado, mas também a ser promovido por meio de ações e de instrumentos concretos que capacitem a pessoa a agir de forma autônoma, ou seja, de forma a “(...) manter suas perspectivas, fazer suas escolhas e decidir agir baseada nos seus valores e crenças pessoais” (Relatório Belmont, 1978) (p.160) (124).

Em síntese, a noção de vulnerabilidade é introduzida e persiste no vocabulário bioético numa função adjetivante, como uma

característica, particular e relativa, contingente e provisória, de utilização restrita ao plano da experimentação humana, tornando-se cada vez mais freqüente na constatação de uma realidade que se pretende ultrapassar ou mesmo suprimir por meio da atribuição de um poder crescente aos vulneráveis. (p.163) (124)

Em outra perspectiva, encontra-se o conceito de vulnerabilidade como condição humana universal. Esse conceito foi introduzido por pensadores europeus, como Lévinas e Hans Jonas, e acabou sendo incorporado pela bioética não apenas no plano da experimentação científica, mas em todos os campos da expressão humana. Todos os seres, humanos e não humanos, são vulneráveis perante o outro, isto é, são passíveis de serem feridos nessa relação com o outro. O eu – a subjetividade – só emerge a partir do outro, na relação com o outro – a alteridade – e, portanto, esse eu nasce dependente do outro, no que reside a vulnerabilidade enquanto condição humana. Ela (a vulnerabilidade) não é mais entendida como um atributo passível de ser removido ou eliminado, passando a ser vista como inerente à condição humana, e que exige como resposta ética a responsabilidade com o outro, no sentido do estabelecimento de uma relação não violenta com o outro.

De acordo com Neves (124), a “vulnerabilidade entra, assim, no vocabulário filosófico como realidade constitutiva do homem, como condição universal da humanidade e como indissolúvelmente ligada à responsabilidade, no sentido etimológico de resposta”.

Fica, portanto, evidenciada a dupla conceituação da vulnerabilidade, representada, de um lado, pela concepção anglo-americana, de atributo pessoal que diferencia grupos ou pessoas, e, de outro lado, pela concepção europeia, de condição inerente do ser humano. As diferenças entre essas duas concepções podem ser sintetizadas da seguinte maneira:

(...) as diferenças são significativas, se bem que complementarmente articuláveis: de função adjetivante, qualificadora de alguns grupos e pessoas, a vulnerabilidade passa a ser assumida como substantivo, descrevendo a realidade comum do homem; de característica contingente e provisória, passa a condição universal e indelével; de fator de diferenciação entre populações e indivíduos, passa a fator de igualdade entre todos; da consideração privilegiada do âmbito

da experimentação humana, passa para uma atenção constante também no plano da assistência clínica e das políticas de saúde; de uma exigência de autonomia e da prática do consentimento informado, passa à solicitação da responsabilidade e da solidariedade. (p.166) (124)

A Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos inscreveu o “Respeito pela Vulnerabilidade Humana e pela Integridade Individual” como um princípio ético, nos seguintes termos:

Artigo 8 – Respeito pela Vulnerabilidade Humana e pela Integridade Individual

A vulnerabilidade humana deve ser levada em consideração na aplicação e no avanço do conhecimento científico, das práticas médicas e de tecnologias associadas. Indivíduos e grupos de vulnerabilidade específica devem ser protegidos e a integridade individual de cada um deve ser respeitada. (DUBDH) (1)

Ao mesmo tempo em que a vulnerabilidade é considerada uma condição humana, reconhece-se a situação específica e particular de certos grupos ou pessoas em termos de vulnerabilidade. Além disso, a Declaração, ao reconhecer a vulnerabilidade como um princípio independente da autonomia e do consentimento, retira o caráter restritivo que lhe foi conferido inicialmente pela bioética que orientou a formulação dos primeiros documentos referenciais, que a vinculavam unicamente às situações de experimentação científica.

É preciso, no entanto, ampliar a conceituação da vulnerabilidade, à luz das novas tendências e necessidades colocadas pela bioética oriunda dos países periféricos, especialmente dos países latino-americanos, que inclui a Bioética de Intervenção, para abranger a noção de vulnerabilidade social, e não só a vulnerabilidade individual, como parecem fazer as conceituações anteriormente discutidas. Na abordagem de orientação europeia continental, a vulnerabilidade é apresentada como condição humana universal, ou seja, inerente ao indivíduo, e na orientação anglo-saxônica como característica particular de certos grupos ou pessoas, mas ainda como um atributo pessoal, sem a sua necessária contextualização em relação aos determinantes sociais.

Mesmo no âmbito da experimentação científica, é preciso alargar a concepção de vulnerabilidade, para que ela não fique focalizada unicamente sobre as características dos sujeitos ou grupos de pesquisas – como fazem os

documentos reguladores da ética em pesquisa mencionados anteriormente –, mas também para que incorpore as condições estruturais da comunidade ou do país em que se darão os experimentos.

Lorenzo *et al* (126) referem que as populações de contextos sociais empobrecidos experimentam riscos acrescidos que, normalmente, não são considerados dentro dos protocolos-padrão dos ensaios clínicos realizados em seus países. A vulnerabilidade social dessas populações – identificada como as condições estruturais da vida cotidiana – interfere na sua capacidade de se autodeterminar e decidir sobre sua participação nas pesquisas, além de provocar riscos excedentes de participação ou a potencialização dos riscos previstos (127). Diante disso, e para contrabalançar as condições de vulnerabilidade social existentes, propõem a adoção de critérios de proteção mais rigorosos e maior rigor na regulação das investigações nesses países, com a constituição de instâncias de controle e revisão ética efetivas.

Essa é a abordagem preconizada pela Bioética de Intervenção, que prioriza o reconhecimento da vulnerabilidade social das populações dos países em desenvolvimento e o respeito à integridade individual, no sentido de proteger os sujeitos de pesquisa e de criar mecanismos que possam compensar as insuficiências estruturais, minimizar os danos e maximizar os benefícios a essas populações.

Nessa mesma linha, o Programa Conjunto das Nações Unidas para a AIDS (UNAIDS) definiu um conjunto de diretrizes específicas a serem observadas em pesquisa sobre prevenção ao HIV (128). Uma das diretrizes da desse documento trata justamente dos cuidados a serem observados em relação a populações vulneráveis:

#### Guidance Point 8: Vulnerable Populations

The research protocol should describe the social contexts of a proposed research population (country or community) that create conditions for possible exploitation or increased vulnerability among potential trial participants, as well as the steps that will be taken to overcome these and protect the rights, the dignity, the safety, and the welfare of the participants. (UNAIDS) (128)

Se a vulnerabilidade se manifesta sempre no nível individual – é no corpo concreto que o indivíduo sofre – e reflete a suscetibilidade das pessoas a condições externas e internas que podem causar danos à sua integridade física, moral ou mental é preciso não perder de vista a realidade social em que a própria condição de suscetibilidade é produzida.

A vulnerabilidade de um indivíduo, família ou grupo social pode ser entendida como a maior ou menor capacidade de controlar as forças que afetam o seu bem-estar, ou seja, de dispor dos recursos requeridos para o aproveitamento das oportunidades – sociais, econômicas, culturais – propiciadas pelo Estado, mercado ou sociedade (129). Esses recursos podem ser definidos como: 1) físicos, que constituem todos os meios materiais essenciais para a sobrevivência e o bem-estar (renda, terra, animais, máquinas, moradia, bens duráveis para a reprodução social etc.); 2) humanos, que inclui o trabalho, com o valor agregado pelos investimentos em saúde e educação; e 3) sociais, que incluem as redes de reciprocidade, confiança, contatos e acesso à informação.

Assim, as situações de vulnerabilidade envolvem, de um lado, os recursos materiais e simbólicos dos indivíduos e grupos, e, de outro lado, as estruturas de oportunidades ofertadas pelo Estado, mercado e sociedade (129).

A condição de vulnerabilidade social é, pois, multidimensional e afeta os indivíduos, grupos e comunidades em planos e graus distintos, a depender da situação concreta de vida das pessoas em relação aos seguintes aspectos: inserção e estabilidade no mercado de trabalho; grau de coesão de sua rede de relações sociais e grau de acesso (e qualidade) a serviços públicos e outras formas de proteção social.

Além disso, há que se considerar a contribuição trazida por Bustamante, que introduz como fator de vulnerabilidade a falta de poder que experimentam certos grupos específicos, o que exigiria uma intervenção no sentido da garantia de uma cidadania ampliada (130).

O resultado de uma condição de vulnerabilidade social pode ser a fragilidade, a desproteção, a debilidade, o desfavorecimento e, inclusive, o

desamparo ou abandono, que pode chegar, no limite extremo, à exclusão social (131).

### **2.3.1. Vulnerabilidade e aids**

O desenvolvimento do conceito de vulnerabilidade no campo da saúde e, em particular, no campo da prevenção ao HIV/Aids, é recente e surge como alternativa à abordagem do risco individual, que se mostrou ao longo do tempo insuficiente para responder de forma efetiva às questões colocadas para o controle da epidemia. Se o conceito de risco é importante ferramenta no campo da epidemiologia, ele não alcança toda a complexidade da realidade social, e, no caso da aids, proporcionou resultados contraditórios. De um lado, a adoção da noção de “grupos de risco” como orientadora das ações de prevenção propiciou o direcionamento de ações para esses grupos, favorecendo a diminuição da incidência da doença entre eles. No entanto, provocou o aumento de atitudes discriminatórias e de estigmatização das pessoas identificadas como pertencentes a esses grupos, contribuindo para o seu isolamento social e dificultando mesmo as ações de prevenção.

A categoria “grupos de risco” foi, então, substituída pela categoria “comportamentos de risco”, tendo-se deslocado o enfoque dos grupos específicos para os comportamentos e práticas adotados, mas ainda mantendo-se uma orientação teórica calcada na dimensão individual do risco. Ainda que essa noção baseada em comportamentos de risco tenha contribuído para minimizar o peso que recaía sobre os principais grupos afetados pela doença, ao enfatizar que qualquer pessoa pode estar suscetível à infecção pelo HIV, a depender dos comportamentos adotados, ela mantém a ideia de culpabilização do indivíduo enquanto único responsável pelo seu adoecer.

A maneira encontrada de contornar e de suprir, no plano teórico e prático, a insuficiência do conceito de risco foi trazer para o debate o conceito de vulnerabilidade. Uma das primeiras propostas nesse sentido foi formulada pelo epidemiologista Jonathan Mann, na década de 1990, quando propôs que a vulnerabilidade ao HIV/Aids fosse analisada a partir de três eixos interdependentes: individual, programático (ou institucional) e social (132).

Na dimensão individual, há o aspecto biológico, que determina uma vulnerabilidade universal ao HIV, isto é, no plano biológico todas as pessoas são vulneráveis à infecção. No entanto, ainda em relação ao indivíduo, não basta a suscetibilidade biológica, é preciso que ocorram certas ações e certos comportamentos para que a transmissão aconteça. Mas o comportamento individual é determinado socialmente, a partir da posição que o indivíduo ocupa dentro da estrutura social e de acordo com diversos fatores sociais, como educação, trabalho, gênero, etnia, geração etc. Esse conjunto – biologia, comportamentos e fatores sociais individuais – condiciona a vulnerabilidade do indivíduo.

A vulnerabilidade programática diz respeito ao acesso que o indivíduo tem aos bens e serviços de saúde e à capacidade da estrutura ou do sistema de saúde de responder adequadamente às demandas de saúde. É um espaço que, segundo Mann, é perpassado por disputas pelos recursos – sempre escassos – e que depende da capacidade dos atores envolvidos de exercerem o controle social sobre a aplicação e a destinação desses recursos (132).

A vulnerabilidade em sua dimensão social expressa, em linhas gerais, as condições estruturais em que é produzida a exclusão social – econômica, de gênero, étnica, racial ou relacionada à orientação sexual (132). O conceito de exclusão antecede ao de vulnerabilidade e remonta aos estudos sobre a reestruturação produtiva e crise do estado de bem-estar social, e traz para o debate um conjunto de questões como falta de emprego, de salários, de moradia, de um nível mínimo de consumo; e ausência ou dificuldades no acesso a crédito, à terra, à educação, à cidadania, a bens e serviços públicos básicos. Além disso, um conjunto de questões relacionadas à identidade cultural, de gênero e de raça também são elementos utilizados nas diversas caracterizações da exclusão social. De acordo com Sudbrack (133),

Bastos & Szwarcwald utilizam os conceitos “bens materiais” e “bem simbólicos” de Pierre Bourdieu (1982) para tematizar a vulnerabilidade ao HIV. Ou seja, toda situação de saúde que se caracterize por desigualdades coletivas e que possam resultar em possibilidades diferenciadas quanto ao acesso aos bens e serviços, tanto materiais (alimentação, habitação, tratamento médico, etc.), quanto simbólicos (informação e poder de autodeterminação), geram situações de forte vulnerabilidade.

Isto é, a vulnerabilidade se refere aos diferentes graus de fragilidade dos indivíduos e grupos frente à infecção por HIV/Aids, segundo a particularidade vivida e de acordo com o conjunto integrado de aspectos sociais, programáticos e individuais que os coloca em menor ou maior risco frente ao problema. (s/n) (133)

A noção de vulnerabilidade compõe uma síntese conceitual e prática das dimensões sociais, político-institucionais e comportamentais que geram diferentes suscetibilidades para indivíduos, grupos populacionais e até mesmo nações em relação à infecção pelo HIV e às suas consequências indesejáveis.

Segundo Ayres *et al* (134), no contexto brasileiro de combate à aids, tem-se buscado trabalhar de forma integrada os diversos aspectos implicados na exposição à infecção e ao adoecimento, evitando-se a fragmentação dos determinantes dos contextos de vulnerabilidade e a sua dicotomização em determinantes individuais e coletivos. Busca-se tratar as dimensões individual, social e programática da vulnerabilidade de forma indissociável e mutuamente referidas. Para esses autores, o foco das análises e das ações deve assentar, prioritariamente, sobre as relações sociais que estão na base das situações de vulnerabilidade, e menos sobre as identidades pessoais ou sociais. As três dimensões constitutivas das situações de vulnerabilidade são sempre vistas sob o aspecto relacional que as informa:

- a) o individual já sempre como **intersubjetividade**, isto é, como identidade pessoal permanentemente construída nas interações eu-outro;
- b) o social já sempre como **contextos de interação**, isto é, como os espaços de experiência concreta da intersubjetividade, atravessados por normatividades e poderes sociais baseados na organização política, estrutura econômica, tradições culturais, crenças religiosas, relações de gênero, relações raciais, relações geracionais etc;
- c) o programático já sempre como formas institucionalizadas de interação, isto é, como conjunto de políticas, serviços e ações organizadas e disponibilizadas em conformidade com os processos políticos dos diversos contextos sociais, segundo os padrões de **cidadania** operantes. (p. 13) (134) [grifos no original]

A utilização do conceito de vulnerabilidade promoveu, pois, mudanças nas práticas tradicionais de prevenção. Mais que atuar sobre indivíduos

expostos, busca-se trabalhar com populações suscetíveis, mediante processos educativos pautados em suas experiências concretas e em seu contexto social, de forma a instrumentalizá-las no sentido do seu empoderamento, tendo como fonte de inspiração a proposta de Paulo Freire de educação como prática de liberdade (135).

Essa nova concepção promoveu inovações nos modelos de intervenção, que passaram a privilegiar a mobilização social, a intervenção baseada na educação de pares, a intervenção comunitária, o ativismo e os direitos humanos, como aspectos imprescindíveis para o controle da epidemia. De acordo com Paiva, *é preciso politizar os espaços psico-educativos e propor a noção de “emancipação psicossocial” como uma das referências para aprofundar a operacionalização da noção de vulnerabilidade.* (p.58) (135)

O conceito de vulnerabilidade é uma das categorias analíticas a serem utilizadas na abordagem do problema da criminalização das pessoas que vivem com HIV/Aids, pois permite a apreensão e contextualização das dimensões individual, programática e social que envolvem a questão da criminalização e traz à cena a necessidade de se aprofundar os conceitos de estigma, responsabilidade individual e coletiva, direitos humanos, e de relacioná-los às desigualdades de acesso à prevenção, à assistência e ao tratamento. Entendemos ser necessária uma abordagem estrutural para a compreensão do problema, que envolve questões como a desigualdade de poder nas relações de gênero, o estigma e a discriminação sexual, a discriminação étnica, e, principalmente, o estigma relacionado ao viver com HIV e aids.

### **CAPÍTULO 3. LEI PENAL E SAÚDE PÚBLICA: PRÁTICAS DISCURSIVAS ENVOLVIDAS NA CRIMINALIZAÇÃO DA TRANSMISSÃO SEXUAL DO HIV**

A criminalização da transmissão sexual do HIV é um fenômeno eminentemente social, já que envolve a norma jurídica – ela própria uma construção social – enquanto forma de controle aplicada a uma condição de saúde que envolve, no âmbito individual, um comportamento humano e relações interpessoais, e, no âmbito coletivo, a saúde pública.

Como estamos lidando com um tema que se situa em um ponto de intersecção entre o direito, a moral e a saúde, e, por decorrência, onde também se insere a bioética, é importante estabelecer algumas delimitações conceituais, uma vez que o Direito e a Saúde Pública constituem práticas discursivas que, apesar de serem de diferentes ordens, compartilham o fato de estarem associadas, cada qual à sua maneira, ao controle social.

Creemos que, para o debate que se pretende realizar, é necessário identificar as racionalidades subjacentes às práticas da saúde pública e às do sistema criminal, bem como a existência de pontos de convergência e de contraposição. No campo da saúde pública, por exemplo, para orientar as respostas ao HIV, interessa entender as normas sociais que regem o comportamento humano e o contexto em que as relações sexuais ocorrem. Já o sistema penal descontextualiza os “significados” das relações sexuais, buscando identificar de forma objetiva danos e culpa. No caso da prevenção ao HIV, a saúde pública pauta-se pela noção de mútua responsabilidade nas práticas sexuais e pela mudança de comportamentos de risco baseada no empoderamento e na autonomia de decisão do indivíduo sobre o seu próprio corpo. Já as leis penais centram-se na identificação de responsabilidades individuais e na conformação das condutas às prescrições normativas pelo medo de punição, via imposição legal.

Além das concepções tradicionais da saúde pública e da prevenção, esse debate deve incorporar os aspectos relacionados à própria sexualidade humana e sua relação com o HIV/aids. É relevante para esse debate identificar e entender as formas como as pessoas estão gerenciando o risco juntamente com seus parceiros, que vão mais além que a mera introdução do uso do

preservativo. O gerenciamento desses riscos nem sempre é verbalizado pelos parceiros, mas pode ocorrer por meio de estratégias silenciosas. Como afirma Maksud (2):

[E]sta “negociação” entre desejos e práticas pode resultar em diferentes estratégias e pode ter vários outros significados, como um uso irregular do condom, ou a adoção de outras formas cotidianas de minimizar o risco da transmissão do HIV (p. 362) (2).

Outro aspecto fundamental no âmbito da sexualidade a ser mais bem discutido é o controle externo da sexualidade, que se acentua com a criminalização. A soropositividade para o HIV, por si só, impõe a entrada de um olhar externo, representado pela ação dos profissionais de saúde, em um campo que é próprio da esfera da vida privada – o exercício da sexualidade. Ainda de acordo com Maksud, *[n]a reorganização biográfica dos casais sorodiscordantes, médicos, psicólogos, outros profissionais de saúde passam a desempenhar, aos olhos dos casais, um papel de “fiscalização” da vida cotidiana* (p. 364) (2), e isso é visto pelos casais como uma intervenção invasiva.

À “medicalização da sexualidade” sobrevém a “judicialização da sexualidade”, promovida pelas ações de criminalização da transmissão sexual do HIV, com todos os desnudamentos que provoca no sentido da constatação de culpabilidades, o que pode implicar a violação da intimidade no mais alto grau. Essa é uma das afrontas apontadas aos direitos humanos, quando o direito à inviolabilidade da vida privada, o direito à intimidade, não é respeitado.

A criminalização da transmissão do HIV remete aos esquemas disciplinares discutidos por Foucault, que vão de um modelo centrado na instituição fechada, que ele chamou de disciplina-bloco – as prisões, por exemplo -, para um modelo funcional, em que a disciplina ocorre por meio de uma vigilância generalizada, cujo protótipo é o panóptico<sup>9</sup>, idealizado por

---

<sup>9</sup> O Panóptico, proposto por Bentham, é descrito pelo próprio Foucault como uma figura arquitetural que tem “na periferia uma construção em anel; no centro, uma torre: esta é vazada de largas janelas que se abrem sobre a face interna do anel; a construção periférica é dividida em celas, cada uma atravessando toda a espessura da construção; elas têm duas janelas, uma para o interior, correspondendo às janelas da torre; outra, que dá para o exterior, permite que a luz atravesse a cela de lado a lado. Basta então colocar um vigia na torre central, e em cada cela trancar um louco, um doente, um condenado, um operário ou um escolar. [...] A visibilidade é uma armadilha.” (p. 190) (136)

Jeremy Bentham (136). O *Panopticom* sintetiza o modelo ideal da sociedade de controle, quando cada indivíduo sabe estar sob vigilância constante, para que a *vigilância seja permanente em seus efeitos, mesmo se é descontínua em sua ação* (p. 191) (136). Segundo Foucault, *o esquema panóptico [...] é destinado a se difundir no corpo social* (p. 196) (136) e tem por objeto e fim as relações de disciplina.

Para Foucault, o poder passa a ser essencialmente normalizador, voltado para a gestão da vida. O poder sobre a vida é o poder sobre os corpos, do corpo individual – corpo-máquina – e do corpo como espécie, sobre o qual se coloca uma série de intervenções e controles reguladores, ao que ele chamou de *bio-política da população*, para produzir “corpos dóceis”. Para ele, *as disciplinas do corpo e as regulações da população constituem os dois pólos sobre a vida* (p. 131) (137) e o sexo articula esses dois eixos sobre os quais se desenvolveu a tecnologia política da vida: de um lado, ele promove um micropoder sobre o corpo, que se manifesta como “vigilâncias infinitesimais”, e, no outro polo, ele promove medidas sobre o corpo social tomado globalmente. A norma, mais do que o sistema jurídico, ou a lei, passa a ter importância capital no desenvolvimento do que ele chamou de *biopoder*. Como ele ressalta, não que a lei tenha sido anulada, mas ela funciona cada vez mais como norma, por dentro dos aparelhos médicos, administrativos etc.

A sociedade disciplinar de Foucault, a biopolítica<sup>10</sup> da população, fazem todo o sentido diante da tendência de criminalização da transmissão sexual do HIV, quando a sexualidade e as práticas sexuais passam a ser mais intensamente objeto de regulação social. Impõe-se a necessidade de um controle social sobre tais práticas, para garantir os comportamentos ditos seguros. Esse controle tem sido exercido pela medicina – mediante as prescrições sobre o que se pode ou deve fazer, e como fazer – e, agora, está sendo estendido para alcançar o âmbito judicial.

---

<sup>10</sup> Não será objeto deste trabalho o viés analítico da criminalização da transmissão do HIV a partir das categorias “biopoder” ou “biopolítica” formuladas por Foucault e o papel da bioética enquanto forma de resistência. Essas categorias são aqui tomadas apenas para evidenciar o papel da lei penal e da medicina/saúde pública como instâncias normalizadoras, mas não serão aprofundadas neste estudo. Essa é outra vertente de investigação, que poderá ser explorada em outros estudos.

### 3.1. CRIME E CASTIGO: A LEI PENAL

Cabe, preliminarmente, estabelecer uma discussão, ainda que breve, sobre o papel da lei penal na sociedade, o impacto da lei penal na prescrição de condutas, para, em capítulo posterior, discutir a criminalização da transmissão do HIV na perspectiva do direito. Qual é a natureza da lei penal? A partir de quais fundamentos é feita a escolha social de se punirem determinadas condutas? No caso da lei penal voltada para a criminalização da transmissão do HIV, essa escolha está assentada em um fundamento da saúde pública?

Para Habermas, as regras morais e legais, apesar de serem tipos de ações normativas diferentes, são dois sistemas mutuamente complementares (138). Como exemplo, cita os direitos humanos, que são concebidos desde a sua origem como direitos em sentido jurídico, mas que não são desprovidos de um conteúdo moral. Habermas afirma que uma ordem legal só pode ser considerada legítima se ela não contradiz os princípios morais básicos. A legitimidade é um dos componentes da validade de uma norma legal, e tem por referência a moralidade nela inscrita. No entanto, ele observa que isso não quer dizer que a regra moral tenha prevalência ou que seja hierarquicamente superior à norma legal. Ao contrário, defende que a moralidade e as leis positivadas relacionam-se de forma complementar.

E são complementares também por se referirem ao mesmo objeto ou questões: como as relações interpessoais podem ser ordenadas e como os conflitos podem ser resolvidos a partir de princípios normativos e regras reconhecidos intersubjetivamente? Mas, cada um dos dois campos – da moral e do direito – têm formas diferentes de abordar essas questões. A moralidade mantém-se no âmbito da cultura, enquanto que a lei, além disso, tem também um caráter institucional. A lei não é apenas um sistema simbólico, como a moral, mas um sistema de ação prática.

Para Bobbio (139), o direito é um conjunto de normas, ou de regras de conduta. A normatividade é, portanto, a característica essencial do direito. No entanto, a experiência normativa humana não se resume à experiência jurídica, mas abrange as normas religiosas, morais, sociais, costumeiras etc., todas elas

portadoras de características bastante distintas entre si; elas variam em termos do conteúdo, das finalidades, das obrigações derivadas, dos sujeitos aos quais se destinam. (139)

Em essência, todas as normas têm um objetivo comum, qual seja, o de modelar ou condicionar o comportamento humano, seja individualmente, seja enquanto grupo. Tanto as normas morais quanto as jurídicas buscam influenciar as condutas humanas, promovendo uma aproximação daquilo *que é* àquilo que *deve ser*, ou seja, àquilo que a sociedade entende como sendo os comportamentos desejáveis. Esse *dever-ser* é a prescrição normativa. Na base dessas normas está a necessidade de garantir a sobrevivência e a coesão sociais.

O surgimento da sociedade disciplinar, conforme desvendado pela arqueologia dos saberes empreendida por Foucault, ensejou o nascimento de determinados saberes com estatuto científico, como a medicina social e a psiquiatria, e, poderíamos dizer que, no mesmo diapasão, a ciência jurídica. Foi para responder às necessidades de segurança do capitalismo emergente que o direito penal se constituiu como saber científico – a ciência jurídica – sob a égide do paradigma da ciência moderna, assentada nos pilares, ainda que antagônicos, do racionalismo e do empirismo. Quando nasce o Estado, nasce o direito. A ciência jurídica surge para dar resposta às necessidades de consolidação do Estado moderno, que buscava se estabelecer enquanto força centralizada, na forma de um Estado Absolutista, cuja primeira missão era ordenar o pluralismo social então vigente, como condição indispensável ao nascimento e à consolidação do mercado. O direito positivo surge para determinar os direitos e as obrigações de cada um, e, nas palavras de Bobbio, para fornecer

um padrão objetivo de solução dos conflitos (a lei) para uma sociedade cujo relativismo valorativo poderia levar à dissolução. Assim, enquanto comando imperativo do soberano, a lei aparece como fonte objetiva de dissolução das controvérsias e como resposta institucional às incertezas da sociedade de mercado nascente. (p. 37) (140)

Daí se depreende que uma das funções primeiras do direito foi o de propiciar coesão social, mediante o estabelecimento de normas de conduta que

permitissem a sobrevivência da sociedade. Esse, no entanto, também é o fim último das normas sociais e das normas éticas ou morais (139). Coloca-se, então, a questão da relação existente entre as diferentes normas: o que distingue umas das outras?

A norma jurídica regula sempre uma relação intersubjetiva, bilateral, externa ao próprio indivíduo; já a norma moral é uma norma interna, restrita ao próprio Eu, da pessoa para com ela mesma. Já em Kant tem-se a diferenciação entre leis jurídicas e leis morais nos seguintes termos:

Enquanto dirigidas meramente a ações externas e à sua conformidade à lei, são chamadas de *leis jurídicas*; porém, se adicionalmente requererem que elas próprias (as leis) sejam os fundamentos determinantes das ações, são *leis éticas* e, então, diz-se que a conformidade com as leis jurídicas é a legalidade de uma ação, e a conformidade com as leis éticas é sua moralidade. (p. 33) (141)

O motivo que determina a obrigatoriedade de se conformar à lei também é um fator que diferencia a lei jurídica da lei ética. Segundo Kant, as leis morais são imperativos categóricos, isto é, são comandos ou proibições que não estão condicionados a nada além do dever moral do cumprimento. O imperativo categórico torna a ação necessária independentemente de qualquer fim que pode ser com ela alcançado. Para Kant, a legislação que *faz de uma ação um dever, e também faz deste dever o motivo, é ética*. Porém, a legislação que *não inclui o motivo do dever na lei e, assim, admite um motivo distinto da idéia do próprio dever, é jurídica*. (p.41) (141)

Além desses aspectos, esses dois tipos de normas também se diferenciam no que tange ao tipo de sanção que impõem em caso de violação de suas prescrições. No caso da norma moral, não só a norma é interna ao indivíduo, mas também o é a própria sanção decorrente da sua não observância, como o sentimento de vergonha ou culpa. A sanção fica, pois, condicionada à sensibilidade moral do sujeito. Já no descumprimento da norma jurídica, a sanção é externa, é institucionalizada e segue regras de controle, para garantir a certeza e a proporcionalidade da punição, além da imparcialidade da decisão. (139)

Para Weber, a *validade de uma ordem deve significar mais do que uma simples regularidade determinada pelo costume ou pelos interesses envolvidos por um agir social* (p. 97) (142); uma “ordem legítima” deve estar apoiada em um consenso de valores, uma vez que essa ordem deve ser reconhecida como válida aos olhos dos agentes, ou seja, intersubjetivamente. Para ele, nas palavras de Habermas, *uma ordem legítima não repousa somente num consentimento normativo, ancorado intrapsiquicamente através da internalização de valores correspondentes* (p. 97) (142), que tem nas sanções internas a sua garantia, mas ela deve contar com garantias externas, dadas pelas convenções ou pelo direito.

No mesmo sentido, Bobbio argumenta ser muito frágil um sistema que conte apenas com as sanções internas – próprias das normas morais – para garantir que as condutas desejáveis e indispensáveis para a sobrevivência da sociedade sejam obedecidas.

No entanto, como assinala Bobbio, os critérios da intersubjetividade e da exterioridade podem ser suficientes para distinguir o direito de uma norma moral, mas não são suficientes para distingui-lo das chamadas “normas sociais”, que, segundo o autor, *tendem, como as normas jurídicas, a regular as relações sociais dos indivíduos e por isso, têm também como conteúdo as relações intersubjetivas* (p.148) (139) Nesse caso, há que se admitir um novo critério de distinção, que, segundo aquele autor, é o critério da finalidade da norma. O direito, como as normas sociais, regula relações intersubjetivas, mas, diferentemente daquelas, o direito destina-se a regular apenas as relações essenciais para a sobrevivência da sociedade. As normas jurídicas voltam-se para as regras de conduta sem as quais a sociedade não poderia subsistir.

Mas o reconhecimento de quais condutas são essenciais para essa subsistência é variável, de acordo com a época e com a sociedade em questão. O reconhecimento da ordem social possui duas fontes de legitimação, segundo Weber: a primeira, como “convenção”, quando a validade social de determinada ordem ocorre por meio da desaprovação geral e perceptível acerca do comportamento desviante; a segunda, no plano do “direito”, quando o comportamento prescrito pela norma é garantido por meio da ameaça de sanções externas por parte de uma “instância que obriga” (142). Na visão dos

autores que consideram o direito um ordenamento coativo, como Kelsen, e que priorizam, portanto, a coação como o elemento constitutivo do direito, a norma jurídica genuína, ou primária, é aquela que prescreve a sanção a ser imputada no caso da não observância da conduta que o ordenamento jurídico tem como fim (142).

O direito não é a única forma de controle social possível, mas a sua especificidade consiste, justamente, em fazer isso mediante o uso de meios coercitivos, pelo uso da força. Para Bobbio (143), o direito penal constitui um conjunto de regras que visam a estabelecer as condições mínimas para a convivência dos membros do grupo social. Segundo esse autor, o papel do direito na sociedade é *proteger determinados interesses mediante a repressão dos atos desviantes* (p. 24) (143). Portanto, a função precípua do direito é o controle social, exercido pelo uso de meios coercitivos com função preponderantemente repressiva – típica do direito –, ainda que se reconheça que o direito exerça também um papel preventivo, dado o caráter intimidativo da sanção que, pelo medo da punição, inibe os comportamentos desviantes.

Assim, em um ordenamento jurídico protetivo-repressivo, o interesse é impedir a prática de comportamentos socialmente não desejáveis pelo uso de sanções, que têm a finalidade de retribuição, ou seja, de atribuir consequências desagradáveis a comportamentos não desejados.

No entanto, Bobbio reconhece que a concepção iluminista do direito enquanto cerne da civilização e instrumento de mudança social está sendo cada vez mais questionada, e vai mais longe ao afirmar que

a crise do primado do direito ainda é mais ampla: não se trata apenas de colocar em dúvida a sua capacidade de influir na mudança social, mas também de destacar os seus limites naquela que é a sua função específica, qual seja, servir como instrumento de *controle social* (no sentido mais estrito da palavra). (pp. 34-35) (143)

O positivismo do direito tem sido criticado por diversas correntes e em diferentes perspectivas, mas esse é um tema que foge do escopo deste trabalho e, portanto, não nos deteremos em discutir tais críticas e os seus fundamentos.

À função repressiva do direito, Bobbio destaca também uma função de promoção de determinados comportamentos, por meio de estímulos e desestímulos, identificando-a como uma dimensão de “direção social” do direito, além da clássica dimensão de “controle social”. A partir dessa nova perspectiva do direito, surge a necessidade de se lançar um olhar para os destinatários das normas, suas condutas e motivações, o que remete o direito a uma aproximação mais estreita com as ciências sociais. O aporte do conhecimento oriundo das ciências sociais sobre as motivações e os determinantes dos comportamentos desviantes poderá ajudar a modificar as condições sociais que ensejam tais comportamentos, deslocando, assim, o foco do aparato jurídico direcionado para a sua punição. Nesse novo cenário, o direito configurar-se-ia como o que Bobbio denominou de *ciência do direcionamento social* (p.45) (143).

De acordo com Ferrajoli (144), assiste-se na atualidade a uma grande expansão da intervenção penal, que passa a ocupar a posição de principal instrumento de regulação jurídica ou de controle social, incidindo sobre os mais diversos tipos de delitos. A sanção penal aparece como a forma mais efetiva de responsabilização, resultando no que o autor chamou de “inflação de interesses penalmente protegidos”, o que tem provocado a perda da consistência conceitual dos bens jurídicos. Isso em função da falta de efetividade de outros tipos de sanção.

Tradicionalmente, considera-se que o direito penal tem a finalidade de proteger bens jurídicos, entendidos como direitos subjetivos e interesses fundamentais, sejam individuais, sejam coletivos, protegidos constitucionalmente. No entanto, nem todos os bens jurídicos são protegidos pela lei penal, apenas os mais essenciais – o que confere ao direito penal um caráter fragmentário –, e apenas quando as demais formas de tutela dos bens jurídicos fracassam é que a lei penal deve ser empregada, o que lhe imprime caráter subsidiário. A subsidiariedade como característica do direito penal deriva do reconhecimento de que recursos menos severos aplicados pelos demais ramos do direito devam ser tentados na proteção dos bens jurídicos, antes de se lançar mão de penas mais graves, decorrentes da aplicação da lei penal, como a privação da liberdade e a restrição de direitos individuais. (145)

A colocação de limites à utilização da lei penal insere-se no chamado *princípio da intervenção mínima* do direito penal, que preconiza que, no Estado de direito, a lei penal só deve ser utilizada como último recurso (*ultima ratio*) de tutela dos bens jurídicos considerados essenciais, para a proteção das pessoas e da sociedade. Além de indicar que a lei penal deva incidir apenas sobre os bens de maior relevo, o princípio da intervenção mínima também *se presta a fazer com que ocorra a chamada descriminalização* (p.49) (146), quando, acompanhando as mudanças sociais, certos tipos incriminadores são retirados do ordenamento jurídico-penal.

Outra crítica ao sistema penal é quanto à seletividade, que pode ocorrer tanto no momento da edição das leis definidoras dos crimes e sancionadoras da punição de certas pessoas, quanto no momento da punição que se materializa no caso concreto (147). Neste último caso, de acordo com Zaffaroni *et al*, a seletividade decorre da limitada capacidade das agências de criminalização secundária, representadas pelas agências policiais, frente à *imensidão do programa que discursivamente lhes é recomendado* (p.44) (147) – cuja tendência é de crescimento, com a edição de novas leis. Segundo esses autores, as agências policiais não selecionam apenas segundo seu exclusivo critério, mas o fazem também de acordo com o poder de outras agências, como as de comunicação social, as agências políticas etc. A seletividade ocorre quando, predominantemente, se criminalizam grupos ou indivíduos em situação de maior vulnerabilidade, sujeitos a processos de estigmatização e preconceito que lhes imputam o estereótipo criminal, o que os tornam os alvos preferenciais e mais fáceis de sofrer criminalização.

A seletividade no momento da criação das normas, segundo Luhmann, ocorre quando o legislador *se confronta com uma multiplicidade de projeções normativas já existentes, entre as quais ele opta com um grau maior ou menor de liberdade* (p. 8) (148). Ainda seguindo Luhman, a função do legislador *não reside na criação de direito, mas na seleção e na dignificação simbólica de normas enquanto direito vinculativo* (p. 8) (148). Essa decisão implica a seleção de *destinatários de repreensões, de sanções políticas e de tentativas de alteração da legislação* (p. 8) (148), ou seja, é uma decisão quanto aos fatos sociais que serão estatuídos como direito positivo.

A criminalização da transmissão sexual do HIV está situada dentro desse quadro do direito positivo e é nesse marco que os processos judiciais têm sido decididos. É, portanto, a partir desse marco conceitual que se procederá à análise sobre a criminalização da transmissão sexual do HIV na perspectiva dos operadores do Direito.

### **3.2. CRIME E CASTIGO: DISPOSITIVOS DE SAÚDE PÚBLICA**

Dispositivo, no sentido conferido por Foucault (149), é um termo que designa uma rede que se estabelece entre elementos heterogêneos, de natureza discursiva e não discursiva, que se constitui e se estrutura com uma função estratégica definida, para responder a uma determinada urgência. O dispositivo engloba discursos e enunciados filosóficos e morais, instituições, normas, leis, medidas administrativas etc. A partir dos efeitos que provoca, o dispositivo constituído se rearticula e adquire novos arranjos e significados, cumprindo com novas funções estratégicas.

O conceito de dispositivo dado por Foucault aplica-se perfeitamente bem à saúde pública, que se constituiu e se estruturou, inclusive como um novo saber, a partir de necessidades sociais históricas determinadas, para cumprir uma função estratégica. O próprio Foucault demarca o final do século XVIII e início do XIX como a época de constituição da saúde pública, quando o advento do capitalismo impôs a necessidade de se partir de uma medicina individualista para uma medicina coletiva, para socializar o corpo como força de trabalho (150). O controle da sociedade começou como controle do corpo, que passa a se constituir como realidade biopolítica, e o poder médico como a estratégia adotada.

A análise histórica mostra que a saúde pública, antes de se constituir como um saber científico, constituiu-se como o exercício de um poder. Muito antes de se afirmar como disciplina científica autônoma e se constituir como referência de uma *episteme*, isto é, um campo estruturado de conhecimento, a saúde pública surgiu para responder a mudanças expressas na crescente urbanização das cidades, na alteração da relação entre campo e cidade, no rápido processo de industrialização, na constituição do próprio Estado, para

cujas defesas se impõem o controle das populações com o objetivo de garantir a ocupação dos territórios, mediante o que Foucault chamou de “esquadrinhamento médico da população”. Foi como dispositivo de controle dos corpos e das populações, apoiada na estatística e na demografia, que a saúde pública ganhou o estatuto de cientificidade. (150)

Na história da saúde pública, que, em grande medida, se confunde com a história das doenças transmissíveis, a questão do castigo, do isolamento, da punição, do estigma, do preconceito contra as pessoas, que, de formas diversas, são penalizadas pela possibilidade de transmitirem uma doença infectocontagiosa, sempre estiveram presentes. No âmago dessas questões, encontra-se o conflito entre o direito individual – e a responsabilidade dele derivada, em suas diferentes expressões sociais – e os interesses coletivos. Esse conflito envolve o debate sobre a autonomia do indivíduo na sociedade moderna, seus limites e possibilidades na conformação da sociabilidade, e está na base dos principais problemas enfrentados no momento de constituição do Estado Moderno e na origem de diversos dilemas éticos.

O deslocamento de um ser genérico, despossuído de autonomia e de centralidade, vigente em toda a Idade Média, para um ser singular, autônomo e independente – que configura a emergência do conceito de indivíduo –, opera uma mudança substancial na condição humana e nas suas redes de relações sociais, que viria a conformar os valores da sociedade moderna. Tais mudanças fazem emergir o dilema moral entre individualismo em excesso, de um lado, e ausência de liberdade individual, de outro, dilema também expresso como conflito entre o interesse individual e o interesse coletivo. O cálculo do ponto de equilíbrio para se alcançar o ótimo bem-estar individual e da comunidade tornou-se um desafio para as gerações que estiveram à frente do projeto da construção da modernidade e continua ainda hoje (151).

Historicamente, têm se observado conflitos entre a medicina e o direito, entre políticas de saúde pública e as liberdades individuais, que, frequentemente, são identificados como violações de direitos. A restrição de direitos é, em geral, justificada como medida necessária para a proteção da saúde pública, quando os direitos de alguns devem ser sacrificados em

benefício da coletividade. De fato, a saúde pública foi construída e conformada na luta contra as doenças infecciosas, quando, o mais das vezes, eram empregadas medidas coercitivas, que acabaram sendo incorporadas ao arsenal de medidas próprias da saúde pública, como a imposição de realização de testagem e de medidas preventivas e terapêuticas para determinadas doenças, a quarentena e o isolamento, a restrição de viagens etc. Exemplos clássicos da concepção autoritária da saúde pública foram as respostas dadas para o problema da hanseníase e das doenças mentais, que tiveram como abordagem médico-sanitária o segregacionismo e o enclausuramento dos doentes, como forma de mantê-los afastados do convívio social.

No caso das doenças mentais, conforme assinala Pessotti (152), a internação manicomial tornou-se o modelo terapêutico predominante a partir do século XIX – denominado por ele como “século do manicômio” – e tinha uma dupla finalidade, que é a expressão mesma de um conflito: de um lado, a necessidade de controlar o comportamento aberrante e desviante do louco e, com isso, garantir proteção à sociedade, e, por outro lado, proteger o paciente das agressões do meio social. A abordagem da doença mental pela medicina evidenciava o peso do estigma que pairava sobre a figura do louco, identificado como alguém perigoso, que precisava ser controlado e vigiado permanentemente, concepção que ainda não foi completamente superada e que continua no imaginário popular e, até mesmo, entre profissionais de saúde.

O impressionante arsenal (é bem este o termo) de instrumentos terapêuticos violentos, a férrea disciplina na conduta clínica, ou as práticas repressivas da vida manicomial estão a demonstrar quanto a medicina se aproximava do louco como quem se defronta com um inimigo que, além de perigoso, por isso sempre vigiado de perto, carrega em si mesmo uma “natureza”, “instintos”, “impulsos”, ou seja, uma “animalidade” que precisa ser domada. (p. 13) (152)

O mesmo modelo de segregação social foi adotado para algumas doenças contagiosas, cujo exemplo mais dramático é o da hanseníase. A história da hanseníase é uma história de exclusão e isolamento dos doentes. Mesmo antes do advento de instituições fechadas destinadas a abrigar os doentes, eles eram excluídos do convívio social. Segundo Foucault, a

hanseníase protagonizou um dos principais modelos de organização médica na história ocidental – o modelo da exclusão –, quando, na Idade Média, *o leproso era alguém que, logo que descoberto, era expulso do espaço comum, posto para fora dos muros da cidade, exilado em um lugar confuso onde ia misturar sua lepra à lepra dos outros* (p.88) (150).

As intervenções do Estado no campo da saúde pública não se deram sempre de forma tranquila, mas motivaram a reação popular em diferentes momentos históricos ao longo da constituição do campo de prática da disciplina. Foucault faz referência a esse tipo de situação ao citar os estudos de Thomas Mckeown, que produziu uma série de artigos no *Public Law*, sobre as resistências populares às intervenções biomédicas nos séculos XVII e XVIII. Tais resistências viriam a se constituir como um fenômeno social de longa duração histórica, com desdobramentos que exigiram a intervenção estatal para a manutenção da ordem em nome da saúde pública.

Creio que seria interessante analisar, não somente na Inglaterra, mas em diversos países do mundo, como essa medicina, organizada em forma de controle da população pobre, suscitou resistências. É, por exemplo, curioso constatar que os grupos de dissidência religiosa, tão numerosos nos países anglo-saxões, de religião protestante, tinham essencialmente por objetivo, nos séculos XVII e XVIII, lutar contra a religião de Estado e a intervenção do Estado em matéria religiosa. Ora, o que reaparece, no século XIX, são grupos de dissidência religiosa, de diferentes formas, em diversos países, que têm agora por objetivo lutar contra a medicalização, reivindicar o direito das pessoas não passarem pela medicina oficial, o direito sobre seu próprio corpo, o direito de viver, de estar doente, de se curar e morrer como quiserem. Esse desejo de escapar da medicalização autoritária é um dos temas que marcaram vários grupos aparentemente religiosos, com vida intensa no final do século XIX e ainda hoje. (p.96) (150)

Em anos mais recentes, a exclusão social originada do estigma ainda é experimentada pelas vítimas de uma doença típica da contemporaneidade – a aids. Nesse caso, os mecanismos de exclusão vão desde formas explícitas até às mais camufladas. As mais explícitas incluem o confinamento institucional, adotado por alguns países nos primeiros anos da epidemia; a proibição, por certos países, da entrada em seu território de pessoas que vivem com

HIV/aids; a realização compulsória de testes sorológicos para HIV para admissão em emprego, escolas, Forças Armadas, com a recusa do ingresso dos soropositivos; a aposentadoria compulsória de trabalhadores soropositivos para HIV ou doentes de aids; e o abandono dos soropositivos pela família ou por seus parceiros sexuais ou cônjuges. É a essas formas de exclusão social impostas em decorrência do estigma da doença que Mann chamou de “a terceira epidemia de aids”, que, segundo ele, é tão fundamental para o desafio global da aids quanto a própria doença (122). É também o que Betinho denominou de “morte social” da pessoa vivendo com HIV.

Conflitos e tensões envolvendo, de um lado, os direitos individuais, especialmente, o direito à liberdade e à privacidade, e, de outro, os interesses da saúde pública permanecem não totalmente resolvidos, quando se pretende adotar, pela via impositiva, medidas como vacinação, isolamento, quarentena ou notificação de doenças sexualmente transmissíveis. Desde o início do século passado, há registros de casos judiciais envolvendo conflitos dessa natureza. No Brasil, as famosas “revoltas da vacina” são exemplos desse tipo de conflito.

Para muitos autores, a solução desses conflitos exige que o campo da saúde pública incorpore a abordagem dos direitos humanos (102). Em verdade, os direitos individuais não são absolutos, como reconhece a própria Declaração Universal de Direitos Humanos (75), *in verbis*:

#### Artigo XXIX

2. No exercício de seus direitos e liberdades, toda pessoa estará sujeita apenas às limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer às justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática.

No entanto, conforme assinalam Mann *et al* (102), a restrição de direitos deve obedecer certos critérios para que tenha legitimidade e não constitua uma violação, uma arbitrariedade. A restrição de direitos deve ser feita apenas em função de objetivos legítimos, deve estar prevista em lei, ser imposta por meios os menos invasivos possíveis e dentro do estritamente

necessário para atingir os seus objetivos. O respeito aos direitos humanos é condição essencial para as políticas de saúde pública, tanto pela imperativa necessidade de proteção dos indivíduos quanto pelo fato de que a sua observância desses direitos pelas autoridades públicas confere à população a confiança de que a restrição de direitos eventualmente imposta é genuinamente necessária para a proteção da comunidade. Segundo Mann *et al*, o respeito aos direitos humanos encoraja os indivíduos e a comunidade a confiar e a colaborar com as autoridades sanitárias, o que impacta positivamente as próprias políticas adotadas (102).

Várias medidas de saúde pública são tomadas e implementadas com base no poder de polícia da autoridade sanitária. No entanto, o exercício desse poder deve se ajustar ao princípio da razoabilidade e do bem comum. Em um julgamento clássico ocorrido nos Estados Unidos, no início do século passado, diante da recusa de um cidadão em receber a vacina contra a varíola, foi reconhecida a legalidade da obrigatoriedade de vacinação adotada pela autoridade sanitária, constituindo-se como uma das mais importantes decisões judiciais da Corte Suprema daquele país sobre uma norma de saúde pública (153). Esse caso resultou no reconhecimento e na definição de limites constitucionais à ação da autoridade sanitária, quando se estabeleceram os seguintes parâmetros a serem observados pelas políticas de saúde pública:

- necessidade de saúde pública: apenas quando a medida for indispensável para prevenir um dano evitável; o poder de polícia só deve ser utilizado no estrito limite da necessidade do caso e não pode ser exercido de forma arbitrária;
- uso de meios razoáveis: os métodos utilizados devem ser adequados para combater as ameaças à saúde, devem ser fortemente associados com a proteção da saúde pública;
- proporcionalidade: a medida adotada em nome da saúde pública pode ser declarada como inconstitucional se a restrição de direito for desproporcional em relação ao benefício esperado; e
- não maleficência: a medida de controle deve ser segura e não causar risco adicional de dano à saúde.

Em caso de necessidade de isolamento do indivíduo, a Corte decidiu que o Estado deve prover condições adequadas e seguras, entendendo que as medidas de saúde pública visam ao bem-estar, e não à punição do indivíduo.

O alegado interesse público não deve ser tomado de forma indiscriminada para que, em nome da saúde pública, sejam impostas restrições aos direitos individuais. Há casos relatados que demonstram o mau uso de medidas de saúde pública, quando, na origem, foram motivadas por razões de preconceito ou como instrumento de dominação (153).

Na contemporaneidade, novas formas de intervenção da saúde pública sobre a sociedade passam a ser implementadas sob novos paradigmas. A partir da segunda metade do século XX, a promoção da saúde emergiu como o modelo mais importante e que, cada vez mais, alcança maior abrangência. Diversos autores do campo filosófico, sociológico e da própria medicina têm elaborado críticas a essas novas formas de controle social, como Illich, Canguillem, Clavreul, Castiel e, especificamente no campo da saúde mental, Robert Castel. Esse modelo, centrado principalmente sobre o indivíduo, adota como paradigma o conceito de risco.

Risco, segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS), é toda característica ou circunstância determinável, de uma pessoa ou um grupo de pessoas, que se sabe estar associada a uma maior probabilidade de aparecimento ou evolução de processo patológico ou de afecção especialmente desfavorável por tal processo (154).

A partir do método epidemiológico, pautado sobre técnicas estatísticas, é possível estimar a probabilidade de ocorrência de eventos de saúde e doença associados a determinados riscos, o que possibilita identificar os possíveis efeitos de comportamentos ou hábitos individuais sobre a saúde, como o consumo de determinadas substâncias e alimentos, os estilos de vida, práticas sexuais etc., com o que se busca ter o controle e a vigilância sobre esses comportamentos (155).

A teoria do risco, centrada em uma concepção de risco individual, não leva em conta os determinantes estruturais da ação e, como abordagem centrada no indivíduo, enfoca o comportamento como responsabilidade

individual, perpetuando os julgamentos sociais sobre o indivíduo, considerado o único responsável pela ação.

Segundo Spink (156), passamos de uma perspectiva centrada no gerenciamento dos riscos no nível das populações – que é a perspectiva da epidemiologia – para um autogerenciamento dos riscos. Em ambas as perspectivas prevalece a concepção do risco individual. Na segunda metade do século XX, surge, segundo a autora, um campo específico de conhecimento denominado *gestão de risco*, que englobou, desde cedo, três áreas de especialidade – o cálculo dos riscos (*risk assessment*); a percepção dos riscos pelo público; e a gestão dos riscos – e, mais recentemente, uma quarta área, a comunicação pública sobre riscos. Nesse momento, ganham ênfase a educação em saúde e as práticas preventivas, ambas fundamentadas no conhecimento científico aportado pelos estudos sobre os fatores de risco, que provê a informação necessária para que as pessoas, como seres racionais, gerenciem os seus comportamentos façam escolhas racionais voltadas para a saúde plena (156).

## **CAPÍTULO 4. PANORAMA DA CRIMINALIZAÇÃO DA TRANSMISSÃO SEXUAL DO HIV: LEGALIDADE, MORALIDADE E REALIDADE**

A criminalização da transmissão do HIV ou da exposição ao risco de infecção pelo vírus é um fenômeno mundial, que teve início na década de 1980, impulsionado por notícias veiculadas pela imprensa sobre a existência de pessoas que, mesmo conhecedoras do fato de serem portadoras do HIV, continuavam tendo comportamentos sexuais ou compartilhamento de seringas que colocavam em risco a saúde de outras pessoas. Caso emblemático ocorreu nos Estados Unidos, o qual ficou conhecido como “paciente zero”, que supostamente teria sido a fonte de infecção por HIV para muitos dos primeiros casos de aids daquele país e que, de forma intencional, teria infectado os seus parceiros e contribuído para a disseminação do vírus (157). Esse caso teve grande repercussão na imprensa americana, ao mesmo tempo em que levantou questionamentos sobre a capacidade do sistema legal então vigente de lidar com a transmissão intencional do HIV. No Brasil, Mott (158) chamou a atenção para a veiculação sensacionalista de notícias desse tipo – em que são alardeadas como verídicas ocorrências em que pessoas usam sangue supostamente contaminado como arma e outras que transmitem o vírus de forma intencional e reiterada para inúmeros parceiros sexuais –, alertando para o fato de que, em grande parte, *não passam de vil calúnia contra uma minoria social cruelmente estigmatizada* (p.157) (158).

O clima de pânico que acompanhou o surgimento da aids e que dominou o cenário da epidemia nas primeiras décadas, antes do advento da terapia antirretroviral de alta potência, e que estava associado, principalmente, ao caráter letal da doença àquela época, contribuiu para que legisladores e autoridades sanitárias de alguns países propusessem a adoção de políticas de criminalização da transmissão do HIV no caso de pessoas “recalcitrantes”, que conscientemente expusessem outras ao risco de infecção pelo HIV. Esse, ainda hoje, constitui um dos temas mais sensíveis e polêmicos em relação à aids.

Nos primeiros anos da epidemia, não era incomum o debate em torno da aplicação da quarentena – uma típica medida de saúde pública voltada para o isolamento dos doentes como forma de controle da transmissão de doenças

(159) – para isolar pessoas infectadas com o vírus da aids. Alguns países, como Cuba e Estados Unidos, adotaram medidas restritivas, como a quarentena, voltadas para pessoas que vivem com HIV a quem eram atribuídos comportamentos de risco (103). Os Estados Unidos são o país onde se tem registrado o maior número de processos judiciais com essa finalidade. Na primeira década da doença, vinte e cinco estados americanos promoveram alterações em suas legislações para autorizar a aplicação da quarentena aos indivíduos soropositivos que mantivessem comportamentos que poderiam contribuir para a disseminação do vírus, e em dezenove desses estados foram aprovadas leis para criminalizar a transmissão do HIV relacionada a esses comportamentos (160). Mesmo as alterações produzidas na legislação que alcançavam de forma genérica qualquer ameaça à saúde pública, na origem, tiveram claramente como motivação a epidemia de aids.

Em inquérito realizado, em 1990, junto aos departamentos estaduais de saúde dos Estados Unidos para obter informações sobre o uso de medidas restritivas nos primeiros anos de epidemia (160), muitos estados reportaram o recebimento de notificações de comportamentos de risco de pessoas que vivem com HIV, feito por profissionais de saúde, parceiros sexuais ou outros contatos pessoais, mas apenas em poucos deles foram tomadas medidas para dar alguma resposta às notificações recebidas. Naqueles estados que adotaram tais medidas, elas consistiam no provimento de aconselhamento individual especial, com o intuito de promover mudança comportamental, e, para os casos considerados “difíceis”, o envio de cartas para determinar a necessidade de mudança de comportamento e, ainda, explicitar que medidas legais seriam tomadas se o indivíduo persistisse nos comportamentos de risco. A quarentena como recurso para impedir a transmissão do vírus só foi efetivamente utilizada em dez casos, entre 1983 e 1992, que, no maior número deles, tiveram como *locus* de confinamento instituições psiquiátricas. Segundo os pesquisadores responsáveis por esse *survey* (160), tal fato decorria da concepção adotada para explicar a persistência de comportamentos de risco, que se assentava em uma matriz psiquiátrica.

Os defensores da quarentena para os casos de aids acreditavam que, embora de forma limitada, ela poderia contribuir para prevenir a disseminação

do vírus, ao retirar do convívio social, pelo tempo que fosse necessário, a pessoa que persistisse em comportamentos de risco (161). No entanto, a quarentena sofreu fortes resistências, de um lado, daqueles que defendiam os direitos e as liberdades individuais, e, de outro, daqueles que a viam como medida muito branda frente às pessoas cujos comportamentos colocavam a saúde de outros em risco, e que, por incorrerem em conduta considerada moralmente reprovável, deveriam sofrer uma punição mais dura. Hoje, já se formou um consenso de que a utilização da quarentena para isolar portadores de HIV/Aids não procede em função do próprio caráter da doença – infecção cuja transmissão assenta-se nos comportamentos adotados –, que a distingue de outras doenças infecciosas. A Organização Mundial de Saúde (OMS) e outros organismos internacionais posicionam-se contrários à adoção da quarentena ou de outras formas de isolamento como medidas de prevenção da expansão da doença (162,101). A OMS concluiu que *there is no public health rationale to justify isolation or quarantine based solely on the fact that a person is suspected or known to be HIV-infected* (p. 16) (162).

Se já há um consenso estabelecido sobre a inadequação do uso da quarentena para os casos de aids (159), o mesmo não se pode dizer do fenômeno da criminalização da transmissão ou exposição ao HIV, que apresenta tendência de crescimento mundial, apesar de ainda estar cercado por intensas polêmicas. Mesmo apresentando um rito processual mais complicado, em comparação com a quarentena, o uso da lei penal tem sido considerado como mais adequado de se promover o controle social sobre os indivíduos cujo comportamento representa uma ameaça para outras pessoas.

O uso de lei penal para tratar de problema da esfera da saúde pública não é uma novidade que tenha se iniciado com a aids. Alguns países já contavam com experiência de utilização desse tipo de recurso em relação a outras doenças contagiosas, como a sífilis e outras doenças sexualmente transmissíveis. No entanto, não há dados que corroborem ter havido qualquer impacto positivo sobre a saúde pública decorrente da aplicação de tais dispositivos legais, ao contrário, o que se percebe é que a resposta positiva obtida no controle das doenças, como tuberculose e sífilis, foi consequente a medidas próprias e inerentes ao campo da saúde pública, como a descoberta

de agentes terapêuticos eficazes e a sua disponibilização para o tratamento dos infectados (163).

Mesmo inexistindo consenso sobre o uso de leis penais para punir a transmissão do HIV (163), é fato observável o aumento significativo do número de processos judiciais relativos à exposição ou à transmissão do HIV em todo o mundo (164,165,166). Com isso, as cortes judiciais passam a figurar como mais um ator ativo no campo do combate ao HIV. Em muitos casos, a iniciativa para a execução criminal do indivíduo que incorre em comportamentos de risco parte da própria autoridade sanitária, evidenciando uma inter-relação complexa entre o campo da saúde pública e o sistema penal no sentido de impor o controle social sobre aqueles que, supostamente, representam uma ameaça à saúde pública (160).

A adoção de leis para criminalizar a transmissão ou exposição ao vírus tem sido questionada por legisladores, juristas, profissionais de saúde, bioeticistas, movimento social e pela sociedade em geral. Na base desses questionamentos encontram-se aspectos legais, sanitários e éticos, que merecem ser mais bem definidos e discutidos e que envolvem como um dos principais dilemas a serem enfrentados o que coloca, de um lado, as garantias individuais e, de outro, a defesa da saúde pública.

Diante da onda crescente de instituição de leis criminais e de ações judiciais sobre a exposição ou transmissão do HIV, o Programa Conjunto das Nações Unidas (UNAIDS) e outros organismos internacionais têm defendido de forma enfática que a lei criminal seja usada apenas como último recurso em caso de transmissão intencional do HIV, fato que é extremamente raro de acontecer. Em relação a essa posição, parece não haver discordância. No entanto, considera que esse tipo de situação é rara, observando que as evidências disponíveis indicam que as pessoas vivendo com HIV que têm conhecimento de sua soropositividade adotam conduta no sentido de evitar a transmissão para outras pessoas.

O Unids faz, ainda as seguintes recomendações aos governos, em relação ao uso de leis para criminalizar a transmissão do HIV: 1) evitar a adoção de leis criminais específicas; 2) assegurar que a aplicação de leis criminais contra a transmissão do HIV seja feita em observância aos direitos

humanos; e 3) adotar medidas de proteção dos grupos mais vulneráveis, como as mulheres, profissionais do sexo, usuários de drogas, homossexuais etc., que são, desproporcionalmente, mais sujeitos a processos criminais, devido ao estigma e à discriminação.

No Brasil, o Departamento de DST, Aids e Hepatites Virais, do Ministério da Saúde, em face da existência de casos judiciais sobre a transmissão sexual do HIV, divulgou, em 2009, uma nota técnica sobre o assunto, na qual se posiciona no sentido da preocupação de que a criminalização *constitua um retrocesso na política brasileira de enfrentamento da epidemia da aids, podendo contribuir para o aumento do estigma e preconceito* (167).

Nessa nota, o Departamento informa que o Brasil ratifica a posição do Unids, segundo a qual não existem dados que demonstrem que a criminalização seja um instrumento efetivo no sentido de se fazer justiça ou de prevenção da transmissão do HIV.

#### **4.1 Panorama mundial da criminalização**

O tema da criminalização da transmissão do HIV tem recebido atenção de forma bastante desigual entre os diferentes países. Nos países mais ricos, especialmente Estados Unidos, Canadá, países da Europa Ocidental, Austrália e Nova Zelândia, o debate sobre a criminalização da transmissão do HIV, com ênfase na transmissão sexual, está bastante difundido e já há um acúmulo teórico importante. É nesses países onde se encontra o maior número de casos de processos judiciais contra pessoas vivendo com HIV que transmitiram o vírus para outras pessoas ou que as expuseram ao risco de infecção, e a tendência observada em relação a esses processos é de crescimento. Já nos países periféricos, em que pese a existência de processos judiciais cujo objeto é a transmissão do HIV e apesar de, mais recentemente, haver uma tendência de se adotarem leis específicas sobre essa matéria, a discussão ainda é incipiente e não tem sido alvo de atenção por parte dos gestores públicos e do próprio movimento social ligado à aids.

Os dados que apresentamos a seguir são, todos eles, dados secundários e foram obtidos de artigos científicos e de sites de organizações

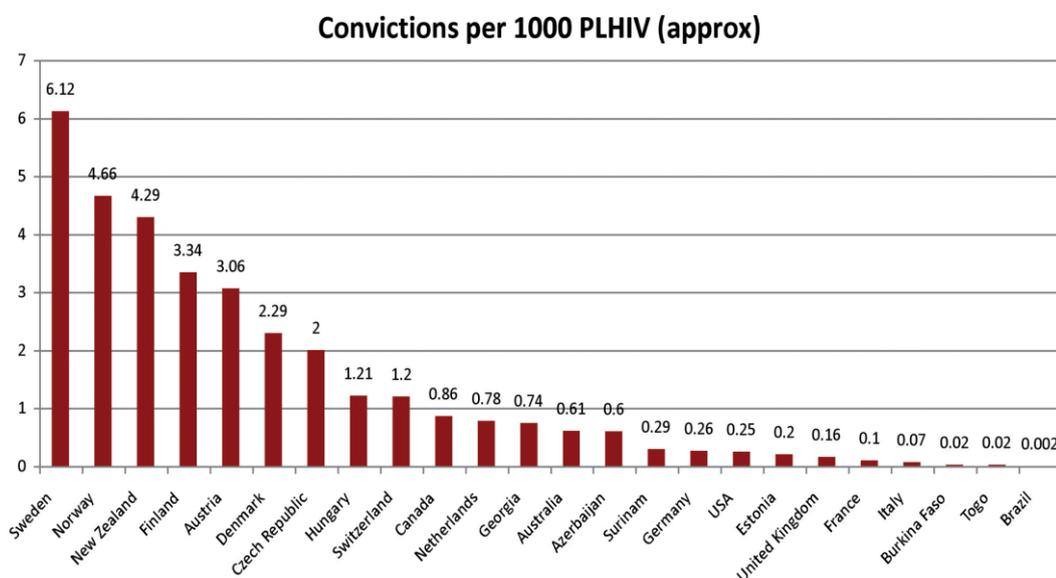
que tratam do tema, como o Programa Conjunto das Nações Unidas sobre HIV/Aids (UNAIDS) e o Global Network of People Living with HIV/AIDS (GNP+) Global Criminalisation Scan.

O *Global Network of People Living with HIV*, desde 2005, tem realizado o monitoramento da ocorrência de ações judiciais em cerca de 200 países, a partir de bases de dados e de sites da internet, além de contatos com profissionais do judiciário, profissionais de saúde, de sistemas judiciários oficiais, organizações atuantes na área de HIV/Aids e pessoas que vivem com HIV.

Por meio desse sistema (168), foram identificadas 600 ações judiciais para criminalizar a transmissão do HIV em mais de cinquenta países. As regiões que mais registraram a ocorrência desse tipo de ação foram a América do Norte e a Europa Ocidental. Os Estados Unidos foram o país com o maior número absoluto de ações judiciais, mais de 300 ações envolvendo a transmissão do HIV, vindo a seguir o Canadá (63 ações), a Suécia (38 ações), a Áustria (30 ações) e a Suíça (30 ações). França, Noruega, Países Baixos, Alemanha, Reino Unido, Dinamarca, Austrália e Itália apresentaram entre 10 e 15 ações cada. Com exceção dos Estados Unidos, Canadá e Austrália, todos os demais países com maior número de casos estão localizados na Europa. (168)

Em termos epidemiológicos, considerando-se o número de casos judiciais em relação ao número total de pessoas que vivem com HIV, o quadro da criminalização apresenta ligeira modificação no que tange à posição dos países no *ranking* da criminalização. O Gráfico 1, abaixo, mostra a posição dos países segundo a prevalência da criminalização – número de casos judiciais em relação ao total de pessoas HIV positivo. A Suécia é o país com a maior prevalência de criminalização (6,12 casos/1.000 pessoas com HIV), enquanto os Estados Unidos, que apresentam o maior número absoluto de casos, passam a ocupar a 17ª posição (0,25 casos/1.000 pessoas com HIV). (168)

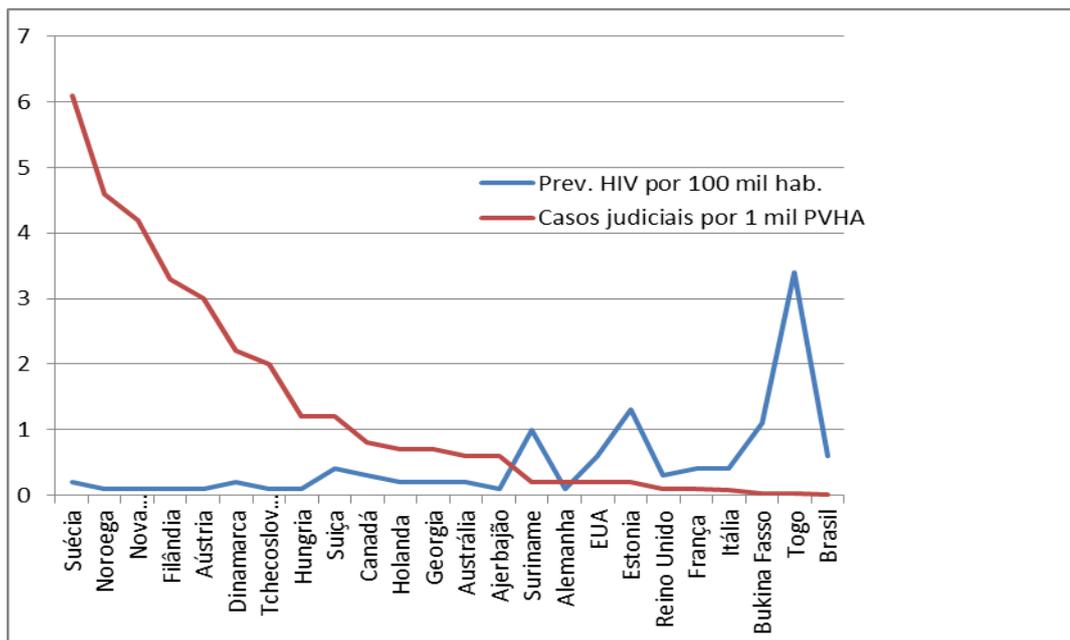
**Gráfico 1. Número de casos judiciais em 1.000 pessoas vivendo com HIV em diferentes países. 2010.**



**Fonte: GNP+**

É de se observar que os países mais ricos, por isso mesmo, onde se espera que haja mais recursos aplicados em saúde e ações de prevenção e controle da aids mais organizadas e efetivas, portanto, com uma situação mais favorável em relação à epidemia, são justamente os que apresentam as maiores prevalências de casos de criminalização do HIV. Para verificar possível associação entre criminalização e prevalência de HIV, elaboramos um gráfico (Gráfico 2) com os dados de prevalência da criminalização e dados de prevalência do HIV (Gráfico 2) para os mesmos países constantes do Gráfico 1. Para facilitar a visualização os dados foram plotados como curvas. Os dados sobre a criminalização são os mesmos apresentados no Gráfico 1, enquanto os dados sobre prevalência de HIV foram obtidos do último relatório do Unaid, publicado em 2012 (8). As taxas de prevalência do HIV e de criminalização que deram origem às curvas constam da Tabela 1, no Apêndice 1.

**Gráfico 2. Prevalência de casos judiciais\* (transmissão do HIV) e prevalência de HIV\*\* em diferentes países. 2012.**



Fonte: \*GNP+ / \*\*Unaid.

Observando-se os dados do Gráfico 2, verifica-se que as duas curvas são inversamente proporcionais: os países com maiores prevalências de criminalização apresentam as menores taxas de prevalência de HIV, enquanto os países com maiores taxas de criminalização apresentam menores prevalências de HIV. No entanto, não se pode inferir daí que haja uma associação causal entre a prevalência do HIV e da criminalização, ou seja, que a criminalização seja responsável pelas menores prevalências de HIV. Não há elementos que permitam fazer tal inferência causal. Essa associação pode ocorrer em função de algum outro fator que esteja incidindo tanto sobre a criminalização quanto sobre as prevalências de HIV.

Deve-se observar que esses dois blocos de países não são homogêneos internamente. O Canadá, por exemplo, que apresenta prevalência próxima à da Suécia (respectivamente, 0,3 e 0,2 casos de HIV/100mil), possui uma taxa de criminalização da transmissão do HIV seis vezes menor (no Canadá a taxa de criminalização é de 0,8, enquanto na Suécia ela é 6,1).

Fatores que podem estar associados à maior criminalização da transmissão do HIV foram pesquisados por Weait (169). O autor observou três

aspectos importantes que parecem estar associados positivamente ao uso de leis criminais para punir a transmissão do HIV e que podem explicar as mais altas taxas de criminalização nos países desenvolvidos: 1) confiança no sistema judicial; 2) confiança interpessoal; e 3) desenvolvimento social (índice de desenvolvimento humano).

Os países com as mais altas prevalências de criminalização do HIV foram os que apresentaram maiores proporções de pessoas que confiam no sistema judicial, o que indica que a crença na eficácia da Justiça é um fator que estimula as pessoas a lançarem mão de ações judiciais relativas à transmissão do HIV. O mesmo foi observado para os países em que há um alto grau de confiança entre as pessoas. O autor levanta a seguinte hipótese para esses achados: o uso de leis criminais é mais provável de ocorrer em países em que há recursos disponíveis para esse tipo de ação, onde ela é considerada uma resposta razoável da sociedade para a quebra de confiança entre as pessoas e onde há uma crença elevada na capacidade do sistema judicial de prover uma resposta efetiva.

#### **4.2. Tipos de leis penais para criminalizar a transmissão sexual do HIV**

No entanto, essa posição não é consensual, pois, por outro lado, também há posições no sentido de que as leis criminais gerais são suficientes para punir os casos de transmissão intencional e a existência de uma lei criminal específica configuraria discriminação dos portadores do HIV, podendo impactar negativamente o controle da epidemia. Não haveria razões suficientes para tratar a aids de forma diferente do que se faz com as demais doenças transmissíveis.

Pesquisa realizada por Bray (170) procedeu à caracterização de todos os processos judiciais identificados contra pessoas que vivem com o HIV nos Estados Unidos da América, até o ano 2001, buscando possíveis associações com a existência ou não de lei penal específica para criminalizar a transmissão do HIV. O autor encontrou que vinte e oito estados estadunidenses possuíam algum tipo de lei criminal para a exposição ao HIV, mas, mesmo nesses estados, havia ações judiciais impetradas com base na lei criminal geral, mais

utilizada para casos de exposição não contemplados pelas leis específicas, como o ato de cuspir em alguém.

De acordo com esse estudo, os estados que possuem leis criminais específicas para a exposição ao HIV apresentaram número maior de processos judiciais contra portadores do vírus do que os estados que não possuem legislação específica com essa finalidade: a média de casos para os estados sem legislação específica foi de dois casos, enquanto entre os estados com legislação específica a média foi de 8,7 casos. Não houve diferença significativa entre a proporção de ações que tenham resultado em condenação entre essas duas categorias de estados, com ou sem legislação específica: nos primeiros, 56% das ações resultaram em algum tipo de pena, e nos segundos, 53%. Esses dados mostram que leis específicas podem gerar um ambiente propício para a criminalização relacionada ao HIV e agravar o quadro da criminalização em relação ao HIV.

Observam-se muitas especificidades em relação à prática da criminalização nos diferentes países, com leis mais restritivas ou mais abrangentes e com a adoção de diferentes critérios para embasar as decisões judiciais.

Em muitos países, apenas a transmissão do vírus é passível de punição, enquanto em outros a mera exposição de terceiros ao risco de contrair o vírus é punível. Há países que criminalizam apenas a transmissão intencional, enquanto em outros mesmo que não tenha havido intencionalidade (*mens rea*), mas apenas um comportamento imprudente ou negligente, a exposição ou a transmissão do vírus também é considerada prática sujeita à punição. Há países que punem apenas a transmissão sexual, enquanto outros têm punido também a transmissão vertical – da mãe para o feto – do vírus, ou outros meios inusitados, como mordidas, arranhões ou emissão intencional de saliva. O compartilhamento de agulhas ou seringas também é considerado prática criminosa em alguns países, apesar de ações judiciais que envolvem esse tipo de prática serem extremamente raras. Provavelmente pelo fato de o uso de drogas ser, frequentemente, ato ilegal. Em alguns países apenas o sexo inseguro é considerado prática criminosa, enquanto em outros, mesmo na

vigência de uso do preservativo, se não houver a revelação do estado sorológico para o parceiro sexual, o portador do vírus é passível de punição.

Assim, é possível depreender diferentes critérios que envolvem a aplicação da lei penal e a adoção de medidas punitivas de pessoas que vivem com o HIV:

1. Transmissão *versus* exposição;
2. Informação do estado sorológico *versus* não informação;
3. Uso do preservativo *versus* não uso;
4. Intencionalidade *versus* comportamento imprudente ou negligente.

No debate sobre o papel da lei criminal na transmissão do HIV, tanto os defensores quanto os oponentes à instituição de tais leis ainda não conseguiram demonstrar de forma cabal que, de um lado, ela poderia ter um papel positivo no controle da epidemia, ou que, de outro, ela não teria qualquer efeito na adoção de comportamentos seguros. No entanto, a despeito de não haver ainda respostas para esse tipo de questionamento, o fato é que as leis penais e o seu uso para criminalizar a transmissão do HIV rapidamente se tornaram uma realidade em muitos países, ficando ainda por determinar a propriedade dessas iniciativas para a saúde pública.

De modo geral, a adoção e utilização da lei criminal é uma forma de a sociedade expressar a desaprovação coletiva em relação a determinadas condutas pessoais. Além da função normativa da lei penal, observada quando ela sublinha a natureza intolerável da negligência e do desrespeito pela vida do outro, há autores que reconhecem que a sua aplicação teria também, no plano individual (159), a finalidade de “retribuição”, isto é, dar uma resposta às vítimas de que está sendo feita justiça; e a finalidade de “incapacitação” do indivíduo para que não continue incidindo na mesma conduta, ou de reabilitação ou mudança de comportamento (161).

No caso específico das leis que criminalizam a transmissão do HIV, sua aplicação é defendida, no campo da saúde pública, com base nos seguintes argumentos (170,171,172,173,174):

- 1) ajudam a deter a transmissão do vírus;

- 2) demonstram que socialmente aquele comportamento é considerado condenável e, portanto, induz as pessoas a adotarem comportamentos mais seguros;
- 3) estimulam mudança de comportamento, pelo medo da punição; e
- 4) promovem uma espécie de “quarentena” dos indivíduos soropositivos que, ao ser encarcerados, são levados ao afastamento do meio social.

Do ponto de vista da saúde pública, há argumentos baseados na epidemiologia da aids que corroboram a posição contrária à adoção de lei penal como um instrumento para a contenção da expansão da epidemia, como:

- 1) essas leis podem inibir a testagem voluntária e a revelação do diagnóstico (175,176);
- 2) a criminalização consome recursos e atenção dos programas de prevenção (177);
- 3) a criminalização falha em atuar nas causas subjacentes ao comportamento sexual de risco, o que faz com que não resulte em inibição desse tipo de comportamento (178); e
- 4) a prisão de pessoas com HIV não detém, por si só, a transmissão do vírus, pois há casos de transmissão por parte dessas pessoas dentro da prisão (179, 180). É sabido que o ambiente prisional aumenta a vulnerabilidade ao HIV/Aids, pelos comportamentos de risco e uso de drogas injetáveis.

Ainda em relação ao HIV, não há dados suficientes que possam dar sustentação à afirmação de que as condenações criminais, ou o medo de que possam ocorrer, sirvam de encorajamento para que pessoas que vivem com HIV revelem seu *status* sorológico para os seus parceiros sexuais, ou que mudem seus comportamentos sexuais de risco. Ao contrário, há estudos demonstrando que a lei penal não tem efeito sobre os comportamentos sexuais (181).

Por outro lado, também não há dados que corroborem as afirmações de que as condenações criminais podem promover um desincentivo à testagem sorológica para o HIV. No entanto, parece haver evidências de que esse tipo de lei e de condenação exacerba o estigma. Além disso, já estão bastante documentadas as implicações negativas que o estigma e a discriminação causam às estratégias de prevenção, pelo que se pode inferir que as leis

criminais acarretariam repercussões negativas para os indivíduos e a saúde pública. No entanto, é preciso dispor de dados mais objetivos e diretos sobre esse possível impacto.

### **4.3. Leis penais no mundo**

Os dados apresentados nesta sessão foram obtidos do site da *Global Network of People Living with HIV* (GNP+) (168) e mostram que leis específicas sobre a criminalização da transmissão do HIV continuam a ser editadas em todo o mundo, principalmente na África Subsaariana e em algumas regiões da Ásia. Há, nesses países, um forte movimento voltado para a adoção de leis específicas sobre HIV/Aids e, no bojo de projetos desse tipo, muitas vezes, aparecem dispositivos sobre a criminalização da transmissão do vírus. Na América Latina também não se tem dado ênfase a esse problema, apesar da existência de casos judiciais em alguns países, inclusive no Brasil.

Mais de 45 países já adotaram leis que especificamente criminalizam a transmissão ou a exposição ao HIV e muitos outros estão em processo de discussão para a aprovação de leis semelhantes. Alguns países estão, em situação oposta a essa, discutindo a revogação ou abrandamento de tais leis, como é o caso da Dinamarca.

#### *África*

A região mais afetada do mundo, que concentra o maior número de casos de aids – a África, em especial a região Subsaariana – só a partir de anos mais recentes passou a incorporar de forma mais ampla a testagem para o HIV e o tratamento da doentes. Nesses países, a discussão sobre a criminalização da transmissão do HIV ainda não chegou de forma intensa. Os processos de criminalização envolvem prioritariamente comportamentos considerados de risco, como o comportamento ou a orientação homossexual e o comércio sexual.

A proliferação de leis na África, desde 2005, faz dessa região a parte do mundo mais legislada em assuntos relacionados ao HIV. As novas leis seguem o padrão dos Estados Unidos de adotar legislação específica para criminalizar a transmissão ou exposição ao HIV.

Essa tendência legiferante no continente africano é fruto de um projeto desenvolvido pelo USAID para a África Ocidental – o Action for West Africa Region (AWARE-HIV/AIDS) – e implementado pela organização não-governamental Family Health International (FHI), entre 2003 e 2008 (166). Esse projeto teve como objetivo propor um modelo de legislação para o HIV, mas com a ressalva de que os países tinham plena liberdade para promover adaptações ou modificações julgadas necessárias, de acordo com os seus contextos específicos. Um dos dispositivos constantes do modelo proposto trata justamente da criminalização da transmissão do HIV e muitos países reproduziram em suas leis esse dispositivo quase literalmente como ele está posto no modelo (166). Entre 2004 e 2010, vinte e cinco países africanos adotaram leis que criminalizam a transmissão ou a exposição ao HIV – 13 dos quais tiveram como modelo o AWARE – e seis países têm projetos nesse sentido.

### *Ásia*

Numerosos países asiáticos criminalizam a transmissão intencional ou negligente do HIV: Brunei Darussalam, Burma, Índia, Malásia, Singapura, Sri Lanka, Vietnã, Camboja, China, Austrália e Nova Zelândia. Em alguns países, como a China, a obrigatoriedade de revelação do diagnóstico ao parceiro sexual é determinada por lei.

### *Caribe*

A maioria dos países do Caribe não possui leis específicas sobre a criminalização da transmissão do HIV. No entanto, em Bermuda e Bahamas há previsão de crime específico relacionado ao HIV dentro da lei penal geral e em Cuba há lei sobre a criminalização da transmissão intencional de doença transmissível.

### *Europa*

A Europa é o continente com o maior número de países com leis penais específicas que criminalizam a transmissão do HIV.

Na Inglaterra, têm sido construídos diversos instrumentos para orientar a aplicação da lei penal aos casos de transmissão do HIV, boa parte deles, com a colaboração da comunidade HIV. Um deles, editado pelo Crown Prosecution Service (CPS) – espécie de Ministério Público inglês –, em 2008, é um guia para orientar a utilização da lei penal nos casos de transmissão do HIV (182, 183), que inclui a orientação de se usar a análise filogenética para orientar as decisões.

#### *América do Norte*

No Canadá, as leis sobre agressão sexual têm sido aplicadas nos casos de exposição e transmissão do HIV, com base no entendimento de que a não revelação do *status* sorológico antes da relação sexual enviesa e compromete o consentimento para a relação sexual. Outras leis criminais também têm sido aplicadas, como a relacionada à acusação de homicídio.

Nos Estados Unidos, existem leis específicas sobre a criminalização da transmissão do HIV em 29 estados. A proliferação dessas leis estaduais foi induzida por norma federal que exigia que os estados introduzissem leis para criminalizar a exposição do HIV como condição para que recebessem recursos federais.

#### *América Latina*

Na América Latina, diversos países editaram leis específicas ou fizeram alterações nas leis penais para incluir dispositivos sobre a criminalização da transmissão do HIV, como em: Belize, Bolívia, Colômbia, El Salvador, Costa Rica, Equador, Honduras, Panamá e Paraguai. Apesar disso, só são conhecidos casos judiciais envolvendo a transmissão do HIV no Brasil.

#### **4.4. Lei penal no Brasil**

No Brasil, não há lei específica para criminalizar a transmissão do HIV, mas a criminalização tem ocorrido amparada em lei penal geral – o Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940). Os tipos penais previstos no Código Penal e passíveis de serem aplicados aos casos de transmissão sexual do HIV estão descritos no Quadro 1. Além da tipificação

constante do quadro apresentado, o HIV tem sido considerado fator agravante de outros crimes, como os crimes de estupro e atentado violento ao pudor.

A tipificação da transmissão sexual do HIV é tema bastante controverso, havendo diferenças substanciais quanto ao tipo penal considerado mais adequado para o enquadramento da conduta, conforme as denúncias e as respectivas decisões judiciais têm mostrado, o que será objeto do próximo capítulo.

**Quadro 1. Dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848 (Código Penal), de 7 de dezembro de 1940. Brasil.**

<b>Tipo penal</b>	<b>Dispositivo do Código Penal</b>	<b>Descrição</b>	<b>Pena</b>
<b>Homicídio simples</b>	Art. 121, <i>caput</i>	Matar alguém.	De 6 a 20 anos de reclusão.
<b>Homicídio qualificado</b>	Art. 121, § 2º	Se o homicídio é cometido com emprego de [...] outro meio insidioso [...].	Reclusão de 12 a 30 anos.
<b>Homicídio culposo</b>	Art. 121, § 3º	Homicídio culposo.	Detenção de um a três anos.
<b>Lesão corporal</b>	Art. 129, <i>caput</i>	Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem.	Detenção, de três meses a um ano.
<b>Lesão corporal de natureza grave</b>	Art. 129, § 2º, inciso II	Se resulta em enfermidade incurável.	Reclusão de dois a oito anos.
<b>Lesão corporal seguida de morte</b>	Art. 129, § 3º	Se resulta morte e as circunstâncias evidenciam que o agente não quis o resultado, nem assumiu o risco de produzi-lo.	Reclusão, de quatro a doze anos.
<b>Lesão corporal culposa</b>	Art. 129, § 6º	Se a lesão é culposa.	Detenção de dois meses a um ano.
<b>Perigo de contágio venéreo</b>	Art. 130, <i>caput</i>	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.	Detenção de três meses a um ano, ou multa.
	Art. 130, § 1º	Se é intenção do agente transmitir a moléstia.	Reclusão de um a quatro anos, e multa.
<b>Perigo de contágio de moléstia grave</b>	Art. 131	Praticar, com o fim de transmitir a outrem moléstia grave de que está contaminado, ato capaz de produzir o contágio.	Reclusão de um a quatro anos, e multa.
<b>Perigo para a vida ou saúde de outrem</b>	Art. 132, <i>caput</i>	Expor a vida ou a saúde de outrem a perigo direto e iminente.	Detenção de três meses a um ano, se o fato não constitui crime mais grave.

#### 4.4.1. Projetos de lei sobre transmissão do HIV

Atualmente, há em tramitação no Congresso Nacional três projetos de lei que visam a criminalizar especificamente a transmissão do HIV. Os projetos estão sumarizados no Quadro 2.

Dois dos projetos tratam especificamente da transmissão do vírus da aids, enquanto o terceiro projeto refere-se a “doença notoriamente incurável”. Apesar de o dispositivo inserido nesse último projeto não se referir explicitamente à aids, na justificação do projeto evidencia-se que a preocupação e motivação do autor da proposição foi a aids. Em todos os projetos, a aids é retratada como doença ameaçadora, terrível mal, incurável, que provoca morte certa e dolorosa.

Pelo ritmo de tramitação desses projetos, pode-se inferir que eles não contam com apelo interno do Congresso Nacional que garanta a sua aprovação ou, até mesmo, que cheguem a ser apreciados na Casa Legislativa onde se encontram. Como o Congresso é uma instituição bastante permeável às pressões da sociedade, refletindo diretamente as forças sociais, essa aparente imobilidade frente aos projetos que visam a instituir normas específicas para criminalizar a transmissão do HIV pode ser decorrente da falta de apoio da sociedade para medidas de cunho coercitivo, especialmente, quando dizem respeito a esferas da intimidade e da vida sexual.

Como estudos no campo da ciência política sustentam, o cálculo feito pelos parlamentares na aprovação das matérias legislativas busca a maximização de seu interesse primário, que é a reeleição (184,185). Assim, projetos que possuem cunho moral mais forte teriam mais dificuldade de contar com a adesão parlamentar, pelas controvérsias que suscitam e pela possibilidade de repercutirem negativamente nas bases eleitorais dos parlamentares.

#### **Quadro 2. Projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional sobre a criminalização da transmissão do HIV. Brasil, 2012.**

<b>Projeto de Lei (PL)</b>	<b>Autor</b>	<b>Ementa</b>	<b>Conteúdo</b>
PL nº 130, de 1999.	Deputado Enio Bacci.	Torna crime hediondo a transmissão deliberada do vírus da AIDS.	Altera a Lei nº 8.072, de 1990, para incluir como crime hediondo: “transmitir e infectar, consciente e

Projeto de Lei (PL)	Autor	Ementa	Conteúdo
			deliberadamente a outrem com o vírus da AIDS”.
PL nº 276, de 1999	Deputado Enio Bacci.	Institui pena para transmissão deliberada do vírus da Aids.	Acrescenta parágrafo único ao art. 131 do Código Penal para determinar que, quando a transmissão for consciente e deliberada do vírus da Aids, a pena será de reclusão de 2 (dois) a 6 (seis) anos.
PL nº , de 2001	Deputado Feu Rosa	Introduz art. 267-A no Código Penal Brasileiro – Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.	“Contaminar alguém com doença notoriamente incurável de que sabe ser portador”. Pena de reclusão de 10 a 15 anos. Diferencia a pena, se resultar em morte e se houver culpa.

#### 4.5. Mulheres e aids: o impacto da criminalização da transmissão sexual do HIV

A discussão sobre a criminalização da transmissão sexual do HIV ocorre em um cenário marcado por um processo de heterossexualização da aids que ocorre, basicamente, à custa do aumento no número de casos entre as mulheres. Essa tendência – chamada de feminização da epidemia – reflete e é decorrente de relações hierárquicas e assimétricas de gênero que caracterizam as sociedades atuais.

As relações estabelecidas entre homens e mulheres são ditadas pela estrutura e organização sociais fundadas sobre o patriarcalismo e resultam no binômio dominação-exploração, ou opressão, das mulheres (186, 187). Essas assimetrias entre homens e mulheres manifestam-se em todas as esferas da vida social, tanto no âmbito da esfera privada quanto da esfera pública.

Algumas organizações defendem a criminalização da transmissão do HIV como forma de proteger as mulheres, uma vez que as iniquidades de gênero constituem uma barreira à sua autonomia e capacidade de decidir sobre medidas de proteção nas relações sexuais, especialmente sobre o uso do preservativo.

In most societies, the lower social and economic status of women reduces their ability to insist upon male sexual fidelity and to negotiate safe sex.... In some instances, a wife's mere suggestion that her husband use a condom can provoke

physical abuse.... What is the purpose of handing out condoms to women if they have no power within a sexual relationship to negotiate for the use of the condom. (p. 26) (188)

Nesse caso, em que há claramente uma assimetria nas relações estabelecidas e que se manifestam no contexto da sexualidade, falar em mútua responsabilidade em relação às medidas de proteção é desconhecer a falta de poder das mulheres e colocar sobre elas um encargo que apenas aumentaria a sua vulnerabilidade.

No entanto, essas mesmas iniquidades de gênero são invocadas para contestar o uso da criminalização da transmissão do HIV como uma medida de proteção das mulheres (188,189,190). Isso porque, em um contexto em que as mulheres HIV+ têm limitadas possibilidades de adotarem medidas de proteção visando aos seus parceiros sexuais, o uso da lei criminal contra essas mulheres configuraria mais uma injustiça.

For women (and men) whose ability to disclose their HIV status and/or to take precautions to reduce the risk of transmission is limited, invoking the criminal law as a response to HIV-risking activity may not ultimately serve to protect, but rather may impose an additional burden on those who are doubly disadvantaged by HIV infection (with its attendant social and economic costs) and by their vulnerability to violence or other abuse. (p. 26) (162)

Estudos mostram que as mulheres soropositivas estão mais sujeitas a violência física, abuso sexual e abandono, que mulheres soronegativas e que o temor de sofrer esse tipo de reação, por parte dos maridos/companheiros ou das famílias, leva a que muitas mulheres não revelem o seu diagnóstico. (8, 191,192,193)

Além da criminalização por transmissão sexual do HIV, as mulheres HIV+ também estão sujeitas a medidas punitivas quando ocorre a transmissão do vírus para seus filhos recém-nascidos (192,194). Em muitos países, as leis criminais relativas à transmissão do HIV são muito amplas e têm dispositivos que permitem a criminalização da transmissão vertical (166). Em alguns casos, a transmissão vertical é citada de forma explícita como uma conduta criminalmente punível, quando a gestante não tiver se submetido a exames pré-natais para fins de diagnóstico ou não tiver realizado tratamento preventivo

da infecção fetal. Ainda que essas leis, em geral, sejam adotadas com a intenção de proteger as mulheres, o efeito pode ser o contrário, com o agravamento da situação das mulheres HIV+ e de seus filhos.

#### **4.6. Litígio criminal e a produção da verdade**

A produção da verdade por meio do litígio criminal representa, segundo Foucault (195), uma das grandes conquistas da democracia grega, quando o povo, por meio de uma série de lutas e de contestações políticas, se apoderou do direito de julgar, de testemunhar, de opor a verdade ao poder, do que *resultou na elaboração de uma determinada forma de descoberta judiciária, jurídica, da verdade* (p. 55) (195). E essa produção da verdade assenta-se sobre processos racionais de prova e de demonstração, constituídos pela Filosofia, pelos sistemas racionais e pelos sistemas científicos.

No caso da criminalização da transmissão do HIV essa produção da verdade é complexa, ao envolver diversos fatores de difícil aferição ou comprovação, como o dito e o não dito entre os parceiros sexuais sobre o seu *status* sorológico; o grau de conhecimento sobre o HIV, sobre os riscos envolvidos nas diferentes práticas sexuais e sobre as formas efetivas de proteção; o risco a que cada parceiro está disposto a consentir; as suposições ou assunções de cada pessoa envolvida que podem não condizer com a realidade etc. A comunicação sobre a sexualidade entre os parceiros em uma relação pode ser pobre e ela será ainda mais difícil quando envolver uma condição altamente estigmatizante como a condição de portador do HIV.

Cada vez mais a medicina/saúde pública aproxima-se do direito, especialmente do direito penal. A falha do controle médico em produzir os comportamentos sexuais seguros preconizados irá, ou poderá, desembocar em ações judiciais com o objetivo de promover a retribuição do indivíduo pela falta cometida – não ter feito “sexo seguro” nem ter revelado o seu diagnóstico – e dar um alerta de que a sociedade não tolerará esse tipo de conduta.

Essas disciplinas também se aproximam quando a justiça precisa lançar mão do conhecimento científico das ciências médicas e biológicas para, com objetividade e o máximo de precisão possível, desvendar a partir de quem a

vítima foi infectada pelo HIV, se o quadro clínico do réu poderia colocar a vítima em risco, qual o grau de risco efetivo de cada prática sexual etc. Na produção da verdade, a justiça tem que se apoiar sobre o conhecimento médico, conforme assinalado por Foucault (196), ao analisar o exame psiquiátrico como prova:

[...] é um dos pressupostos mais imediatos e mais radicais de todo discurso judiciário, político, crítico, o de que existe uma pertinência essencial entre o enunciado da verdade e a prática da justiça. Ora, acontece que, no ponto em que vêm se encontrar a instituição destinada a administrar a justiça, de um lado, e as instituições qualificadas para enunciar a verdade, do outro, sendo mais breve, no ponto em que se encontram o tribunal e o cientista, onde se cruzam a instituição judiciária e o saber médico ou científico em geral, nesse ponto são formulados enunciados que possuem estatuto de discursos verdadeiros, que detêm efeitos judiciais consideráveis [...].(pp. 14-15) (196)

O estabelecimento do nexos de causalidade nos casos judiciais envolvendo a transmissão do HIV insere-se dentro dessa perspectiva de produção da verdade e é um dos pontos críticos relativos à aplicação da lei penal que tem recebido bastante atenção nos países desenvolvidos. A determinação precisa da relação de causalidade requer o emprego de métodos diagnósticos mais sofisticados, mas, ainda assim, não está totalmente resolvida. Na atualidade, nos processos judiciais, tem-se procurado lançar mão de evidências científicas que permitam identificar o tipo de vírus e que possam demonstrar o nexos de causalidade, o que conferiria mais rigor e objetividade às decisões judiciais. A análise filogenética do HIV é um dos testes utilizados com essa finalidade, uma vez que ele apresenta grande variabilidade genética, alta capacidade recombinante e de mutação, o que limita a utilização de outras técnicas de identificação viral (197,198,199).

A análise filogenética é uma técnica de biologia molecular que, mediante o sequenciamento genético do vírus e pela comparação das sequências virais provenientes dos sujeitos envolvidos, permite determinar se são pares virais com um nível de semelhança capaz de indicar uma ligação filogenética entre eles, isto é, que sinalize uma origem comum. Essa técnica tem sido utilizada

com a finalidade de reconstituição da cadeia de transmissão, em estudos epidemiológicos e de apoio à medicina forense (199,200,201).

No entanto, esse teste tem sido considerado mais útil para descartar o nexo de causalidade do que propriamente para a sua confirmação (198). No âmbito da medicina forense, a análise filogenética do HIV deve ser vista apenas como uma das evidências quanto à fonte de infecção e não deve ser tomada como critério único e absoluto para se demonstrar que a infecção ocorreu de uma determinada pessoa para outra (182,183,198). A análise filogenética já foi utilizada como prova forense em processos criminais sobre a transmissão do HIV em países como Estados Unidos, Suécia, Austrália, Dinamarca, Bélgica, Alemanha e Escócia, tendo contribuído, de forma decisiva, para a condenação ou absolvição dos réus, ao proporcionar fortes evidências a favor ou contra as alegações de transmissão do HIV (198,201).

Pesquisas com casais soropositivos para HIV que comparam a informação prestada pelas pessoas sobre a provável fonte de infecção com a informação proveniente da análise filogenética mostram que, nem sempre, há uma correspondência entre a informação prestada e os resultados da filogenia molecular, o que evidencia que as decisões sobre os elos de transmissão não devem se pautar apenas na informação dos parceiros, pois esta pode não ser correta (199).

Estudo multicêntrico (202) envolvendo 1.763 casais sorodiscordantes – 954 casais da África, 531 da Ásia, 278 da América do Norte e da América do Sul, com a participação, inclusive, do Brasil –, com o objetivo de avaliar o melhor momento de se começar a terapia antirretroviral, mostrou que, após quase dois anos de seguimento, houve a transmissão do vírus em 39 casais, sendo que em 11 (28%) a transmissão não foi procedente do parceiro, mas de uma terceira pessoa. Esse resultado sinaliza para o problema de que, em uma situação de conflito judicial sobre a transmissão do HIV, caso não haja a utilização de métodos diagnósticos que permitam identificar e comparar os tipos de vírus de ambos os parceiros, pode-se incorrer em injustiça ao se atribuir sempre ao parceiro HIV positivo a responsabilidade pela transmissão do vírus.

Learn e Mullins (200) chamaram a atenção para o surgimento de um novo campo de saber a que denominaram de *estudos forenses em HIV*, com o objetivo de subsidiar o sistema judicial com a produção de provas legais. No entanto, chamam a atenção para a necessidade de adoção de protocolos de boas práticas para garantir um padrão mínimo adequado para o trabalho com amostras forenses, além de garantir o respeito a certos pressupostos éticos.

Questões de ordem técnica e ética necessitam ser considerados ao lançar mão de técnicas como a análise filogenética para a elucidação de casos judiciais, inclusive tendo-se em conta os limites e os alcances de tais técnicas, que, como todo teste laboratorial, estão sujeitas a erros de vários tipos.

A criminalização da transmissão do HIV tem, pois, gerado uma nova demanda por métodos diagnósticos especializados, o que remete a novas problematizações, como o acesso a novas tecnologias médicas, a medicalização das práticas sociais e a criação da verdade no sistema judicial.

Mas a produção da verdade não se esgota na comprovação de que a transmissão do vírus de fato ocorreu de um determinado parceiro para outro. Há questões mais difíceis de serem determinadas com precisão e objetividade e que também se colocam como de indispensável comprovação para efeitos de criminalização. É o que ocorre com a caracterização da transmissão voluntária do HIV, isto é, a determinação de que o sujeito, conscientemente, pretendia alcançar aquele resultado.

## CAPÍTULO 5. ANÁLISE COMPREENSIVA: A ESCUTA DOS SUJEITOS

O objeto de estudo – a criminalização da transmissão sexual do HIV – insere-se na esfera da vida social, constituída fundamentalmente por subjetividades e simbolismos cujos significados só podem ser apreendidos por meio de estudos de caráter eminentemente interpretativo, pelo que o método qualitativo afigura-se como o mais adequado. A pesquisa qualitativa é particularmente apropriada para trabalhar com valores, crenças, hábitos, atitudes, representações e opiniões, privilegiando o ponto de vista dos próprios sujeitos e, dessa forma, é capaz de elucidar os significados que esses sujeitos dão ao fenômeno social.

A subjetividade é a característica essencial dos processos sociais e escapa da completa objetivação, própria das ciências da natureza, *constituindo o fundamento do sentido da vida social* (203). A partir desse pressuposto, tem-se que o método das ciências humanas e sociais, nominadas por Dilthey e Gadamer como “ciências do espírito”, é essencialmente interpretativo dos fenômenos que emergem das relações sociais, de suas representações e de seus significados. Para Dilthey, enquanto os fenômenos da natureza devem ser explicados, a partir de sua observação exterior, os fenômenos histórico-sociais devem ser internamente compreendidos; ele opõe, portanto, a *explicação* dos fenômenos da natureza à *compreensão* dos fenômenos humanos, enquanto métodos de dois campos científicos distintos – o das “ciências da natureza” e o das “ciências do espírito” (204).

Segundo Weber, toda ação social é dotada de um sentido para o agente – o sujeito da ação –, ou seja, ela tem sempre um sentido *subjetivo* e *o único portador real dos sentidos é o agente individual* (p. 85) (204). O sentido dado pelo agente aos fenômenos é o que os torna compreensíveis. No entanto, mais importante que a ação social, para Weber, é a relação social – a intersubjetividade –, uma vez que o sentido da ação de um agente é condicionado reciprocamente pela ação do outro.

De acordo com Habermas, a regra metodológica que se segue da teoria da ação social de Weber tem como princípio fundamental a interpretação subjetiva dos fatos sociais:

[...] sólo el sentido que el sujeto agente atribuye a su acción nos permite acceder adecuadamente a un comportamiento que se orienta por una situación que el agente mismo interpreta. La acción social no es independiente de una definición socialmente vinculante de la situación. De ahí que el comportamiento social observable haya de ser aprehendido a través de la perspectiva del propio agente, la cual escapa a una observación directa; es decir, el comportamiento social ha de ser 'comprendido'. (p.136) (205)

Nas ciências sociais, o sistema experimental que permite acessar os dados empíricos é a comunicação linguística e não a mera observação (205). Assim, a partir do entendimento de que o objeto do presente estudo constitui um fenômeno social, optou-se, do ponto de vista teórico-metodológico, pela realização de um estudo qualitativo de base empírica e documental que viabilizasse o acesso ao discurso dos sujeitos, na perspectiva da abordagem compreensiva, isto é, de que *el comportamiento social observable haya de ser aprehendido a través de la perspectiva del próprio agente, la cual escapa a una observación directa* (p.136) (205). Dessa forma, em lugar de observação controlada, busca-se a compreensão de símbolos. Para tanto, foram empregadas as seguintes metodologias de coleta de dados: entrevistas em profundidade, grupos focais e levantamento de documentos jurídicos (textos) em que estão expressos os discursos dos juízes sobre o tema pesquisado.

Para Dilthey, a experiência humana é formada por vivências e essa experiência tem caráter intrinsecamente histórico. O significado das vivências ou da experiência humana é apreendido a partir de dois eixos: 1) horizontal, constituído pelas relações que o sujeito estabelece com os outros (*intersubjetividade*); e 2) vertical, constituído pelas *memórias* que se articulam para conformar a *biografia* do indivíduo (204). As técnicas empregadas, especialmente os grupos focais e as entrevistas, permitem que essas categorias se articulem simultaneamente, de forma que, a partir das experiências vividas pelos sujeitos e de suas biografias, pudessem ser apreendidas as representações sociais e os sentidos dados ao objeto da presente investigação – a criminalização da transmissão sexual do HIV – pelos sujeitos mesmos da pesquisa.

O discurso dos sujeitos foi trabalhado na perspectiva de que ele expressa a cultura do grupo ao qual pertencem, o que permite apreender os significados e as representações do grupo sobre a criminalização da transmissão sexual do HIV e o substrato moral ou ético que perpassa as diferentes percepções. De acordo com Minayo (206) *o ato do entendimento, mais que um desvendamento da verdade do objeto, é a revelação do que “o outro” (o “tu”) coloca como verdade.*

A apreensão desse mundo das representações simbólicas foi feita pela análise das narrativas dos próprios sujeitos. No campo teórico, essa questão remete ao conceito proposto por Pierre Bourdieu de *habitus*, uma vez que, segundo esse autor, o *habitus* expressa a realidade dos indivíduos pertencentes a determinado grupo social. Bourdieu considera *habitus* como *sistema subjetivo, mas não individual, de estruturas interiorizadas, esquemas de percepção, de concepção e de ação, que são comuns a todos os membros de um mesmo grupo ou classe* (p. 79) (207). O *habitus* espelha a cultura do grupo, seus hábitos, costumes, crenças e comportamentos, os quais podem ser apreendidos por intermédio de seus discursos e práticas cotidianas. A partir do discurso dos sujeitos, e do contexto das relações sociais em que ele se produz, é possível apreender o *habitus* de classe do seu grupo social de origem.

As experiências se integram na unidade de uma biografia sistemática que se organiza a partir da situação originária de classe, experimentada num tipo determinado de estrutura familiar. Desde que a história do indivíduo nunca é mais do que uma certa especificação da história coletiva de seu grupo ou de sua classe, podemos ver nos sistemas de disposições individuais variantes estruturais do *habitus* de grupo ou de classe [...]. (pp. 80-81) (207)

A possibilidade de generalização dos achados da pesquisa qualitativa advém, não do tamanho da amostra pesquisada, mas do entendimento de que as falas do indivíduo são construções de um sujeito que está inserido em determinado grupo social, em um dado momento histórico. Esse sujeito é representante do seu tempo e do grupo em que vive, e seu discurso é uma construção resultante das experiências vividas dentro desse corpo social.

O que torna o trabalho interacional (ou seja, de relação entre pesquisador e pesquisados) um instrumento privilegiado de coleta de informações [...] é a possibilidade que tem a *fala* [grifo da autora] de ser reveladora de condições de vida, da expressão dos sistemas de valores e crenças e, ao mesmo tempo, ter a magia de transmitir, por meio de um porta-voz, o que pensa o grupo dentro das mesmas condições históricas, socioeconômicas e culturais que o interlocutor. (pp. 63-64) (203).

### *Operacionalização do trabalho empírico – coleta e análise dos dados*

A visão dos operadores do direito foi levantada por meio da análise de acórdãos e dos votos dos juízes – que contêm a fundamentação de suas decisões – e de entrevistas com ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) (Apêndice 2). Foram feitos levantamentos de processos envolvendo a criminalização da transmissão por HIV, no sítio eletrônico na internet do Superior Tribunal de Justiça (STJ), do STF e de todos os tribunais de justiça dos estados e do Distrito Federal. Como não se esperava encontrar um grande número de processos, não foi delimitado um período de tempo para o levantamento dos processos criminais, já que isso poderia reduzir bastante o número de casos passíveis de serem analisados. Assim, todos os processos identificados, desde o surgimento da aids no País, foram incluídos na análise.

Foram realizadas entrevistas individuais em profundidade com profissionais de saúde e grupos focais com pessoas vivendo com HIV, com base em roteiros previamente elaborados (Apêndices 3 e 4). As discussões e entrevistas foram gravadas e posteriormente transcritas. Todos os participantes assinaram termo de consentimento livre e esclarecido (Apêndices 5 e 6).

A seleção da amostra, tanto para os grupos focais quanto para as entrevistas individuais, não se pautou pelos procedimentos rigorosos voltados a garantir a aleatoriedade da amostra<sup>11</sup>, mas, ao contrário, a seleção dos sujeitos de pesquisa procurou incluir aqueles que, pela sua vinculação com o objeto de estudo, pudessem contribuir para que esse objeto fosse captado da forma mais

---

<sup>11</sup> As chamadas amostras aleatórias ou probabilísticas, isto é, quando todas as pessoas da população de estudo têm a mesma chance de ser selecionadas, são próprias dos estudos quantitativos que visam a estimar parâmetros populacionais. Esse não é o caso das pesquisas qualitativas, que se pautam por outros critérios de inclusão dos sujeitos, de forma a que sejam capazes de, conforme observou Minayo (203), abranger o objeto de estudo em suas múltiplas dimensões.

ampla e abrangente possível, caracterizando-se, pois, como uma amostra intencional ou de conveniência.

As entrevistas com profissionais de saúde e operadores do direito buscaram levantar informações relevantes sobre o objeto investigado, de acordo com a sua inserção e vivência profissional.

As entrevistas em profundidade com profissionais de saúde com atuação direta no atendimento de pacientes com HIV/AIDS foram realizadas dentro dos próprios serviços de saúde e tiveram duração média de uma hora. Participaram da investigação dois profissionais de cada categoria profissional (médicos, psicólogos, enfermeiros e assistentes sociais). Os ministros do STF foram contatados por meio eletrônico. Até o momento de fechamento do trabalho de campo, apenas dois ministros haviam retornado o contato, tendo concordado em conceder as entrevistas, as quais foram realizadas em seus gabinetes.

Foram realizados três grupos focais com pessoas que vivem com HIV usuárias de serviços de saúde voltados para o atendimento de portadores de HIV/AIDS: um só com homens, um só com mulheres e um misto. No total, 15 pessoas participaram dos grupos focais (média de cinco por grupo), com duração média de duas horas. Inicialmente, a proposta era realizar grupos mais homogêneos, tanto em termos do sexo quanto em termos da orientação sexual, mas diante das dificuldades de recrutamento, optou-se por realizar os grupos sem a observância desse critério de homogeneidade. No entanto, não foram observados prejuízos em função disso; as discussões nos grupos fluíram bastante bem, sem constrangimentos, em clima de respeito e com boa participação e entrosamento de todos os participantes.

O perfil dos participantes dos grupos focais e o dos profissionais de saúde entrevistados estão, respectivamente, detalhados no Quadros 3 e 4.

**Quadro 3. Perfil dos grupos focais realizados com pessoas vivendo com HIV/aids. Brasília, 2012.**

VARIÁVEIS	GF1	GF2	GF3	TOTAL
Número de participantes	4	3	8	15
Sexo:				
Ma	-	3	6	9
sc.	4	-	2	5
Fem.				
Faixa etária				
Até 30	1	3	2	6
Mais de 30	3	-	6	9
Orientação sexual				
Heterossexual	4	-	3	7
Homossexual	-	1	4	5
Bissexual	-	2	1	3
Parceria sexual				
Tem	1	2	5	8
Não tem	3	1	3	7
Tempo de diagnóstico				
Até 5 anos	-	2	2	4
Mais de 5 anos	4	1	6	11

**Quadro 4. Perfil dos profissionais de saúde entrevistados. Brasília, 2012.**

VARIÁVEIS	TOTAL
Número de profissionais entrevistados	7
Sexo:	
Masculino	1
Feminino	6
Faixa etária:	
Até 30 anos	1
Mais de 30 anos	6
Categoria profissional:	
Médico	2
Enfermeiro	2
Psicólogo	2
Assistente Social	1
Tempo com que trabalha com aids:	
< 5 anos	3
5 ou mais anos	4

Foram selecionados dois serviços públicos de saúde de referência para aids para a captação dos participantes dos grupos focais e dos profissionais de saúde: no Hospital Universitário da Universidade de Brasília (HUB) e outro pertencente à rede da Secretaria de Saúde do Distrito Federal.

Os grupos foram organizados e realizados nas próprias unidades de saúde e foram conduzidos em obediência aos requisitos necessários para se garantir a confidencialidade e o sigilo das informações e em ambiente propício para viabilizar a interação adequada entre os participantes, livre de influências externas. Essa escolha se justificou por questões de ordem operacional, para viabilizar o acesso à população de estudo. Como consequência, o perfil social do grupo pesquisado é aquele de pessoas atendidas em serviços públicos de saúde, o que traz implicações quanto à representatividade dos sujeitos de pesquisa.

O protocolo da investigação que resultou no presente estudo foi submetido à revisão ética e aprovado pelo Comitê de Ética em Pesquisa (CEP) da Secretaria de Saúde do Distrito Federal – Parecer nº 254/2011 (Anexo 1).

A organização e análise do material discursivo levantado por meio das entrevistas, dos grupos focais e das decisões judiciais foram feitas de forma independente e os resultados são apresentados separadamente, considerando cada ator específico – pessoas vivendo com HIV, profissionais de saúde e operadores do direito. A metodologia adotada para a análise do material seguiu os seguintes procedimentos: definição das categorias analíticas (temas); leitura flutuante das transcrições; identificação e seleção dos trechos do material em que as categorias analíticas aparecem; agrupamento do material por bloco temático, segundo as categorias definidas. Esse material foi organizado de forma bastante similar aos mapas propostos por Spink (3), que, segundo a autora, são instrumentos que permitem a visualização do material discursivo, preservando o contexto interativo em que se deram os diálogos. Os mapas são organizados tematicamente, seguindo, em grande medida, os roteiros que dão origem às entrevistas ou aos grupos (3).

No caso dos grupos focais, inicialmente, foram feitos agrupamentos temáticos para cada grupo separadamente, para, em uma segunda etapa, reunir o conteúdo dos blocos temáticos de cada grupo em um único bloco, mas de forma a que não perdessem a sua identidade. Com isso, buscou-se preservar o contexto interativo de cada grupo. O material das entrevistas individuais também foi processado seguindo o mesmo padrão: cada uma das entrevistas teve o seu conteúdo organizado por bloco temático, uma vez que,

comumente, os assuntos ou temas eram retomados em momentos distintos da entrevista. Posteriormente, os grupos temáticos de cada entrevista foram agrupados, mas sempre se mantendo a identificação do sujeito da pesquisa em questão.

Foram selecionadas as seguintes categorias analíticas, que constituíram os blocos temáticos:

1. Estigma e preconceito; direito à proteção contra o estigma e o preconceito;
2. Vivência da sexualidade/conjugalidade
  - 2.1. uso do preservativo; co-responsabilidade pelo uso do preservativo;
  - 2.2. autonomia sobre o próprio corpo e sobre o exercício da sexualidade;
  - 2.3. consentimento da relação sexual desprotegida;
3. Direito à privacidade sobre o diagnóstico; sigilo do diagnóstico; Revelação do diagnóstico: direito ou obrigação? Direito de conhecer;
4. Criminalização da transmissão.

A organização e análise do material discursivo dos operadores do direito – proveniente dos acórdãos e das entrevistas – seguiram os mesmos procedimentos descritos acima, procedendo-se às devidas adaptações quanto às categorias analíticas e aos blocos temáticos pertinentes.

## **5.1. A CRIMINALIZAÇÃO DA TRANSMISSÃO DO HIV NA ÓTICA DOS OPERADORES DO DIREITO**

Ainda que não seja o objetivo deste trabalho discutir em profundidade e de forma exaustiva os casos judiciais existentes no País, entendemos ser necessário trazer à discussão alguns casos que possam ilustrar os aspectos mais relevantes para o debate que se pretende fazer sobre essa questão. O objetivo aqui é conhecer o discurso dos operadores do direito quanto à criminalização da transmissão do HIV, as argumentações que levantam e o como aparecem nesse discurso as dimensões moral, ética e bioética. Para

tanto, cumpre fazer um breve apanhado e discussão de alguns casos judiciais, a título de exemplificação.

Por meio de consulta aos sítios oficiais na internet do Superior Tribunal de Justiça (STJ), do Supremo Tribunal Federal (STF) e de todos os tribunais de justiça dos estados e do Distrito Federal, foram identificados dezoito casos judiciais de transmissão sexual do HIV (Quadro 5). No processo de levantamento de casos, foram identificados casos de violência sexual contra crianças e adolescentes em que o acusado é pessoa vivendo com HIV, de transmissão vertical e tentativas de transmissão do HIV por meio de utilização de seringas e mordidas. Esses casos não foram objeto de análise, uma vez que o presente estudo centra-se exclusivamente sobre os processos que envolvem relações sexuais entre adultos.

O Quadro 5 traz sumarizados os casos identificados de criminalização da transmissão sexual do HIV ocorridos no País que chegaram, pela via de recurso, à apreciação de uma segunda instância ou aos tribunais superiores. Pela análise das decisões proferidas pode-se vislumbrar o entendimento divergente dos juízes quanto à natureza e à gravidade da conduta de transmitir HIV a outra pessoa, e, conseqüentemente, das penas impostas.

**Quadro 5 – Processos judiciais sobre transmissão sexual do HIV e respectivas sentenças. Brasil, 2012.**

Tribunal	Local ano	Dados	Resumo do caso	Sentença	Pena
<b>Caso 1. STF</b>  Habeas Corpus 98.712 SP	SP 2010	JGJ Masculino  Vítimas: parceiras do sexo feminino.  Meio: relações sexuais	Ao réu é imputada a prática de <b>tentativa de homicídio</b> , porque, sabendo-se portador do vírus HIV, teria mantido, em épocas distintas, relacionamento amoroso e sexual com três mulheres, de quem, deliberadamente, ocultara a doença, e para quem transmitiu o vírus. O Ministério Público pediu a prisão cautelar do réu, alegando “cuidar-se da prática de três crimes hediondos, a gerar clamor da comunidade”.	Moléstia grave – transmissão HIV – crime doloso contra a vida <i>versus</i> o de transmitir doença grave. Descabe, ante previsão expressa quanto ao tipo penal, partir-se para o enquadramento de ato relativo à transmissão de doença grave como a configurar crime doloso contra a vida.	Remetido para nova decisão do Tribunal de origem.
<b>Caso 2. STJ</b>  HABEAS CORPUS:	RS 1999	CEDC Masculino  Vítima: parceira do	Réu denunciado por <b>tentativa de homicídio</b> , por ser portador do vírus da aids e ter transmitido o vírus ao manter relações sexuais	<b>Solicitação denegada.</b>  Em havendo <b>dolo de matar</b> , a relação sexual forçada e dirigida à	O réu vai a julgamento pelo Tribunal do Júri.

Tribunal	Local ano	Dados	Resumo do caso	Sentença	Penas
HC 9378 RS 1999/00403 14-2		sexo feminino, infectada pelo HIV  Meio: relações sexuais; estupro.	sem preservativo. Solicitação de <i>habeas corpus</i> e desclassificação do tipo penal, por não estar provada a intenção do agente de transmitir a doença ou que, efetivamente, tenha infectado a vítima.	transmissão do vírus da AIDS é idônea para a caracterização da tentativa de homicídio.	
<b>Caso 3.</b> <b>STJ</b>  Habeas Corpus 160.982 DF	DF 2010	IMC Masculino  Vítima: parceira do sexo feminino.  Meio: relações sexuais	Réu condenado pelo TJDF por <b>lesão corporal gravíssima</b> , por transmissão do HIV (art. 129, § 2º, II). A defesa recorre da decisão alegando que vítima é assintomática, o que descaracterizaria o efetivo dano à incolumidade física. Requer o enquadramento da conduta em um dos crimes previstos no art. 130 (contágio de moléstia venérea) e abrandamento da pena imputada. Pedido indeferido na Corte de origem.	Recurso denegado. A alegação de que a vítima não manifestou sintomas não serve para afastar a configuração do delito previsto no art. 129, § 2º, II, pois é de notória sabença que o contaminado pelo vírus do HIV necessita de constante acompanhamento médico e de administração de remédios específicos [...] Porém, o tratamento não enseja a cura da moléstia.	<b>3 anos e seis meses de reclusão</b> em regime aberto; reduzida na Corte de origem para 2 anos de reclusão em regime aberto, e <b>substituída por duas sanções restritivas de direito.</b>
<b>Caso 4.</b> <b>TJSP</b>  Recurso em sentido estrito nº 381.731.3/7- 00	SP 2005	SCSA Masculino  Vítimas: parceira do sexo feminino.  Meio: relações sexuais	Requer a desclassificação da imputação inicial como incurso no art. 121, <i>caput</i> , combinado com o art. 14, II ( <b>tentativa de homicídio</b> ) para o crime previsto no art. 131, todos do Código Penal.	Negado provimento ao recurso. Com base em tratado de medicina, que descreve a aids como doença mortal, considera-se que o réu incorreu em ato capaz de transmitir não apenas moléstia grave, mas moléstia eminentemente mortal, que incide na figura prevista no art. 121 e seus parágrafos do CP. A defesa não questionou a autoria. Nesta fase do processo vige o <i>in dubio pro societate</i> .	O réu vai a julgamento pelo Tribunal do Júri.
<b>Caso 5</b> <b>TJSP</b>  Apelação criminal nº 4595583/0	SP 2006	RFS Masculino  Vítima: parceira do sexo feminino, infectada pelo HIV.  Meio: relações sexuais	Apela da condenação a 4 meses de detenção, em regime semiaberto, como incurso no art. 132 do CP (expor a vida ou a saúde de outrem a perigo direto e iminente). Ministério Público também apela para que seja pronunciado como incurso no art. 121 (tentativa de homicídio)	Dado provimento ao recurso ministerial para determinar a pronúncia do réu nos termos da denúncia ( <b>tentativa de homicídio</b> ), restando prejudicada a análise do recurso da defesa.	Vai a julgamento pelo Tribunal do Júri.
<b>Caso 6.</b> <b>TJSP</b>  Apelação Criminal com Revisão nº	SP 2007 (1º)  2008 (2º)	JLCM Masculino  Vítima: parceira do sexo feminino,	Réu condenado a <b>oito anos de reclusão, em regime integralmente fechado</b> como incurso no art. 121, § 2º, III, c.c. art. 14, II, ambos do CP, por ter infectado a parceira. Defesa pede	No novo julgamento, o apelo foi provido para determinar a realização de novo julgamento. Diante da situação 'sui generis' entre o apelante e a ofendida, parceiros	Novo julgamento

Tribunal	Local ano	Dados	Resumo do caso	Sentença	Penas
993.05.0707 96-2 SP		infectada pelo HIV.  Meio: relações sexuais	anulação do julgamento, alegando ausência de dolo e que não risco de vida para a vítima.  Em um primeiro julgamento, o recurso foi indeferido quanto ao pedido de anulação do julgamento por decisão manifestamente contrária às provas dos autos, e provido parcialmente para afastar óbice da impossibilidade de progressão de regime prisional. Houve determinação do STJ de que se procedesse a novo julgamento, a pedido da Defensoria Pública.	amorosos, as provas <b>não permitem classificar a conduta imputada como crime doloso contra a vida.</b> Elemento subjetivo do injusto - dolo eventual - não restou suficientemente demonstrado. A transmissão da doença é controlável pelo agente, a ocorrência do resultado morte escapa ao seu domínio e vontade. O enquadramento da conduta como homicídio tentado não se mostra isento de questionamentos.	
<b>Caso 7. TJSP</b>  Apelação criminal nº 01.100.481.3/6-0000-000	SP 2008	UPB Masculino  Vítima: duas parceiras do sexo feminino, infectadas pelo HIV.  Meio: relações sexuais	Réu condenado a <b>4 anos de reclusão, em regime aberto, substituída por duas penas restritivas de direitos.</b> Pede nulidade da condenação por ter julgado como incurso no artigo art. 129, § 2º, II, do CP, quando foi indiciado como incurso no art. 131 do CP, e no mérito, pela falta de provas.	Provimento parcial do recurso, considerando-se prescrição, em um caso, e mantida a condenação em outro.	Mantida a condenação.  <b>Substituída a pena de limitação</b> de finais de semana por 10 dias-multa, no piso mínimo, mantida a de prestação de serviços à comunidade.
<b>Caso 8. TJSP</b>  Apelação criminal nº 993.07.0562 16-1	SP 2010	MAS Masculino  Vítima: parceira do sexo feminino, infectada pelo HIV.  Meio: relações sexuais	Recorre postulando por absolvição de condenação como infrator do artigo 129, § 2º, II do CP.	Negado provimento.  Inviável substituição por penas restritivas de direitos, por maus antecedentes.	Condenação mantida.  Pena de <b>dois anos de reclusão</b> , em regime aberto, mais pagamento de cem UFESPs.
<b>Caso 9. TJSP</b>  Recurso em sentido estrito nº 0023398-40.2009.8.2 6.0590	SP 2012	FGL Masculino  Vítima: parceira do sexo feminino, infectada pelo HIV.  Meio: relações sexuais	Pede impronúncia do réu por crime contra a vida.	Negada a impronúncia do réu.  Crime desclassificado como incurso na sanção do art. 121 (conforme deliberado pelo STF), portanto não vai ao Tribunal do Júri.	Vai a julgamento.
<b>Caso 10. TJRJ</b>  Apelação	RJ 2007	GPS Feminino  Vítima:	Mulher soropositiva condenada por crime de <b>lesão corporal seguida de morte</b> , por ter mantido	Recurso desprovido.  Mantida a sentença do primeiro grau de	Mantida a sentença.

Tribunal	Local ano	Dados	Resumo do caso	Sentença	Penas
criminal nº 2007.050.04 105		parceiro do sexo masculino, infectado pelo HIV e que foi a óbito.  Meio: relações sexuais	relações sexuais sem preservativo e sem alertar a vítima da sua condição de portadora do HIV, assumiu o risco de contaminar o seu parceiro, fato que ocorreu, causando-lhe a morte. A defesa recorre alegando ausência de dolo e existência de consentimento da vítima, pelo que propugna a sua absolvição.	jurisdição.	
<b>Caso 11. TJRJ</b>  Apelação Criminal nº 0001087-55.2006.8.1 9.0008	RJ 2010	NFS Masculino  Vítima: parceira do sexo feminino, infectada pelo HIV.  Meio: relações sexuais	Infração à conduta típica prevista no art. 129, § 2º, II ( <b>lesão corporal grave, se resulta em enfermidade incurável</b> ). Apelação sob alegação de ausência de dolo e de que a vítima tinha conhecimento de que o apelante era portador do HIV, tendo assumido o risco do resultado.	Apelação desprovida. Inafastável o dolo do agente que mantinha relação sexual com sua parceira sem precaução, mesmo sabendo-se portador do vírus da aids, e estando consciente dos riscos que ela corria. É irrelevante para o caso se a vítima sabia ou não, pois trata-se de direito indisponível, ao qual não se aplica a teoria da auto colocação do risco.	<b>2 anos e 6 meses de reclusão</b> , em regime aberto, <b>substituída</b> por duas prestações de serviços à comunidade à razão de uma hora de tarefa por dia de condenação.
<b>Caso 12. TJRS</b>  Recurso em sentido estrito nº 7002570871 0	RS 2008	CSG Masculino  Vítimas: parceiras do sexo feminino, infectadas pelo HIV.  Meio: relações sexuais	Réu soropositivo, como era de seu conhecimento, manteve relações sexuais com duas vítimas, sem usar método de prevenção. Caracterizadas as <b>tentativas de homicídio</b> (art. 121, <i>caput</i> , combinado com art. 14, inciso II, ambos do CP), vai a júri popular.	Negado provimento ao recurso. Mantida a decisão de pronúncia.	O réu vai a julgamento pelo Tribunal do Júri.
<b>Caso 13. TJRS</b>  Apelação Criminal Nº 7002885668 0 2009	RS 2009	VHSV Masculino  Vítima: parceira do sexo feminino, infectada pelo HIV.  Meio: relações sexuais	Apelação – <b>Lesão corporal de natureza gravíssima</b> (art. 129, § 2º, inciso II) – transmissão do HIV. Réu foi condenado a <b>2 anos de reclusão</b> , em regime aberto, substituída por duas restritivas de direitos consistentes em prestações de serviços à comunidade e prestação pecuniária.	Provimento parcial do apelo defensivo: <i>sursis</i> especial. Mantida a condenação: prova incontroversa de que o réu sabia ser portador da doença – <b>dolo evidenciado</b> .	<b>2 anos de reclusão</b> . Sursis especial: suspende-se a pena por dois anos, com o comparecimento mensal ao juízo de execução e prestação de auxílio material à vítima.
<b>Caso 14. TJMG</b>  Apelação Criminal Nº 1.0000.00.3 42300-1/000	MG 2003	LAT Masculino  Vítima: parceira do sexo feminino.  Meio: relações sexuais	O réu havido sido inocentado. Ministério Público recorre alegando fraude nas provas apresentadas.	Foi dado provimento ao recurso e o réu foi condenado por <b>lesões corporais gravíssimas – condenação</b> . Está incurso nas sanções do <b>art. 129, § 2º, II, do Código Penal</b> , aquele que, sabendo-se portador do vírus HIV, mantém relação sexual, tornando sua parceira	Condenado a pena-base de <b>3 anos de reclusão</b> , a ser cumprido em regime aberto. O juiz <b>não concedeu o benefício da substituição</b> por penas alternativas.

Tribunal	Local ano	Dados	Resumo do caso	Sentença	Pena
				soropositiva.	
<b>Caso 15. TJMG</b>  Recurso em sentido estrito nº 1.0525.06.0 93770-9/001	MG 2008	ECPT Masculino  Vítima: parceira do sexo feminino.  Meio: relações sexuais	Réu denunciado por <b>tentativa de homicídio</b> , desclassificação do tipo penal (art. 121, caput, c/c art. 14, II, ambos do CP)	Negado provimento do recurso.	O réu vai a julgamento pelo Tribunal do Júri.
<b>Caso 16. TJDF</b>  Conflito de competência	DF 2011	RG Masculino  Vítima: parceira do sexo feminino infectada pelo HIV.  Meio: relações sexuais.	Conflito de competência entre Vara Criminal e Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher.  Réu denunciado pelo Ministério Público por tentativa de homicídio, mas o juízo do Tribunal do Júri decidiu classificar o delito como o previsto no art. 129, §2º, II, do CP. Delito praticado em decorrência de violência doméstica e familiar contra a mulher (arts. 5º e 14 da Lei nº 11.340, de 2006 – Lei Maria da Penha).	Sendo o delito praticado em contexto de convívio íntimo entre o autor e a vítima, independentemente da classificação que se atribua à infração, atraída está a aplicação da Lei nº 11.340, de 2006.	Declara a competência do Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher.
<b>Caso 17. TJSC</b>  Apelação criminal nº 2011.03024 6-5	SC 2011	WLM Masculino  Vítima: parceira do sexo feminino infectada pelo HIV.  Meio: relações sexuais.	Ministério Público ofereceu denúncia contra pela prática do delito definido no <b>art. 121, § 2º, inciso II</b> , do CP; o réu foi absolvido. MP pediu a reforma da sentença de em prol da condenação do réu como incurso no <b>art. 129, § 2º, inciso II</b> , do CP.	Condenado por infração ao disposto no art. 129, § 2º, inciso II, do Código Penal.	Pena de <b>2 anos de reclusão, substituída por duas restritivas de direitos</b> (serviços à comunidade e de prestação pecuniária, a entidades beneficentes).
<b>Caso 18. TJRS</b>  Apelação crime nº 7003158983 1	RS 2011	VCSQ Masculino  Vítima: parceira do sexo feminino. Não foi infectada pelo HIV.  Meio: relação sexual forçada. Estupro.	Apelação-crime. <b>Tentativa de homicídio qualificado</b> . O acusado, mesmo ciente de ser portador do vírus HIV, manteve relação não consentida, mediante grave ameaça, com a ofendida, assumindo o risco de infectá-la com doença incurável e, com isso, causar o resultado morte, por motivo torpe – deleite sexual (art. 121, § 2º, I., e art. 213 do CP). Foi condenado pelo Tribunal Júri.	Apelo defensivo desprovido. Mantida a condenação por tentativa de homicídio (art. 121, § 2º, CP) e por estupro (art. 14, II, do CP).  Apelo ministerial de redimensionamento da pena provido.	De 6 anos de reclusão, passou para <b>10 anos, 1 mês e 10 dias de reclusão</b> , a cumprir em regime inicial fechado,.

Entre os dezoito casos judiciais referentes à transmissão sexual do HIV, dez foram denunciados ou condenados por tentativa de homicídio (crime doloso contra a vida) e sete por lesão corporal grave; um caso, ainda em fase de inquérito policial, está sendo investigado por crime contra a vida (caso 16). Entre os casos de tentativa de homicídio, quatro tiveram a sentença ou a denúncia revistas na apelação, não tendo sido aceita a tese de “tentativa de homicídio” (casos 1, 6, 9 e 17); nos demais seis casos, o pedido de revisão foi negado. Todos os casos de lesão corporal grave tiveram seus recursos de desclassificação do tipo penal negados.

Passamos, então, à análise dos aspectos mais relevantes relativos a esses casos.

#### *Intencionalidade da transmissão do HIV*

De acordo com o Unaid, apenas a transmissão intencional do HIV deve ser passível de punição:

Because of these concerns, UNAIDS urges governments to limit criminalization to cases of intentional transmission i.e. where a person **knows his or her HIV positive status, acts with the intention to transmit HIV, and does in fact transmit it.** [grifo nosso] (208)

Com esse posicionamento, o Unaid busca frear o ímpeto crescente de criminalização da transmissão sexual do HIV, quando, em muitos países, o mero fato de ter havido uma relação sexual desprotegida, ainda que dela não tenha resultado a transmissão do vírus, já é motivo de imputação de pena criminal. No Brasil, observa-se que os casos identificados em que houve a criminalização da pessoa que vive com HIV atendem às condições especificadas pelo Unaid quanto aos seguintes critérios: 1) a pessoa condenada tinha conhecimento de seu estado de portador; e 2) ocorreu efetivamente a transmissão do vírus para o seu parceiro sexual (apenas em um caso essa condição não foi atendida – caso 18).

No entanto, a intencionalidade da transmissão sexual do vírus é um ponto frágil nos processos identificados e é o que gera as maiores controvérsias, especialmente quando, pela teoria finalista do direito – adotada

pelo Código Penal Brasileiro –, a intenção é fundamental para a imputação da conduta ao agente e para sua tipificação (209).

O que se observa nos processos identificados é que tem sido considerado como suficiente para o estabelecimento da intencionalidade, seja em relação ao crime de tentativa de homicídio seja ao de lesão corporal grave, o fato de o réu saber que é portador do HIV e, ainda assim, manter relações sexuais sem o uso do preservativo.

A intenção de matar – o chamado *animus necandi* –, em alguns casos, foi excluída, quando, por exemplo, no caso 6, em um segundo julgamento do recurso impetrado pela defesa, o revisor, Desembargador Péricles Piza, referiu que:

“não restou suficientemente demonstrado nos autos que o réu agiu com *animus necandi*, assumindo riscos de causar a morte de sua parceira, pessoa pela qual abertamente se confessou apaixonado e com quem, aparentemente, continuava a viver até pouco antes de seu julgamento perante o Tribunal Popular.” [caso 6] (p. 6) (210)

É cabível interpretar que o fato de uma pessoa vivendo com HIV manter relação sexual sem uso do preservativo revela, por si só, a intenção de matar ou de causar lesão grave ou de transmitir moléstia grave?

### *Tipo penal*

O enquadramento penal da transmissão do HIV não é isento de controvérsias, como se pode depreender das denúncias e sentenças proferidas. A título de ilustração, pode-se observar, nos casos 2 e 6, flagrante desentendimento entre as decisões proferidas pelo mesmo tribunal. No caso 2, o réu – homem HIV positivo que manteve relação sexual desprotegida com a parceira – foi condenado por tentativa de homicídio e recorreu da sentença solicitando a desclassificação do tipo penal. O pedido foi negado e a sentença mantida, pois se entendeu que a relação sexual nessa situação é passível de ser caracterizada como tentativa de homicídio. O relator do caso manifestou-se da seguinte forma para negar a desclassificação do crime:

“Ao manter relacionamento sexual com a vítima, sabendo ser portador do vírus da AIDS, o denunciado desejava, e

conseguiu, infectá-la, transmitir-lhe o HIV, vírus letal da doença, dando início ao fato de causar-lhe a morte, seu objetivo final, a qual não ocorreu, ainda, por circunstâncias alheias a sua vontade, haja vista que a doença, embora contaminada a vítima, não desenvolveu-se, até a presente data, em seu organismo, o que pode vir a acontecer a qualquer momento.” [caso 2] (Ministro Hamilton Carvalhido) (211)

Já no caso 6, na apelação, a sentença foi no sentido oposto à do caso precedente. Da mesma forma que o anterior, trata-se de homem com sorologia positiva para HIV que manteve relações sexuais desprotegidas com a parceira sem que lhe tenha revelado previamente a sua condição de portador, sendo, por isso mesmo, acusado de tentativa de homicídio qualificado (por meio insidioso). O réu foi condenado e a defesa apelou da decisão. A sentença foi favorável ao recurso, nos seguintes termos colocados pelo revisor da matéria:

“[...] diante da situação 'sui generis' em que se viram envolvidos réu e vítima, que mantiveram longo relacionamento amoroso e, ao que parece, continuam se relacionando durante o transcorrer do processo, as provas carreadas não permitem classificar a conduta imputada na denúncia como crime doloso **contra a vida**.

Não restou evidenciada, ao menos com a segurança que se exige para o desfecho condenatório, a intenção (dolo direto) ou a assunção do risco (dolo eventual) de causar a morte da vítima”. [caso 6] (Desembargador Péricles Piza) (p.4) (210) [grifos no original]

Nesse segundo caso, os juízes entenderam que as provas não permitiam classificar a conduta como tentativa de homicídio, uma vez que não ficou suficientemente demonstrada que a intenção do réu era matar a parceira. Além disso, ponderaram que “embora a transmissão da doença seja controlável pelo agente, a ocorrência do resultado morte escapa ao domínio do indivíduo transmissor” (p.8) (210) e, com base nisso, determinaram a realização de novo julgamento.

A divergência de posicionamento sobre o enquadramento penal da conduta de transmissão sexual do HIV é um dilema hermenêutico, conforme assinalou o Ministro Ayres Britto, do Supremo Tribunal Federal (212), e como

se pode depreender da sustentação feita por diferentes juristas que enquadram essa conduta em tipos penais distintos, como os seguintes:

- Tentativa de homicídio:

“quando o agente busca transmitir o vírus da AIDS, propositadamente, pela via da relação sexual ou outra admissível (ex: atirando sangue contaminado sobre a vítima), deve responder por tentativa de homicídio ou homicídio consumado (conforme o resultado atingido).” (p. 658) (213)

- Lesão corporal grave ou qualificada por enfermidade incurável:

“quando o portador do vírus omite conscientemente essa sua condição para as pessoas que praticam, com ele, atos capazes de produzir o contágio, sem a devida proteção, ou quando o infectado obriga, moral ou materialmente, a vítima não-infectada a expor-se a arriscada aventura, ou induz a erro (...) tendo em vista a atuação finalisticamente orientada à transmissão da doença, deve haver imputação do delito de lesão corporal qualificada por enfermidade incurável, na forma do art. 129, § 2º, II, do CP brasileiro.” (p. 231) (214)

“Tomemos, agora um exemplo um tanto polêmico: alguém infectado pelo vírus da AIDS mantém relações sexuais com outra pessoa sadia, transmitindo-lhe a doença.

[...]

[a] questão que se põe é acerca de que tipo, afinal, o agente infectado realiza, se homicídio ou lesões corporais graves. Aqui, o critério a vigorar será o de que o dolo, como vontade de realização da ação e do resultado, deve referir-se a uma ação imediata, e não a uma ação que, por sua cronicidade, conduza à morte. Portanto, só pode haver crime de lesão corporal grave e não homicídio”. (p. 290) (215)

A polêmica em torno do enquadramento penal da conduta de transmissão sexual deliberada do vírus HIV foi alvo de decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) – a Corte Constitucional máxima brasileira. O caso 1 apresentado no Quadro 5 foi o único processo judicial que chegou para ser apreciado pelo STF. Trata-se de um homem que, sabendo-se portador do HIV, não revelou o seu diagnóstico a duas parceiras e manteve com elas relações sexuais desprotegidas, do que, supostamente, resultou a infecção de ambas. Com uma terceira mulher, a quem havia revelado o diagnóstico e com quem mantinha relações sexuais com uso de preservativo, em determinada ocasião,

procurou manter relação desprotegida mediante o uso da força, não tendo, porém, conseguido consumir o ato. A ele foi imputada a prática de tentativa de homicídio (crime previsto no art. 121, combinado com o art. 14, ambos do Código Penal) e decretada prisão preventiva.

A defesa impetrou pedido de *habeas corpus* junto ao STF, reiterando a tese da impropriedade do enquadramento legal da conduta. Os ministros da Corte julgaram, por unanimidade, que o delito não se enquadrava no disposto no art. 121 do Código Penal (homicídio), pois que havia tipo específico, como o previsto no art. 131 (perigo de contágio de moléstia grave). A decisão dos ministros foi no sentido de *excluir, no caso, a classificação das condutas imputadas ao paciente como homicídio tentado* (p. 80) (212), sem, no entanto, ter-se determinado o tipo penal ao qual a conduta deveria ser enquadrada, uma vez que os ministros do STF não chegaram a um consenso sobre o tipo específico mais adequado ao caso. A classificação e o enquadramento da conduta foram deixados a cargo do Juízo comum competente.

Essa decisão reflete o grau de controvérsias que envolvem a discussão sobre o tipo específico ao qual deveria ser enquadrada a conduta da transmissão sexual do HIV.

A experiência internacional foi trazida aos debates como argumento em favor de se admitir a tentativa de homicídio como um enquadramento possível para a conduta de transmissão sexual do HIV, já que outros países, como Estados Unidos e países europeus, admitem essa classificação e têm punido criminalmente esse tipo conduta como tentativa de homicídio. Nesse ponto, argumentos contrários sustentaram que não devemos nos pautar pela experiência de outros países, já que a nossa legislação penal conta com um tipo específico.

De acordo com o Ministro Ayres Britto, prepondera no direito brasileiro a sistemática do finalismo penal, expressa na chamada “intenção do agente”. Em consequência, a depender do resultado pretendido pelo agente, a conduta de transmitir o HIV pela via sexual pode ser enquadrada em qualquer um dos seguintes tipos penais: 1) transmissão de doença grave; 2) lesão corporal gravíssima; ou 3) homicídio, tentado ou consumado. Conforme seja a pretensão do agente, a classificação do crime será diferente.

É de se notar, pela casuística apresentada no Quadro 5, que os tribunais têm adotado e confirmado, em grande número de casos, o enquadramento da conduta de transmissão sexual do HIV como tentativa de homicídio. Para tanto, as seguintes circunstâncias têm sido consideradas como suficientes para essa tipificação: 1) o fato de o agente saber ser portador do HIV e, ainda assim, manter relações sexuais sem a devida proteção; e 2) a gravidade da doença, considerada não só grave, mas incurável, o que constitui ameaça à vida do parceiro e que pode conduzi-lo à morte.

No caso julgado no STF (Quadro 5, caso 1), a intenção do agente de provocar a morte da parceira foi descartada, assumindo-se que, quando muito, poder-se-ia imputar-lhe o dolo de dano, isto é, de provocar o contágio de moléstia ou de lesão corporal grave. Mesmo quanto à imputação do dolo de dano, relativamente ao crime de transmitir a outrem doença grave, o ministro relator fez a seguinte afirmação: *nem sei se houve esse fim; claro que ele assumiu o risco [...]*. A dificuldade de se aferir a intenção do autor da conduta fica patente a partir das seguintes manifestações dos ministros, ao debater o caso:

“Claro que não posso colocar o paciente num divã e perceber qual teria sido a intenção dele. Mas **presumo que tenha sido um prazer maior na relação sexual.**” (Ministro Marco Aurélio) (212) [sem grifos no original]

“De qualquer sorte, podemos, pela conduta que ele teve, concluir pelo que ele não fez: ele não pegou uma faca, não pegou uma arma enquanto as vítimas dormiam, nem atentou, fisicamente, contra a vida delas. Ele manteve relação sexual.” (Ministro Dias Toffoli) (212)

“Ele forçou a relação, mas sem usar de arma.” (Ministro Ayres Brito) (212)

Na perspectiva dos operadores do direito, há, de um lado, um posicionamento de que o não uso do preservativo por parte de uma pessoa portadora de HIV, por si só, constitui indicador da intenção do indivíduo de efetivamente causar a morte da parceira, ou do parceiro, por meio da transmissão de doença incurável e letal, ou, em melhor hipótese, de que ele conscientemente assumiu o risco.

De outro lado, vislumbra-se outro tipo de posicionamento, pautado em considerações sobre o contexto em que se deram as relações sexuais, muitas delas ocorridas no âmbito de relacionamentos afetivos e sexuais estáveis e duradouros, nos quais, é sabido, questões de ordem subjetiva e cultural condicionam os comportamentos sexuais. Nessa perspectiva, o relator do caso no STF, Ministro Marco Aurélio, lembrou que, antes que um desejo de matar, o não uso do preservativo pode representar a busca por um prazer maior, já que concepções culturais arraigadas na sociedade vinculam esse uso à perda de prazer, lembrando o dito popular de que “não se pode chupar bala com o papel” (212).

#### *Gravidade da doença*

A maioria das decisões pauta-se por concepções de que a aids não é simplesmente uma doença grave, mas sim incurável e letal. A disponibilidade e a efetividade do tratamento atual foram lembradas para relativizar essa gravidade ou letalidade da doença. Em algumas decisões, os operadores do direito apoiaram-se no conhecimento científico médico para avaliar a gravidade da doença e embasar as suas decisões. O sucesso do coquetel de medicamentos específicos para a aids foi lembrado nessa discussão, bem como os avanços da política brasileira de combate à doença, especialmente enfatizado pelos juízes nos casos 1 e 6. O revisor do caso 6, Desembargador Péricles Piza, assim se posicionou sobre essa questão:

[...] atualmente [a aids] já pode ser classificada como “doença crônica”. Isso significa que a pessoa infectada pode viver com o vírus por longo período, sem apresentar nenhum sintoma ou sinal, o que se tornou possível graças aos avanços tecnológicos e às pesquisas científicas, que tem propiciado o desenvolvimento contínuo de medicamentos cada vez mais eficazes. [caso 6] (p.7) (210)

No entanto, majoritariamente, nas decisões, tem tido mais relevância o fato de a aids ainda não contar com tratamento curativo e, em consequência, continuar associada à ideia de morte. Nos acórdãos dos julgamentos dos casos constantes do Quadro 5, a aids é referida como “doença eminentemente mortal”; “moléstia fatal”; “grave e incurável moléstia” etc. Essa caracterização serve para enquadrar o delito de transmissão do HIV em tipos penais mais

graves, como se depreende da seguinte afirmação constante do acórdão do caso 4:

“Parece-nos evidente que, se alguém pratica ato capaz de transmitir uma doença grave, inquestionável a prática do delito formal focalizado no art. 131 [*contágio de moléstia grave*].

Agora, se alguém pratica ato capaz de transmitir não apenas moléstia grave, mas moléstia eminentemente mortal e o faz dolosamente, a toda evidência está a incidir na figura prevista no art. 121 e seus parágrafos do CP [*homicídio*].” [caso 4] (Desembargador Nuevo Campos) (p. 6) (216)

### *Revelação do diagnóstico*

A não revelação do diagnóstico para a parceira, ou o fato de a revelação ter sido feita apenas em momento posterior à consumação da relação sexual desprotegida, também aparece como um dado revelador da intenção de causar morte ou dano à parceira. Esse é um ponto sujeito a divergências entre as partes, quando parece ser dado mais crédito à versão da vítima de que não sabia do estado sorológico do parceiro. Em um dos julgados, fica explícita essa tendência do magistrado de desacreditar do réu quanto ao fato de que a parceira conhecia seu estado sorológico:

“As declarações da vítima (fl. 125) estão em total harmonia com as demais provas colhidas, e comprovadas pelos documentos juntados às fls. 12/14. Por outro lado, a versão apresentada pelo apelante é **inverossímil** e não encontra qualquer amparo na prova dos autos. **Não se mostra crível que a vítima, mesmo conhecedora do estado de saúde de seu companheiro, e sabendo tratar-se de doença ainda incurável e letal, tenha consentido em com ele manter relação sexual sem preservativo.**” [caso 11] (Desembargadora Marcia Perrini Bodart) (p. 2) (217) [*sem grifos no original*]

No entanto, em muitos casos, conforme relatado nos autos, há elementos indicativos de que a não revelação do diagnóstico está associada, não à vontade de matar a companheira, mas, ao contrário, ao medo de perdê-la. Em um dos processos, esse dado foi valorizado no julgamento e ajudou a formar o entendimento de que não estava comprovada a intenção dolosa do agente de cometer homicídio contra a sua parceira:

“Não restou evidenciada, ao menos com a segurança que se exige para o desfecho condenatório, a intenção (dolo direto) ou assunção do risco (dolo eventual) de causar a morte da vítima. [...] Evitou [o réu] dizer a verdade sobre seu estado de saúde porque, segundo alegou, estava apaixonado por ela e temia que, em razão da notícia, viesse a ser abandonado [...]” [caso 6] (Desembargador Péricles Piza) (p.5) (210)

Da leitura de alguns acórdãos, extrai-se que o fato de não revelar o diagnóstico não é em si mesmo uma conduta delituosa, desde que a pessoa portadora do HIV tenha tomado todas as medidas para proteger o seu parceiro de ser infectado.

A não revelação do diagnóstico foi referida em alguns casos como fator que compromete o consentimento do parceiro para a relação sexual desprotegida, uma vez que ele foi dado em uma situação de desconhecimento sobre o diagnóstico por parte do parceiro.

#### *Consentimento do parceiro*

Observam-se posicionamentos divergentes quanto à importância, para a imputação do crime, de ter havido ou não o consentimento do parceiro em manter relações sexuais desprotegidas, bem como sobre o que se considera como relação consentida no âmbito de uma relação em que um dos parceiros é uma pessoa portadora do HIV. A questão do consentimento da parceira ou foi simplesmente ignorada pelos juízes ou foi explicitamente recusada como fator de exclusão de culpa ou dolo.

Conforme explicitado em muitos acórdãos, (como os dos casos 3, 10 e 11) o fato de a vítima saber que o parceiro é soropositivo e, ainda assim, manter com ele relações sexuais desprotegidas – o que caracterizaria que deu o seu consentimento – é considerado fator irrelevante, uma vez que “o ordenamento jurídico brasileiro estabelece que a vida é bem indisponível, bem como a saúde no tocante à contaminação por moléstia grave e sem cura” (p. 7) (218). Em outro caso, o relator do recurso manifestou-se no mesmo sentido:

“Ainda que houvesse consentido, não caberia falar em excludente de ilicitude, eis que a sua integridade física é

considerada, neste caso, bem jurídico indisponível [...].”  
[caso 3] (citação feita pela Ministra Laurita Vaz) (p. 9) (219)

Nesse entendimento, portanto, o consentimento do parceiro devidamente informado sobre o estado sorológico do companheiro não é considerado fator suficiente para excluir do portador do HIV a responsabilidade pela transmissão do vírus.

#### *Uso do preservativo e revelação do diagnóstico*

Outro ponto controverso é quanto ao fato de o uso do preservativo dispensar ou não a pessoa vivendo com HIV de revelar a sua soropositividade ao parceiro. Em vários casos, os relatos dão conta de que, no início do relacionamento, as relações sexuais eram sempre mantidas com o uso do preservativo, mas que, com o passar do tempo, por motivos diversos, essa prática foi abandonada. Pelas manifestações da acusação e de alguns juízes, depreende-se que o uso do preservativo poderia dispensar a revelação do diagnóstico, pois só quando esse uso não é feito é que a não revelação torna-se um problema. Isso, provavelmente, por considerarem que a pessoa, ao tomar conhecimento do diagnóstico do parceiro, não vai abdicar de usar o preservativo.

“[...] no início, buscando acautelar a saúde de sua nova parceira, mantinham relações sexuais com uso de preservativos, que passaram a ser dispensados a pedido da própria ofendida [...] **nesse momento deveria ter alertado sua parceira** sobre a grave moléstia contagiosa de que era portador, o que não fez.” [caso 6] (Desembargador Péricles Piza) (p. 5) (210) [sem grifos no original]

Daí se depreende que somente a partir do momento em que deixa de usar o preservativo é que o indivíduo passa a ter a obrigação de revelar o seu diagnóstico ao parceiro.

No entanto, essa posição não é unânime entre os operadores do direito. Um dos ministros do STF, em entrevista concedida para fins desta pesquisa, manifestou opinião de que não se pode considerar consensual uma relação sexual quando um dos parceiros omite do outro a sua condição de portador do HIV. Para ele, o uso do preservativo não dispensa o portador do HIV de

comunicar ao seu parceiro a respeito de sua soropositividade. Isso porque o parceiro só estará de fato consentindo em manter relações sexuais com essa pessoa se estiver de posse dessa informação. O ministro manifestou-se da seguinte forma sobre o assunto:

“Se uma pessoa sabe [*que é portadora do HIV*] e não comunica [*ao parceiro*], o consenso para a prática do ato sexual, para mim, é indiferente, porque [...] se soubesse eventualmente poderia dizer não, mesmo com as proteções praticadas, [...] mesmo com a proteção, poderia recusar, não querendo assumir o risco, porque as proteções não são absolutas.” (Ministro do STF, entrevista concedida, 2012)

### *Nexo de causalidade*

O estabelecimento do nexo de causalidade entre a infecção do réu e da vítima quase não aparece nos casos julgados. Quando aparece, em geral, é da parte da defesa do réu ou do condenado, quando se procura questionar que não ficou comprovado que tenha sido o réu o responsável pela infecção da vítima. Mesmo nesses casos, esse tipo de alegação não mereceu a consideração dos juízes.

Esse é um tema que tem se tornado muito presente nos casos judiciais em países desenvolvidos, quando se busca, por meio de provas técnicas, demonstrar que a vítima, de fato, foi infectada pelo réu. Essa questão não tem sido alvo de maiores debates nos tribunais brasileiros. Quando muito, busca-se estabelecer um nexo temporal, isto é, que o réu já estava infectado pelo HIV, e tinha conhecimento desse fato, antes de começar a se relacionar sexualmente com a vítima.

### *Discurso médico*

Chama a atenção que o discurso médico é, em certa medida, apreendido pelos operadores do direito no sentido de dar embasamento técnico às suas decisões. É assim que eles se apropriam de parte do conhecimento epidemiológico e clínico para julgar a gravidade da doença, os avanços técnicos científicos que impactam a letalidade da doença e a qualidade de vida dos doentes. Termos como “coquetel de medicamentos”, “carga viral”, “sobrevida” estão presentes no discurso dos juízes.

No entanto, o conhecimento científico médico não é apreendido em toda a dimensão que seria necessária para fundamentar tecnicamente a avaliação feita em relação ao potencial dano decorrente das relações sexuais desprotegidas que envolvem uma pessoa que vive com HIV. Não aparecem, nas considerações dos operadores do direito, questões cruciais que podem determinar ou modificar o risco de infecção, como: estar ou não realizando tratamento adequado, carga viral indetectável, ausência de provas técnicas capazes de determinar com segurança a autoria ou fonte de infecção da vítima etc.

### *Outros temas específicos*

Outras questões relevantes emergiram da análise dos acórdãos levantados, como: risco de reiteração da conduta; penas aplicadas; grau de conhecimento do réu sobre as formas de transmissão do HIV; preconceito em relação ao réu; manutenção do relacionamento das vítimas com os réus; caracterização do crime como crime hediondo; vítima que não contraiu o HIV etc.

A reiteração da conduta apareceu como justificativa para a prisão preventiva (caso 1), quando, por exemplo, na apreciação do Superior Tribunal de Justiça (STJ), se considerou que “o risco concreto de reiteração criminosa autoriza a permanência do paciente no cárcere para a preservação da ordem pública, visto que ele já contaminou 2 (duas) vítimas com o vírus HIV” (p.1) (220). Esse tipo de argumentação não considera que o réu ou o condenado a pena de prisão pode continuar com os mesmos comportamentos de risco, apenas que em lugar diferente, especialmente quando esse lugar – o estabelecimento prisional – não provê condições para o exercício de práticas seguras.

Com relação às penas aplicadas aos sete casos de lesão corporal grave que tiveram mantidas suas condenações (casos 3, 7, 8, 10, 11, 13 e 14), elas variaram de 2 a 4 anos de reclusão, mas, em cinco casos, houve substituição da pena de prisão por penas restritivas de direitos, como prestações de serviços à comunidade e de auxílio material à vítima. Já o único caso condenado por tentativa de homicídio e estupro (caso 18), houve

redimensionamento da pena no sentido de aumentar o tempo de prisão em regime fechado. Neste último caso, apesar de não dispormos de elementos elucidativos para fazer qualquer afirmação, há que se questionar se a condenação do réu a 10 anos de prisão atende ao critério da proporcionalidade, ou se, no caso, o fato de o agente ser soropositivo não implicou um agravamento desproporcional da pena.

Também em relação ao caso 18, a condenação do réu por tentativa de homicídio foi decorrente do seu estado de portador do HIV e do fato de ter conhecimento dessa condição, ainda que a vítima não tenha contraído o vírus. Em contraposição à alegação da defesa de que vítima não havia contraído o vírus, foram tecidas as seguintes argumentações em prol da pena por tentativa de homicídio:

“E, cuidando-e em tese, de um crime tentado, despiciendo considerar e avaliar a incorrência do resultado morte ou a circunstância de não ter a vítima contraído a doença até o momento da prolação da decisão hostilizada.” [caso 18] (p. 10) (221)

“[...] para punir o réu pela tentativa de homicídio, não se pode exigir que a vítima venha a ser efetivamente cotaminada. Isso seria por demais cruel e desumano.” [caso 18] (p. 11) (221)

Também pôde ser evidenciada, da parte de alguns magistrados, uma disposição contrária ao réu, quando ele é culpabilizado pela sua própria doença em razão de comportamentos desviantes – vítima culpada –, enquanto o outro é visto como vítima inocente. É o que se pode observar da seguinte afirmação feita pela relatora do caso 13:

A causa extintiva da punibilidade é aplicável a casos especiais, quando o resultado atinge de tal modo o agente que inútil a pena, o que não é o caso, pois a contaminada foi a vítima, uma vez que **o acusado sabia que contraía o vírus por sua vida desregrada de usuário de drogas que compartilhava as seringas com outros.** [caso 13] (Desembargadora Elba Aparecida Nicolli Bastos) (p.8) (222) [não há grifos no original]

Uma questão específica apareceu no caso 16, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal (TJDF). Trata-se de conflito de competência suscitado pela 1ª Vara Criminal de Brasília contra o Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, que é a instância que conduziu o inquérito policial para apurar crime de transmissão sexual do HIV.

O relator do caso considerou que, por se tratar de *delito apurado em contexto de relação de convívio íntimo entre autor e vítima, independentemente da classificação que se atribua à infração* (p.3) (223), cabe a aplicação da Lei nº 11.340, de 2006 (Lei Maria da Penha), pelo que reconhece a competência do Juizado. O relator considerou que a infecção pelo HIV causa sofrimento físico e moral, o que, quando praticado no âmbito de relação íntima de afeto, caracteriza violência doméstica ou familiar, conforme disciplina a Lei Maria da Penha.

Essa é uma questão interessante, pois abre uma discussão diferente, que ainda não havia sido suscitada: se a transmissão do HIV pode ser considerada como crime de violência contra a mulher, quando ocorre no âmbito da convivência doméstica, ainda que as relações sexuais tenham se dado de forma consensual.

#### *Papel da lei penal na transmissão do HIV*

Mas, para além dos aspectos estritamente técnicos do âmbito do direito penal, cabe reportar uma discussão mais de fundo trazida por alguns operadores do direito sobre a propriedade de se considerar a transmissão do HIV como matéria penal. Ainda que se reconheça que, apesar de não haver lei ou tipo penal específico que trate exclusivamente da transmissão não acidental do HIV, essa transmissão constitui crime pelo ordenamento jurídico brasileiro.

A criminalização da transmissão do HIV é tomada como medida de retribuição do agente e como uma medida voltada para coibir a reiteração da conduta. A função de defesa da saúde pública aparece, por exemplo, na alegação feita pelo Ministério Público ao requerer a prisão preventiva de um dos réus, quando afirmou que *estando este em liberdade, colocaria a comunidade local em risco, por ser useiro e vezeiro em ocultar a doença que lhe acomete, transmitindo indiscriminadamente o vírus do HIV para as*

*mulheres com que se relaciona* (p. 3) (220). Na apreciação do caso no STJ, com relação à revogação da prisão preventiva do acusado, o ministro relator argumentou no mesmo sentido, afirmando:

Ademais, o risco concreto de reiteração criminosa autoriza a permanência do paciente no cárcere para a preservação da ordem pública, visto que já contaminou 2 (duas) vítimas com o vírus HIV e tentou transmiti-lo a uma terceira. [caso 1] (Ministro Og Fernandes) (p. 1) (220)

Assim, a tese de que o isolamento do paciente, a sua retirada do convívio social, como medida necessária para evitar a propagação da doença e proteger a comunidade, continua a ter peso no âmbito do direito. Nessa concepção, o direito penal aparece não somente para garantir a retribuição do agente pelo crime cometido ou para exercer o controle social, mediante a penalização das condutas que a sociedade pretende coibir, mas também como forma de defesa da saúde pública, quando, pelo isolamento do sujeito, busca impedir a continuidade da transmissão da doença.

No entanto, essa função do direito penal é questionada, quando operadores do direito enxergam nele uma atuação muito secundária e ineficiente. Esse questionamento foi colocado de forma cristalina pelo Ministro Ayres Britto, no voto que proferiu quando da análise de caso dessa natureza:

“Começo por dizer que a matéria do contágio pelo vírus HIV é estranha, em linha de princípio, ao Direito Penal. Direito Penal que só é de intervir naquelas situações em que a transmissão se deu de forma consciente e dolosa [...]

Noutro falar, a criminalização do HIV é de ser orientada pelos clássicos princípios penais da subsidiariedade<sup>12</sup> e da lesividade<sup>13</sup>. Pelo que, o necessário controle estatal dos casos de contágio do vírus HIV tem nas políticas públicas de conscientização, prevenção e tratamento da doença o seu *locus central*”. [caso 1] (Ministro Ayres Britto) (p. 75) (212)

---

<sup>12</sup> Princípio da subsidiariedade: “quando a própria lei faz a sua ressalva, deixando transparecer seu caráter subsidiário. Assim, nos termos do preceito secundário do art. 132 do Código Penal, somente se aplica a pena prevista no artigo para o delito de perigo para a vida ou para a saúde de outrem se o fato não constituir crime mais grave.” (p. 30) (146)

<sup>13</sup> O princípio da lesividade esclarece quais são as condutas que não poderão ser incriminadas pela lei penal. De acordo com Nilo Batista, são quatro as funções desse princípio: “a) proibir a incriminação de conduta interna; b) proibir a incriminação de uma conduta que não exceda o âmbito do próprio autor; c) proibir a incriminação de simples estados ou condições existenciais; d) proibir a incriminação de condutas desviadas que não afetem qualquer bem jurídico.” (p. 53) (146)

Os dois ministros do STF entrevistados no âmbito desta pesquisa manifestaram opinião no mesmo sentido. Ambos, apesar de entenderem ser crime a conduta de transmissão intencional do HIV – quando o indivíduo se sabe portador do vírus e, ainda assim, mantém relações sexuais desprotegidas –, expressaram o entendimento de que, de maneira geral, a criminalização das condutas humanas não resolve o problema; antes disso, é necessário que o Estado se faça presente na educação, na formação das pessoas. Um deles explicitou que *criminalização é trabalhar com a consequência, é enxugar gelo. O Brasil é o segundo maior país com pessoas em cárcere, só perde para os Estados Unidos.*

A criminalização da transmissão do HIV é percebida como uma resposta marginal, secundária, na resposta que o Estado brasileiro tem dado ao combate à aids. O pequeno número de casos judiciais, em face do número total de casos de aids, foi levantado como um dado que demonstra isso.

A avaliação que fazem da criminalização da transmissão sexual do HIV procura contextualizá-la dentro da resposta global apresentada pelo Estado brasileiro, que é uma resposta baseada no reconhecimento do direito à saúde, no respeito aos grupos mais vulneráveis e no combate ao estigma e ao preconceito. É assim que lembram que essa resposta incluiu o acesso universal e gratuito aos medicamentos, o controle social sobre as políticas públicas, além de ter levado ao movimento pelo reconhecimento da união homoafetiva, a qual foi submetida a julgamento pelo STF, em 2011, que se posicionou no sentido de que pessoas do mesmo sexo que convivam afetivamente tenham os mesmos direitos estabelecidos para uma união estável entre um homem e uma mulher.

“Eu penso que [...] a abordagem que se deu no Brasil, ela foi em outra ótica, foi na ótica de acolher o portador do vírus [...] a normatização da problemática do HIV no Brasil, foi uma normatização, vamos dizer assim, do bem, e não uma normatividade do preconceito. O Brasil talvez tenha sido o primeiro país a obrigar o Estado a fornecer os medicamentos, mesmo caros, gratuitamente a todos os portadores, a ter uma política pública de propaganda institucional sobre o que é a doença, procurando não estigmatizá-la; quando surgia algum tipo de marketing que se considerava um pouco mais estigmatizante, a sociedade

reagia e o Estado readequava essa publicidade. Então, a normatividade que surgiu foi favorável. [...]

A análise que eu faço é que no aspecto do direito brasileiro, o HIV não produziu uma normatividade do preconceito, mas uma normatividade da libertação. Eu penso que no direito brasileiro e na jurisprudência, nos tribunais brasileiros, o tema HIV tem sido tratado com bastante responsabilidade pelo Estado brasileiro.” (Ministro do STF, em entrevista concedida, 2012)

## **5.2. A CRIMINALIZAÇÃO NA PERSPECTIVA DAS PESSOAS QUE VIVEM COM HIV**

A partir da realização de grupos focais, buscou-se levantar a percepção das pessoas que vivem com HIV em relação à criminalização da transmissão do vírus. Para uma melhor compreensão das questões que envolvem a criminalização da transmissão sexual do HIV é necessário apreender como se dá a experiência da soropositividade, a percepção e o significado de estar infectado, como as pessoas com HIV vivem na sua rede de relações familiares, sociais e afetivas, como é a vivência da sexualidade, do preconceito, da revelação do diagnóstico para os parceiros sexuais. A transmissão sexual do HIV acontece em determinado contexto social e sexual e, especialmente, o tipo de vivência das pessoas portadoras do HIV em relação à própria soropositividade – vivência que é, ela própria, determinada ou influenciada por todo esse contexto social – constituir-se-á como fator determinante de condutas mais ou menos protetoras, podendo chegar a um “altruísmo preventivo”, isto é, quando essa pessoa adota comportamentos visando à proteção do parceiro sexual (224).

Assim, entendemos ser necessário desvendar e descrever como as pessoas que vivem com HIV lidam com a infecção nas diversas dimensões da vida, para então analisar a sua percepção sobre a criminalização da transmissão sexual do HIV propriamente dita.

### *O momento do diagnóstico*

A descoberta do diagnóstico é uma experiência, invariavelmente, relatada como marcada por dor e desestruturação interna, muitas vezes também carregada de perplexidade. Os relatos apontam para um momento em que a sensação é de o mundo desabar sobre a própria cabeça, de desorientação, desespero, sensação de fim. O medo que acompanha o descobrir-se soropositivo decorre do alto significado simbólico negativo associado à doença (117), cujos portadores ainda sofrem discriminação, preconceito e abandono.

“Na época fiquei muito abalada, eu já trabalhava na saúde né, então eu já sabia das complicações e mais as do relacionamento também, a nossa imagem né. Aí foi uma longa experiência pra poder superar.... eu fiz até acompanhamento aqui com a doutora, com a psicóloga. [...] quando eu conversei com ela melhorou muito, mas é difícil, eu não acho fácil não [...]” (mulher, grupo focal Asa Sul)

“[...] as pessoas que não têm informação acham que o HIV é uma sentença de morte e eu como não tinha informação tinha esse pensamento e aí, assim, foi meio estranho, porque eu tinha todo um planejamento, sabe, tinha arquitetado todas as coisas que eu iria fazer e, naquele dia, parece que tudo desmoronou.” (homem, grupo focal HUB)

Em muitos casos, especialmente para aqueles em que a descoberta ocorreu há mais tempo, quando o diagnóstico era mais tardio e as opções terapêuticas menores, o diagnóstico foi feito no curso de um quadro de saúde muito grave, em que a vida mesma encontrava-se ameaçada, seja a sua própria, seja a vida do parceiro. Para alguns, foi a partir da morte do companheiro que tomaram conhecimento da doença, o que é referido como uma dupla tragédia.

“Duas tragédias ao mesmo tempo; eu sou homossexual e eu era casado com um cara, e aí o quê que acontece, de repente ele começou adoecer, ficou grave, em coma, e houve o diagnóstico tardio. Aí já foram então duas dores né, porque se ele tinha, eu também tinha, a gente ia pra cama sem preservativo nenhum e fazia tudo que tinha direito, aí o quê que aconteceu, quando eu descobri que tinha HIV aí eu tava perdendo também o meu marido. [...] então foi assim

uma tempestade em minha vida.” (homem, grupo focal Asa Sul)

“Foi muito complicado isso para mim, então eu vivi todo luto dessa dor, dessa complicação que foi na minha vida essa mudança, eu já estava doente...” (mulher, grupo focal HUB).

Entre as mulheres, a maioria tomou conhecimento do diagnóstico próprio e do companheiro durante a gravidez, ao fazer o pré-natal. A maior parte dos participantes de todos os grupos não sabe ou não tem certeza sobre a fonte da infecção. Entre as mulheres, a maioria refere ter sido infectada pelo companheiro ou namorado com quem tinham uma relação estável.

As pessoas que referiram conhecer a fonte de infecção, metade delas afirmou que o parceiro tinha conhecimento sobre sua soropositividade e não falou. Saber que o parceiro conhecia o diagnóstico e não informou é motivo de grande dor.

[...] a pessoa que me infectou, ela já faleceu há um bom tempo atrás; eu não sabia que ela tava infectada, então eu sofro muito com isso. Ela sabia.” (homem homossexual, grupo focal Asa Sul)

### *Construção e vivência da nova condição ligada à soropositividade*

As falas mostram que há um longo processo de elaboração do diagnóstico e de readaptação à nova condição, que implica mudanças de rotina de vida. Esse processo é vivenciado de forma diferente pelos participantes e algumas contradições observadas nas suas falas evidenciam que esse processo, mesmo depois de longo tempo de soroconversão, como para aqueles que vivem com o HIV há mais de uma década, não está concluído.

Esse processo de adaptação e recomposição da vida e da própria identidade, em face da nova situação caracterizada pela condição de soropositividade para o HI, exige da pessoa afetada a mobilização de recursos internos e externos para lidar com as novas demandas e com situações de stress que, muitas vezes, representam sobrecargas que excedem os seus recursos pessoais. Nesse contexto, o suporte social e familiar são fatores dos mais relevantes para o enfrentamento da nova condição (55).

O significado do impacto inicial do diagnóstico, e tudo o que daí decorre no curso da vida, é carregado de contradições. Exemplo disso são afirmações contraditórias feitas por pessoas vivendo com HIV sobre o significado da doença em suas vidas. Isso pôde ser observado em falas de alguns participantes, o que denota uma dificuldade de integrar coerentemente toda a complexidade do fenômeno da doença e o impacto que ela provoca nos âmbitos da cotidianidade e da subjetividade. A fala reproduzida abaixo ilustra esse aspecto, quando a mesma mulher que havia afirmado não ter sofrido qualquer impacto ao saber do diagnóstico, referindo viver normalmente e lidar de forma tranquila com essa condição, revelou momentos de depressão por se sentir diferente, uma estranha, dentro da própria família, pela marca da doença.

“Eu não tive nenhum impacto, nenhum, eu fui normal, tranquilo... sabe, não caiu a ficha. Alias, até hoje não caiu, eu tô com vírus normal, eu nem lembro que às vezes eu tenho essa doença, eu não acredito, eu nem lembro, isso pra mim não é uma doença”. (mulher, grupo focal Asa Sul)

E, mais adiante:

“Teve um tempo que eu tive uma depressão sim, porque eu me sentia uma estranha dentro da minha família, dentro da minha casa, meus filhos não são, meu marido não são, e eu me sentia um fantasma ali, onde eu ia, eu andava com um fantasma correndo dentro na minha veia [...]” (mulher, grupo focal Asa Sul)

Com relação às mudanças operadas na vida e o significado atribuído à soropositividade percebem-se diferenças entre os participantes. Enquanto alguns minimizam a importância da soropositividade, referindo que há outros problemas mais relevantes e graves na vida, outros ainda têm dificuldade de lidar com ela, e isso parece não depender do tempo de infecção.

Entre os que manifestaram uma visão mais otimista, o aumento do senso de responsabilidade para consigo mesmo e com o outro foi um dos aspectos levantados e ao qual se deu grande ênfase. O maior cuidado consigo mesmo e mudanças de estilo de vida, em direção a uma vida mais saudável, foram relatados, como a diminuição do uso de álcool e outras drogas. Também foram levantados aspectos materiais positivos decorrentes do diagnóstico, uma vez que ele parece ter sido a ponte para o recebimento de certos benefícios

sociais que, de outra forma, não teriam, e que representam uma melhoria de qualidade de vida para a própria família.

“A minha vida mudou que eu fiquei mais responsável. Isso me deu força pra mim largar as drogas, entendeu, me deu mais força, pensei, pô, se eu continuar usando drogas eu vou morrer.” (jovem homossexual, grupo focal Asa Sul)

“Existem males que vem para bem, eu não posso dizer que eu tô muito feliz porque tô com HIV, não, mas eu já aprendi muita coisa depois disso, eu era super irresponsável, eu não tava nem ai pra nada, aí quando começou essa montanha de problemas pra cima de mim, aí eu parei pra pensar um pouquinho mais na minha vida, o quê que eu tava fazendo com a minha vida, eu usava droga, eu fumava assim compulsivamente, [...] foi preciso eu sofrer primeiro pra aprender a respeitar as pessoas como elas eram e aprender a gostar de mim, e ver que a minha vida fazia sentido, então foi depois de eu ter contraído esse vírus que eu passei a mudar o comportamento da minha vida.” (jovem homossexual, grupo focal Asa Sul)

“Por que que eu vou ter raiva dele [do HIV]? por causa dele vem me trazendo benefício, dinheiro, aquele negócio lá quando você tá com vírus e ainda recebe uma pensão do INSS, eu recebo esse dinheiro, [...] agora se um dia eu souber da cura, eu vou sentir saudade do bichinho, porque eu não vou ter benefício através dele.” (mulher, grupo focal Asa Sul)

A questão da revelação é complicada. A reação que a família manifesta diante da soropositividade de um de seus membros apareceu associada ao tipo de relação previamente estabelecida, à dinâmica familiar que imperava. Famílias menos disfuncionais, com mais espaço de diálogo, acolhem melhor a notícia e são capazes de responder mais positivamente às necessidades da pessoa que se descobre soropositivo. Mas quando a família já apresenta problemas de relacionamentos, como violência e dificuldade de comunicação, a tendência é a ocultação, pelo temor de reações negativas. Nascimento (50), em seu estudo, reportou conflitos e ambivalências relacionados com a revelação do diagnóstico que também foram referidos na presente investigação, demonstrando serem experiências comuns aos portadores do HIV.

Nos casos em que houve a revelação do diagnóstico, os relatos são de obtenção de alívio, de relaxamento e de conforto. O compartilhamento dessa verdade atua emocionalmente, tirando o peso do segredo, e também ajuda pela obtenção de maior cuidado por parte dos parentes, que passam a colaborar no tocante a questões práticas do dia a dia, como às relativas à medicação. A importância do compartilhamento do diagnóstico com o núcleo familiar é referida em diversos estudos, tanto em relação a aspectos psicológicos e emocionais, quanto em relação a questões como adesão ao tratamento e autocuidado (64,53,67), o que repercute sobre as condições clínicas e imunológicas do indivíduo soropositivo e para a sua qualidade de vida (55).

Mas existe uma seletividade por parte da pessoa que vive com HIV em relação a quem contar; essa revelação não é feita indiscriminadamente, pelo medo de a notícia fugir do seu controle e se espalhar. A revelação é entendida como sendo do âmbito da esfera da vida privada e sujeita exclusivamente à vontade da pessoa que vive com HIV, como um direito à privacidade e à intimidade, e não uma obrigação. Assim, quem deve decidir para quem contar, e quando contar, é apenas a pessoa que vive com HIV. O tempo entre o momento do diagnóstico e a revelação para a família também se apresenta bastante variado, variando desde imediatamente ao diagnóstico, até muitos anos depois. Nesse tempo de preparação, são vivenciados muitos conflitos, inclusive o da própria ocultação, que é sentida como uma barreira que se constrói entre a pessoa e a família.

“Eu tinha muitos conflitos na minha casa na época, agressões, violência doméstica, com minha mãe, minha irmã, então eu pensei como é que eu vou levar uma situação dessa para dentro de casa. Ele morreu [o pai] sem saber disso, que eu era portador de HIV, que ele mesmo falava: quem tem isso é gente que não presta, que era só basicamente usuário de droga e homossexual.” (homem, grupo focal HUB)

“Graças a Deus eu já tive um ótimo acolhimento, a família, não escondi da família, então todo mundo me acolheu...” (mulher, grupo focal HUB)

“...então hoje meus pais sabem, mas os meus irmãos eu não acho necessário saber, só o fato do meu pai e a minha

mãe saber já me alivia bastante, [...] me ajudam bastante em todos os aspectos, e não teve problema em relação a isso. Lá em casa, sou eu, os meus pais e dois tios meus que sabem, mas os meus irmãos não sabem e nem tem a necessidade de saber.” (homem, grupo focal Asa Sul)

“... então, foi tranquilo pra eles, então eles sabem que eu tenho que tomar a medicação mais blábláblá, eu escondo meus medicamentos, então quando eu saio do meu quarto eu falo, cuidado com as minhas coisas.” (homem, grupo focal Asa Sul)

“... aí eu fui e contei pra minha família toda e graças a deus, só porque os meus irmãos, todos têm muito cuidado comigo, qualquer coisa, se eu adoecer todos tem todo um cuidado.” (homem, grupo focal Asa Sul)

“na minha família mesmo eu só pensava nas minhas duas filhas, o resto eu não pensava, porque eu penso que assim é uma coisa só minha, só interessa a mim, não vou falar pra ninguém.” (mulher, grupo focal Asa Sul)

A revelação para os parceiros sexuais está permeada por diversos conflitos, como, por um lado, o sentimento de responsabilidade pelo outro e da exigência de ser verdadeiro na relação, e, por outro lado, o medo do abandono e da rejeição, o medo de a notícia se espalhar, e até medo de serem incriminados, caso o outro venha a se tornar positivo para HIV.

“[...] se cada pessoa que eu conhecer eu for falar, eu for contar [...] daqui uns dias os outros estarão sabendo, e é um problema só meu, mas eu tomo cuidado, eu não conto pra ninguém, mas eu tenho muito cuidado.” (homem, grupo focal Asa Sul)

A revelação do diagnóstico para os parceiros casuais é ainda mais complicada. É praticamente unânime a opinião de que é impossível e indesejável revelar o diagnóstico para todos os parceiros eventuais, já que, na prática, essa revelação inviabilizaria a relação sexual e exporia o portador a ter essa informação revelada para outras pessoas sem o seu consentimento. Com parceiros sexuais casuais acreditam que é suficiente o uso do preservativo, como medida de proteção, sem ter que revelar o diagnóstico. Apenas quando o relacionamento passa a se tornar mais sério, mais estável, é que se percebe como necessário contar sobre o diagnóstico para o parceiro.

“[...] então aquelas relações pontuais eu não sinto nenhuma obrigação de compartilhar a minha sorologia com essas pessoas. A afeição, o desejo de ter a pessoa por mais tempo, aí sim, traz a necessidade de compartilhar a sorologia com ela, agora assim, há responsabilidade [...]” (homem, grupo focal HUB)

“[...] se eu tiver um relacionamento com você e eu ver que aquilo tá andando para uma seriedade, eu tenho obrigação de te falar, foi o que aconteceu com ele, eles viveram quatro anos.” (mulher, grupo focal HUB)

“[...] ele pode se relacionar com alguém sem colocar a vida da outra pessoa em risco e se essa relação for acontecendo, for aumentando a intimidade deles, ele tem obrigação sim de falar.” (homem, grupo focal HUB)

A imperatividade de se revelar o diagnóstico para o parceiro quando a relação passa a se tornar mais prolongada, mais instável, advém, em grande medida, da intimidade criada, da confiança, e, em decorrência, de uma maior propensão à dispensa do uso do preservativo. Em muitas relações, fica insustentável justificar o não uso do preservativo com o parceiro, quando a relação já está estabilizada, o que é fonte de tensão e conflito entre os parceiros. A tendência observada em nossa cultura e evidenciada por estudos epidemiológicos comportamentais de que o uso do preservativo é menor em relações estáveis e que a confiança no parceiro é um dos principais motivos para o não uso (27,225) também foi relatada por diversos participantes. Isso, segundo os participantes, configura uma necessidade de que o diagnóstico seja compartilhado com o companheiro.

“[...] por mais que seja dolorido até para mim, como foi dolorido, a primeira pessoa para quem eu contei foi a pessoa com quem eu dormia, eu tive que contar... não, se acabar, tudo bem, acabou... agora, eu tive que contar, porque poxa, já tive relação sexual com a pessoa, sem preservativo, porque acaba que quando você está numa relação estável, você cria a liberdade de que aquela, você confia naquela pessoa, a ponto de pensar que não, não preciso usar preservativo porque a gente está em outro estágio.” (homem, grupo focal HUB)

“O romantismo exagerado facilita uma relação desprotegida, facilita.” (homem, grupo focal HUB)

Todos manifestaram o conhecimento e a aceitação da necessidade de fazer sexo seguro, mas reconhecem que nem sempre é fácil manter esse comportamento, principalmente quando não querem revelar o diagnóstico para o parceiro. Mesmo fazendo sexo com preservativo, relatam temores quanto à possibilidade de transmitir a infecção ao parceiro, principalmente em relação ao beijo. Referem que nem sempre o parceiro aceita fazer sexo com preservativo e, muitas vezes, cabe a eles manter a determinação de usá-lo ou, em último caso, abrir mão da relação quando o uso do preservativo ficar inviável.

“Eu usei camisinha, não contei pra ele que eu tinha o vírus, mas eu usei a camisinha, de boa. Aí só que eu tava com um problema numa gengiva e eu beijei ele [...] aí eu senti assim um gosto de sangue na boca, eu tenho certeza que o sangue era meu, daí eu fiquei com receio ‘gente, esse sangue passou pra esse menino, esse menino já ingeriu esse sangue, será que ele vai contaminar?’” (mulher, grupo focal Asa Sul)

“[...] e não deixa de você temer né [manter relações sexuais], eu tinha medo de beijar na boca da pessoa. meu maior medo, beijo.” (homem, grupo focal Asa Sul)

Apesar do conhecimento do risco de infecção e, portanto, da necessidade de fazer sexo apenas com preservativo, muitos participantes relataram fatos e situações em que fica evidente que a prática de sexo seguro nem sempre ocorre, mesmo quando o parceiro sabe sobre a soropositividade. Alguns homens referiram que suas companheiras engravidaram no período em que ambos já sabiam que ele era portador do HIV, relatando o medo de que seus filhos pudessem ser afetados.

“Graças a deus ela não contraiu, ela já fez uns cinco exames aqui, e a gente teve um deslize nos dias dos namorados, ela engravidou, depois disso ela já fez outros dois exames, nasceu meu filho agora quarta feira de cinzas, saudável, meu filho e minha mulher não tem HIV, deus foi muito bom pra mim.” (homem, grupo focal Asa Sul)

“Daqui dois meses, três meses, [ela disse] *acho que estou grávida*. Ah, meu Deus do céu, já veio aquilo na minha cabeça, o menino vai nascer com aids, não fala isso não, pelo amor de Deus. [...] O menino veio, não tem nada [...] ela também não tem [...] eu até agora ainda fico pensando como que a pessoa transa com outra pessoa soropositivo...” (homem, grupo focal HUB)

A dificuldade das mulheres de decidir sobre o uso do preservativo foi enfatizada por diversos participantes. Essa dificuldade é percebida como algo que independe do grau de informação ou de instrução da mulher, que envolve aspectos do âmbito da afetividade, questões de dependência e de preservação do relacionamento.

“- é porque na realidade o homem é que não gosta de usar camisinha. (1)

- e é melhor ceder a vontade dele, tipo assim, eu não gosto, eu transo mesmo porque ele faz questão, igual eu te falei, tipo assim, se eu não fizer a vontade dele ele vai caçar outra na rua, aí vai ser pior, porque homem nenhum gosta de usar camisinha, entendeu, [...] (2)” (mulheres, grupo focal Asa Sul)

Muitos participantes, especialmente entre as mulheres, preferem abdicar de ter relações sexuais a contar para um possível parceiro a sua condição de portador do HIV. Muitas referem que o exercício da sexualidade mudou, mesmo quando continuam com seus parceiros, que não é mais a mesma coisa de antes, referem um fechamento da relação com o companheiro e um esfriamento da sexualidade.

“[...] ele morreu [o marido] e eu não quis mais saber de ninguém [...] eu fiquei com medo né, como é que eu falei, se eu conhecesse alguém, se eu conhecesse algum parceiro, eu tinha que passar pra ele e isso eu não queria fazer, então eu preferi ficar sozinha.” (mulher, grupo focal Asa Sul)

“Aí eu fui fazer o teste e deu. De lá pra cá tô tomando remédio. Aí não quis mais saber de ninguém não. E... é isso.” (mulher, grupo focal Asa Sul)

“A gente não tem nada [casal soropositivo], são dez anos que a gente é dois amigos dentro de casa, se respeitam, [...] mas a gente não tem nada, eu falo assim, ele se fechou, eu depois disso ainda tentei algumas vezes, ele não quis, eu falei não tem importância, não é por isso que eu vou morrer, sabe, tem tantas outras coisas que me enchem, tem meus netos, tem meus filhos, tem o meu trabalho [...]” (mulher, grupo focal HUB)

“Eu prefiro ter uma vida hoje mais reclusa [...] eu já me expus tanto pras pessoas que eu não quero mais fazer isso [...] eu tinha que pensar no próximo, contar pro próximo,

procurar saber se o próximo queria ou não queria estar se relacionando algo comigo.” (homem, grupo focal Asa Sul)

“Depois que o meu parceiro morreu né, eu entrei numa crise de abstinência, passei quase dois anos sem sexo, eu tinha medo entendeu, aí tive sessões com a psicóloga pra tratar disso [...]” (homem, grupo focal Asa Sul)

Ao lado do discurso do sexo seguro, há manifestações frequentes de que o uso do preservativo atrapalha o prazer e, por isso, emergem ressentimentos em relação à infecção por impor o uso do preservativo. Ao lado disso, há a apropriação do discurso médico que associa o risco à condição clínica do paciente, à realização de tratamento adequado e à carga viral. Assim, o exercício da sexualidade é mediado por uma gestão do risco.

“- Eu acho assim, se a sua imunidade tá boa, não tô querendo te aconselhar a você fazer isso não tá, se a sua imunidade tá indetectável, igual o meu caso, vírus indetectável, [...] eu tenho relação com ele direto sem camisinha, mas ele nunca foi contaminado. (1)

- Mas tem que ser tudo honestamente né. (2)

- É conversar, e se ele aceitar bem... (1)” (mulheres, grupo focal Asa Sul)

O preconceito continua sendo o maior medo dos portadores do HIV e uma experiência das mais dolorosas. Há relatos de preconceito em todos os âmbitos – familiar, social, de trabalho e nos serviços de saúde. Em grande parte, o preconceito sofrido é imputado à falta de informação sobre os meios de transmissão da doença, o que transparece quando, por exemplo, as pessoas da sua convivência demonstram o receio de usar os mesmos utensílios ou de usar o mesmo vaso sanitário que o portador de HIV usa.

Para evitar o estigma da doença e, conseqüentemente, o preconceito, as pessoas vivendo com HIV adotam formas de mascarar ou ocultar a sua condição. Um dos principais problemas enfrentados pelos portadores de HIV no sentido de preservar o sigilo do seu diagnóstico é com relação à medicação e à frequência aos serviços de saúde, o que, no âmbito do trabalho e da família, gera alguns questionamentos. Esse tipo de dificuldade exige que a pessoa vivendo com HIV desenvolva certas habilidades na suas interações sociais e familiares, de forma a preservar o sigilo do diagnóstico, conforme outros estudos também apontam (226). Como estratégia de ocultação da

doença, muitos relataram retirar os rótulos dos medicamentos, e, quando perguntados a respeito, referiram tratar-se de outro tipo de medicação.

“Tiro o rótulo e boto na geladeira e vez ou outra eu pego amigo meu olhando, que coisa, que remédio, você é doente, eu falei não, mas para quê que você usa, aqui olha só, tenho 52 anos olha a minha pele, isso é hormônio, besta.”  
(homem, grupo focal HUB)

“Eu escondo os meus medicamentos, então, quando eu saio do meu quarto eu falo, cuidado com as minhas coisas.”  
(homem, grupo focal Asa Sul)

“No meu serviço tipo ninguém sabe, aí quando eu tinha que vir pra fazer algum exame né, aí as pessoas falavam: nossa você tá super bem, mas por que você tirou sangue? Então o quê que aconteceu, eu tive que fabricar assim um monte de mentiras pra mim poder viver com as inquisições do povo. [...] Muitas mentiras, uma fabriqueta de mentiras, pra tentar encobrir [...]”(homem, grupo focal Asa Sul)

Essa tentativa de ocultação do estigma, ou seja, da doença, faz parte da carreira moral descrita por Goffman (106) – a forma como a pessoa que possui um determinado estigma vivencia essa condição no seu contexto social –, que inclui o que ele chamou de “manipulação da identidade deteriorada”, quando a pessoa procura esconder ou mascarar a presença do estigma que não é visível para os outros. No entanto, essa conduta não é isenta de conflitos ou de sofrimento, pois a pessoa passa a temer ser descoberta e o silêncio mantido sobre a sua condição torna-se, ele próprio, um problema adicional à simples presença do estigma. As duas situações apareceram nas falas dos participantes dos grupos focais – a tentativa de mascaramento da soropositividade e o medo da descoberta, tanto da existência do estigma quanto da sua ocultação.

“- O meu [caso de discriminação] foi no trabalho, eu trabalho de diarista, e eu contei. (1)

- Não pode contar! (2)

- Não, mas eu faltava muito. (1)

- Melhor ser honesto... (3)

- Eu acho que às vezes é até melhor que se conte, porque se a pessoa descobrir mais tarde é pior. (4)” (mulheres, grupo focal Asa Sul)

O direito à privacidade é uma das condições que mais aparecem como forma de resguardar o diagnóstico do conhecimento público, especialmente de conhecidos. Nos serviços de saúde frequentados, alguns avaliam que não há uma preocupação efetiva em se preservar os usuários portadores do HIV. Tanto a forma de organização dos serviços – como, por exemplo, a fila especial para a entrega de medicamentos antirretrovirais – quanto a conduta de alguns profissionais de saúde contribuem para expor as pessoas que vivem com HIV, causando-lhes constrangimentos e não respeitando o seu direito ao sigilo quanto ao diagnóstico.

“A gente tem que ter uns certos privilégios, mas tem coisa que tem que ser normal igual todo mundo, é porque eu falo da farmácia, do lado de cá só para o coquetel, do lado de lá é os outros remédios, então todo mundo que entra nessa fila tem [aids], tá exposto, não precisa a placa escrito quem, é só entrar na fila.” (homem, grupo focal da Asa Sul)

#### *Criminalização da transmissão sexual do HIV*

A questão de se criminalizar uma pessoa que, mesmo sabendo ser portadora do HIV, transmite o vírus para outra foi um tema que provocou bastante desconforto, indignação, dúvidas e confusão, o que evidencia o grau de conflito interno que esse tema suscita. Os posicionamentos, em muitos momentos, foram ambíguos e sem muita convicção, denotando falta de segurança quanto a uma definição sobre o tema. De um lado, aparece a condenação moral da conduta de alguém que se sabe portador do vírus e não toma qualquer medida de proteção do parceiro, mas, de outro lado, surge a questão da responsabilidade mútua dos parceiros com relação à adoção de medidas de proteção nas relações sexuais. Se, de um lado, acreditam que a criminalização da transmissão do HIV pode exarcebar o preconceito contra as pessoas vivendo com HIV, tornando-as um inimigo em potencial, por outro lado, acreditam que é preciso medidas punitivas que freiem os comportamentos irresponsáveis dos poucos que não demonstram preocupação com o outro e, de fato, transmitem o vírus para os seus parceiros.

Podemos agrupar os principais argumentos pró e contra a criminalização da transmissão do HIV, que foram levantados pelos participantes, nos seguintes tópicos:

- 1) responsabilidade moral do portador do HIV em proteger o parceiro;
- 2) responsabilidade de ambos os parceiros por adotar medidas de proteção nas relações sexuais;
- 3) exacerbação do preconceito contra as pessoas que vivem com HIV e risco de serem vistas como uma ameaça social;
- 4) necessidade de adoção de mecanismos de controle externos capazes de frear comportamentos irresponsáveis.

A seguir procede-se ao agrupamento dos argumentos levantados segundo esses eixos, o que possibilita evidenciar o grau de conflito e a ausência de uma posição consensual ou definitiva em relação ao tema da criminalização.

#### *Responsabilidade do portador do HIV 'versus' responsabilidade de ambos os parceiros*

A responsabilidade de uma pessoa que vive com HIV em adotar medidas de proteção do parceiro é uma das primeiras considerações que surgem quando é trazido para a discussão o tema da criminalização da transmissão sexual do HIV.

Não acreditam que haja falta de informação que justifique o não uso do preservativo, e isso se aplica tanto para as pessoas soropositivas quanto para os seus parceiros. Para alguns participantes, o fato de uma pessoa se infectar quando o parceiro já sabia ser portador, e não contou, não a isenta da responsabilidade, pois ela consentiu manter relação sexual sem o uso de preservativo. Alguns dos participantes que se infectaram em situação desse tipo, mesmo demonstrando pesar pela atitude do outro, que não teve a preocupação de preservá-lo, não atribuem a responsabilidade exclusivamente ao parceiro. Essa auto-responsabilização está mais presente no discurso dos homens do que das mulheres, o que pode ser decorrente de uma diferença de gênero em termos de capacidade de decisão dentro da relação de parceria.

“[...] em relação ao meu caso, a pessoa com a qual eu me infectei, sabia que estava infectado, só que se eu não quisesse, não teria acontecido.” (homem, grupo focal Asa Sul)

“- [...] pessoalmente eu não gosto de transar com ele sem camisinha, eu faço porque ele quer e ele insiste, mas igual eu te falei, tipo assim, [se] ele for contaminado a responsabilidade é toda dele, e ele já deixou bem claro que é realmente a vontade dele.” (mulher, grupo focal da Asa Sul)

No entanto, mesmo considerando que não há falta de informação sobre as formas de transmissão e de prevenção, reconhecem que o uso do preservativo pode não ocorrer por uma série de circunstâncias, inclusive porque não é possível racionalizar totalmente quando se trata de relação sexual. O uso de álcool também é um fator que apareceu como causa do relaxamento do uso do preservativo. Apenas quando o não uso do preservativo tem por finalidade justamente a transmissão do vírus, isto é, quando é claramente intencional, ou é fruto de um comportamento negligente e persistente é que entendem como punível criminalmente. Fora isso, entendem que é fruto de deslizes, de arroubos momentâneos ou de acidentes, e que não cabe a sua criminalização.

“[...] no dia que eu fiz meu filho, no dia dos namorados, que eu estava bêbado, minha noiva também, ela já sabia, eu já sabia, a gente teve um deslize, tanto eu quanto ela, tanto eu quanto ela estávamos errados e ela poderia no lugar de ter engravidado, ter contraído o vírus e me processado, só porque aí também...pô, ela poderia ter me processado, falado que eu...criminalmente, mas não foi, foi um deslize dos dois, está entendendo?” (homem, grupo focal da Asa Sul)

“[...] todo mundo está sujeito, porque quem faz sexo está sujeito a pegar HIV, eu acho que não deve ser de propósito, mas é complicado.” (homem, grupo focal da Asa Sul)

“- [...] ele fala pra mim que ele não vai sozinho, ele vai levar umas dez com ele. E aí ele tá contaminando muita gente. (1)  
- Se contamina, tem que ir preso. [...] irresponsabilidade... tem que meter ele no xilindró, que o cara começa um negócio desse pra mim é uma covardia muito grande, o que que os outros tem a ver com a má sorte dele? (2)  
- É verdade. (3)” (mulheres, grupo focal Asa Sul)

“- [...] só de falar assim ‘ah fulano passou o vírus de proposito’ já me irrita. (1)

- Mas só que eu falo uma coisa, você falou que faz sem camisinha. (2)
- Faço sem camisinha com a consciência do meu marido e ele consciente que eu tenho o vírus, entendeu, aí já é uma coisa. (1)
- A qualquer momento essa pessoa pode pegar porque... (2)
- Ele pode pegar, mas ele vai tá consciente. (1)” (mulheres, grupo focal Asa Sul)

A visão da corresponsabilidade pelo sexo seguro está presente, mas com concepções divergentes. Essa corresponsabilidade associa-se e se confunde com o consentimento de ambos os parceiros com as práticas sexuais adotadas, inclusive quanto ao não uso do preservativo. Para alguns participantes o fato de ter havido uma relação sexual desprotegida é algo que envolve ambos os parceiros e a responsabilidade por isso não pode ser atribuída exclusivamente aos soropositivos. No entanto, o fato de ter revelado ou não o diagnóstico traz implicações diferentes na visão dos participantes. Esse é um ponto em que eles divergem, pois para alguns só se pode falar em relação consensual quando o parceiro sabe da soropositividade, enquanto outros avaliam que a pessoa que vive com HIV não tem a obrigação de revelar sempre, e isso não exime a outra pessoa da responsabilidade com relação à prática sexual adotada.

“[...] mas só tem uma proteção consensual se o outro, se eu conto pro outro, aí sim o outro aceita, aí os dois estão tendo este consenso [...]” (homem, grupo focal HUB)

“[...] em uma relação, só há relação se há consentimento dos dois [...] mas é fato que se você não contar e espalhar a doença, sim é um crime, mas é um crime que não é feito só por uma pessoa.” (homem, grupo focal HUB)

#### *Adoção de mecanismos de controle externos ‘versus’ exacerbação do preconceito*

Percebe-se que o tema da criminalização da transmissão sexual do HIV está permeado por conflitos e é percebido como uma questão complexa, de difícil tomada de posição.

Os casos em que fica explícita a intencionalidade da transmissão do vírus ou a negligência com o outro são facilmente percebidos como comportamentos reprováveis e merecedores de punição. Há diversos relatos sobre casos desse tipo, que exemplificam as situações consideradas unanimemente como enquadradas naquelas que devem ser criminalmente penalizadas.

“[...] eu lembro que esse travesti falou assim, eu tô com sífilis, eu falei, poxa então se este cara tá com sífilis, ele estava transando sem camisinha, aí ele...mais ou menos assim...me infectaram, eu vou infectar também, me marcaram com isso, eu vou levar um monte também.”  
(homem, grupo focal HUB)

“Mas deixa eu te falar uma coisa, nós, eu você, nosso grupo que está aqui, temos a consciência de como não passar para os outros, mas tem muitos aí fora, que não estão nem aí, estão na bagaceira,...” (homem, grupo focal HUB)

A não criminalização é também vista como um problema, já que pode sinalizar que as pessoas mal intencionadas poderão continuar impunes pelos comportamentos adotados, causando danos e contribuindo para a disseminação da doença. Nessa perspectiva, os participantes manifestam a preocupação com a saúde pública e o entendimento de que a criminalização pode ter um papel positivo para o controle da doença. Mas há sempre a exteriorização de um conflito, de uma preocupação com o que pode acontecer em ambos os cenários – da criminalização e da não se criminalização.

“Não criminalizar a pessoa que transmite voluntariamente eu acho que é um prejuízo muito grande, porque tem neguinho que vai virar uma zona muito grande, aí que neguinho vai tá solto para fazer o que bem entender, agora você também criminalizar da forma como tá...” (homem, grupo focal HUB)

Se de um lado, entendem que há pessoas que têm comportamentos reprováveis que colocam o outro em risco e, portanto, deveriam ser punidas, de outro lado, percebem a criminalização da transmissão do HIV como um retorno ao passado, quando os portadores do HIV eram vistos como um risco, uma ameaça para a sociedade, o que pode resultar no reforço do preconceito.

“[...] se a legislação brasileira permitir que a criminalização da transmissão do HIV, então ela vai colocar todos nós, seres portadores do vírus HIV, numa condição de risco, de que você é uma ameaça... (1)

- ...ameaça à sociedade. (2)

- Você é um criminoso. (3)

- [...] eu acho que existem casos e casos, existem situações e situações em que a pessoa deve ser julgada, mas assim, colocar todos nós... (1)” (participantes, grupo focal HUB)

A possibilidade de injustiças também é uma preocupação manifestada nos grupos, quando pessoas inocentes podem ser responsabilizadas e sofrerem penas injustamente. É o caso dos possíveis erros em relação à fonte de infecção ou da criminalização ser fruto de uma mera vingança por parte de um dos parceiros contra o outro quando o relacionamento termina. A dúvida sobre a partir de quem ocorreu a infecção é uma dos obstáculos apontados para a criminalização da transmissão do HIV.

“[...] eu também não quero a criminalização porque pode ser que alguém, um inocente vai pagar, vai para a prisão porque nem infectou aquela outra [...], mas isso é uma discussão tão difícil, tão problemática...” (homem, grupo focal HUB)

“[...] é igual apanhar do marido, apanha, apanha e não vai lá na delegacia pra denunciar, é a mesma coisa da AIDS, você descobre que tem o vírus e fica parada no tempo, não fala pra ninguém, não quer que as pessoas saibam e também não vai procurar os seus direitos. (1)

- [...] ficam paradas no tempo, por quê? porque ela não vai ter a certeza se foi aquele cicloro que passou, pode ter sido outro, pode ter sido outro, então ela não sabe com quantos teve relação, muitos tão assim, a verdade é essa e não vai processar fulano porque não vai ter certeza [...] (2)

- Não, eu tô falando que é muito difícil a mulher não saber que foi o homem que transmitiu. (1)” (mulheres, grupo focal Asa Sul)

### 5.3. A CRIMINALIZAÇÃO NA PERSPECTIVA DOS PROFISSIONAIS DE SAÚDE

De um modo geral, os profissionais de saúde entrevistados no âmbito da presente investigação reconhecem que houve grandes avanços no combate à aids, consideram que a resposta brasileira foi efetiva em termos da melhoria assistencial, especialmente em relação ao tratamento dos casos de aids, que, a partir das novas medicações e do acesso universal e gratuito dos pacientes aos medicamentos, implicou queda nos índices de mortalidade e aumento da expectativa e da qualidade de vida. Os pacientes estão mais integrados socialmente e profissionalmente, muitos mantêm a profissão e seus projetos de vida, o que demonstra uma nova forma de conviver com a condição de portador do HIV, muito diferente da situação daqueles que se infectaram nos primeiros anos desde o surgimento da epidemia.

No entanto, por outro lado, avaliam que esse importante sucesso do programa brasileiro de combate à aids provocou uma certa banalização da doença, com o conseqüente negligenciamento das medidas de prevenção, o que, até certo ponto, é responsável pela manutenção do número de casos novos e, em alguns grupos específicos, até mesmo pelo aumento do número de casos. Os efeitos adversos dos medicamentos e as implicações que o tratamento acarreta para a vida cotidiana são minimizados ou não reconhecidos pelas pessoas em geral, o que dificulta a prevenção. Segundo alguns profissionais, como a aids não é mais temida, houve o enfraquecimento das ações de prevenção. Para outros, a história das ações de controle da epidemia sinalizam em direção oposta a essa, pois as campanhas que se pautaram no terror inspirado pela aids só resultaram em aumento da discriminação, e não em mudança de comportamento.

“[...] não existe prevenção sem medo; você tem que ter medo daquilo, pra não querer pegar.” (Profissional 1)

“Acho que as campanhas pelo medo... sempre que se tentou mudar algum comportamento na base do terror, já se comprovou que não mudou nada, só aumentou a discriminação. Quando na época eram os cartazes com uma caveirinha, ‘se você tiver aids vai ficar assim, vai ficar assado’... só aumentou a discriminação.” (Profissional 6)

Na sequência, apresenta-se uma síntese dos posicionamentos dos profissionais de saúde entrevistados nas diversas categorias de análise definidas.

### *Estigma e preconceito; direito à proteção contra o estigma e o preconceito*

Apesar de reconhecerem ter havido avanços nesse campo, há o entendimento de que o preconceito e a discriminação são fenômenos que persistem em relação aos portadores de HIV/aids.

O medo do preconceito é o maior problema enfrentado pelas pessoas no momento em que recebem o diagnóstico da soropositividade, muitas vezes configurando-se maior do que aquele que, de fato, sofrem na realidade. Assim, os profissionais avaliam que há, em grande medida, um auto preconceito que leva ao auto isolamento imposto nos primeiros momentos, até que a pessoa que vive com o HIV começa a assimilar melhor a nova condição.

A descoberta da soropositividade ainda é vivenciada de forma bastante difícil, apesar de haver grande diversidade na forma como as pessoas lidam com esse fato. No entanto, mesmo aquelas que lidam de forma mais negativa, não apresentam as reações negativas na mesma intensidade com que as pessoas reagiam a essa notícia no passado.

Em grande parte, as reações negativas estão relacionadas com o medo do preconceito, ao medo de ter a intimidade exposta e de ter a própria imagem ligada à aids, que ainda está carregada da ideia de coisa feia ou suja, da ideia de promiscuidade.

O preconceito e a discriminação sofridos pelos pacientes de aids, na opinião de alguns profissionais, estão mais associados aos contextos de vida de cada paciente, à desintegração social ou familiar, quando ele apresenta alguma outra condição, como estar desempregado, viver na rua, ser dependente de álcool ou outras drogas. A pessoa que vive com HIV que está socialmente integrada e produtiva tem uma chance muito menor de sofrer preconceito ou discriminação.

No âmbito dos serviços de saúde, avaliam que houve avanço significativo em relação ao preconceito e à discriminação, em que pese ainda

serem observadas condutas de profissionais de saúde que evidenciam a persistência de incompreensões.

#### *Vivência da sexualidade, revelação do diagnóstico e uso do preservativo*

O exercício da sexualidade após a descoberta do diagnóstico é um dos desafios vividos pela pessoa com HIV. O desafio está justamente em viver a sexualidade de forma a preservar o parceiro do risco de infecção, o que nem sempre é fácil, pelos medos de rejeição e abandono, caso o parceiro venha a ter conhecimento da soropositividade, ou pelas dificuldades de manter de forma consistente o uso do preservativo. Assim, basicamente, os grandes conflitos e dúvidas pessoais e morais dos pacientes referem-se à obrigação ou não de revelar o diagnóstico e ao uso do preservativo.

Por outro lado, os profissionais relatam que é cada vez mais frequente, quando a parceria já está instalada, que os casais retomem a vida sexual de forma plena, cotidiana, fazendo uso de preservativo. Pela experiência dos profissionais, há mais casos de manutenção de parcerias do que de rompimento, após a descoberta do diagnóstico pelo parceiro.

#### *Revelação do diagnóstico*

Quem está sozinho no momento da descoberta enfrenta grandes conflitos ao começar uma nova relação, muitas dúvidas pessoais, inclusive morais, ao começar a se relacionar com uma nova pessoa, que envolvem basicamente a questão da revelação do diagnóstico. Muitas pessoas preferem postergar a retomada da vida sexual para não ter que lidar com essa situação, e alegam não estar prontas, estar sem libido e sem apetite sexual. O medo de infectar o parceiro é muito grande e as barreiras para contar sobre o diagnóstico também. As razões para omitir o diagnóstico e para não usar o preservativo são variadas. O principal motivo para não revelar é o medo da rejeição e do abandono, além de vergonha, medo de censura, crenças catastróficas sobre o que a revelação pode causar ao outro e até mesmo motivos menos aceitáveis, como irresponsabilidade com o outro.

“[há pessoas] que sabem que são soropositivas e não contam, por medo, ou porque têm medo de perder o

parceiro ou porque não têm responsabilidade mesmo ou porque querem punir os outros... já ouvi todo tipo de discurso.” (Profissional 7)

“Na verdade assim os dois [*homem e mulher*] têm uma grande preocupação em revelar né [...] preocupação do abandono eu acho que ela vale pros dois tanto pro homem quanto pra mulher, [...] pros dois tem um significado forte, tanto pro homem quanto pra mulher, o homem se estiver numa relação estável ele tem muita preocupação com o ficar sozinho né, e as mulheres eu vejo que elas têm uma preocupação bem maior tá de serem abandonadas [...]” (Profissional 5)

A solidão e a tristeza, que chegam às vezes à depressão, estão presentes na vida de muitas pessoas que vivem com HIV e não compartilham essa informação com mais ninguém, especialmente com os parceiros afetivos. A não revelação do diagnóstico para os parceiros produz uma vivência solitária, priva a pessoa que vive com HIV do apoio cotidiano de que necessita para lidar com as questões diárias que a doença impõe. Mais que isso, a não revelação leva a procedimentos complicados no dia a dia no sentido de manter o segredo, o que complica muito a vida do soropositivo e pode, muitas vezes, comprometer até mesmo a adesão ao tratamento. A não revelação priva o sujeito de construir uma rede social de apoio.

“[...] o ônus do segredo é muito grande, você tem que colocar o remédio, você tira você coloca o remédio lá nos quintos dos infernos, você tem medo de que o outro descubra você... Fica um estratagema todo complicado no dia a dia, então às vezes você não deixa, não toma remédio por que ai ô, ele tá vendo que eu to pegando um copo, e muitas vezes também com muita distorção né, percepções distorcidas desse ambiente, ele tá me descobrindo ele tá me vendo, ele tá...” (Profissional 4)

A preocupação com a revelação do diagnóstico para os parceiros sexuais das pessoas que vivem com HIV está presente na prática cotidiana dos serviços de saúde, pelas implicações que pode ter na resposta do paciente ao tratamento, especialmente ao garantir-lhe suporte social, e pelas questões ligadas à proteção do parceiro sexual (55, 226).

Vários profissionais referiram que os pacientes levam para os serviços dúvidas quanto a ter ou não direito de manter sigilo sobre o diagnóstico,

mesmo quando estão fazendo sexo seguro. Entre os profissionais de saúde, essa questão também não conta com consenso. Em geral, a postura dos profissionais de saúde é no sentido de orientar e preparar o paciente para que ele conte sobre o diagnóstico para o parceiro sexual. Com esse tipo de posição buscam tanto prevenir possível infecção quanto possibilitar que o parceiro sexual que já se expôs por meio de relação sexual desprotegida possa buscar fazer o diagnóstico e, quando for o caso, dar início ao tratamento e acompanhamento no serviço de saúde. No entanto, prevalece o entendimento, entre os profissionais de saúde, de que o paciente HIV positivo não tem a obrigação de sempre contar, desde que faça uso do preservativo.

“[...] eu acho que as pessoas não têm que ser obrigadas a contar.” (Profissional 6)

“[...] acho que uma das coisas que tem que enfatizar é que se aquele paciente, no caso, tá tendo todo o suporte de saúde, psicológico, de serviço social, então é importante que ele também permita que o outro tenha [...] por uma questão de responsabilidade com o outro.” (Profissional 3)

É praticamente unânime a opinião de que não cabe aos serviços de saúde ou aos profissionais tomar diretamente para si a obrigação de informar ao parceiro. No entanto, entendem que os profissionais, as equipes de saúde, devem atuar de forma coordenada no sentido de dar suporte ao paciente para que ele próprio revele o seu diagnóstico para o parceiro. Até onde podem ir e a forma de atuar são aspectos controversos, inclusive pelos aspectos legais envolvidos, que não estão muito claros para muitos profissionais.

“Nós não podemos contar, então na verdade, eu não conto, na verdade o que nós fazemos aqui no nosso trabalho seria atender o paciente, trabalhar com ele pra ele revelar esse diagnóstico, mas nós mesmo não podemos revelar.” (Profissional 2)

“Quando a gente identifica, por exemplo, que a pessoa é portadora, não revela e faz uso de práticas desprotegidas, mantém relações sexuais desprotegidas, então a gente se utilizando da questão de evitar um mal maior, a gente comunica, é preciso que a gente comunique e chame o parceiro pra conversar [...] nunca aconteceu da gente ter que chamar o parceiro, [...] mas se tiver que ser, eu vou

tentar esgotar o máximo, e se a gente decidir contar, a gente vai primeiro revelar ao paciente.” (Profissional 3)

“[...] eu não tenho o poder de contar pra esposa, eu não posso revelar. [...] Agora o CRM, eu já fiz essa consulta ao CRM em situações muito mais graves que essa que eu tô te contando, [...] o CRM não permite, eu não posso revelar o diagnóstico se o indivíduo não permite.” (Profissional 1)

“[...] eu não vejo assim nenhuma abertura na legislação pra que a gente possa revelar [...] nem pra proteger um terceiro de uma doença que não mata mais. Quando matava talvez a gente conseguisse alguma coisa.” (Profissional 1)

“Olha, eu acho que cabe [*busca ativa de contactantes*], mas é muito conflituoso isso, né assim, por exemplo, na minha área de instrução não tem nada de código de ética escrito sobre isso né, no código do médico tem né, que quando a pessoa coloca em risco outra pessoa, ou há um risco pra saúde coletiva né, o médico ele deve, eu não sei como tá colocado lá se ele pode ou se ele deve, é comunicar os parceiros nesse caso do HIV, na verdade a gente discute isso entre os profissionais, mas eu nunca vi nenhum médico chamar o parceiro e contar, não vi, [...]” (Profissional 5)

A conduta mais adotada dentro dos serviços de saúde em relação a essa questão da revelação do diagnóstico para os parceiros e a proteção dos parceiros sexuais é a orientação, em geral e preferencialmente, realizada de forma multiprofissional. Desde o momento da descoberta do diagnóstico até o momento em que o paciente enfrenta seus medos e decide contar, há um longo processo de preparação, de fortalecimento do indivíduo HIV positivo para que ele conte. Muitas vezes, quando, mesmo após um longo trabalho de preparação, o paciente hesita em contar, os profissionais exercem pressão para que ele saia do imobilismo e revele a sua condição de portador do HIV.

Estudo realizado junto a serviços de saúde de referência para o atendimento a pessoas que vivem com HIV/Aids, na cidade de São Paulo, sobre as práticas adotadas em situações em que os pacientes não querem ou não conseguem revelar o seu diagnóstico para seus parceiros sexuais, identificou diferentes estratégias na condução do problema, inclusive a ameaça, utilizada mais como uma tentativa de forçar o paciente a contar do que propriamente como algo que, de fato, se pretenda cumprir (51). Esse tipo

de conduta também foi verificado na presente investigação, ainda que de forma mais atenuada que os casos descritos no referido estudo.

Os profissionais entrevistados referiram que, quando o serviço de saúde toma conhecimento – por meio do próprio paciente ou por meio de sinais que evidenciam a prática de sexo inseguro, como a ocorrência de outras DST – de casos em que não houve a revelação do diagnóstico e não se está fazendo uso do preservativo, as equipes se mobilizam para tentar entender e atuar junto ao paciente para que ele conte para o parceiro sobre a sua soropositividade. Essa é uma situação que gera muita ansiedade nos profissionais e muitos conflitos éticos em relação ao seu dever profissional de proteger a saúde e a vida de terceiros. Conduta semelhante já foi descrita em outros trabalhos como sendo praticada em alguns serviços de saúde (51).

“O serviço de saúde tem que trabalhar com o paciente que é portador, empoderar esse paciente pra ele revelar pra pessoa e a gente tem que trabalhar toda educação sexual, e isso eu acho que é dever do serviço de saúde.” (Profissional 2)

“[...] a gente procura recomendar que eles conversem com o parceiro e aí a gente vai acompanhando, e à medida que o paciente faz o seguimento, ‘voce já conversou?, já abordou o seu parceiro ou sua parceira?’[...] muitas vezes a gente precisa do apoio do pessoal do serviço social, da psicologia pra tá abordando. A gente esgota as possibilidades de ele mesmo revelar [...] nunca aconteceu da gente ter que chamar o parceiro.” (Profissional 3)

“A gente está trabalhando com ela no sentido dela contar toda semana... Hoje eu falei assim: ‘*não, hoje é o dia, assim, teu prazo final, porque você já rodeou, já rodeou, já contou uma longa história que dá para contar e agora, hoje, você vai ter que por o pingo no “i”, mesmo que amanhã você tenha que vir aqui com ele*’, porque pode ser que o cara desestabilize.” (Profissional 7)

“Tem colega aqui que coloca um prazo pra pessoa né [*para contar para o parceiro*], mas assim eu nunca soube que daí esse prazo venceu e a pessoa não contou, e ele [o profissional] ligou pro companheiro vir aqui e contou, nunca vi... Acho que essa é uma lacuna, que não se sabe o que fazer [...]” (Profissional 5)

Com relação à chamada “busca ativa”, a maioria concorda que não é adequada no caso de doenças sexualmente transmissíveis, que, ao contrário, há mesmo impedimentos legais para isso, pois prevalece, acima de tudo, o direito ao sigilo do paciente.

“[...] eu não tenho como ir atrás dos meninos, como revelar um diagnóstico, e a gente não tem isso nem pra sífilis né, a gente não tem como ir atrás.” (Profissional 1)

“Acontece que a busca ativa em doenças sexualmente transmissíveis é muito complicada, muito complexa... a gente acha... Porque a pessoa pode simplesmente não estar tendo relação mesmo e ela não vai transmitir de outra forma; diferente uma doença que se transmite por via respiratória, pelo copo, pela urina, pelas fezes; a água vai escorrer no descampado porque não tem rede de esgoto, é diferente, porque basta não ter relação para não colocar ninguém em risco. Como a gente vai julgar a vida sexual daquela pessoa, a intimidade daquela pessoa?” (Profissional 6)

“Eu acho que a gente não deve fazer [*busca ativa*]. [...] essa postura de ir atrás não, nunca fomos... Já ouvi falar, já soube de equipes que têm outra postura.” (Profissional 4)

No entanto, em algumas circunstâncias em que o risco para terceiros é muito grande, alguns profissionais referiram buscar o paciente, quando este passa a faltar às consultas. Alguns serviços têm adotado a chamada “busca consentida”, que é um termo que o paciente assina pelo qual expressa sua concordância em ser procurado pelo serviço em caso de falta ou interrupção do tratamento.

“Eu remarquei umas duas vezes, liguei, porque aí nesses casos eu tenho o cuidado de ligar, porque muitas vezes não dá tempo de eu fazer isso, mas esses casos que eu acho que são muito perigosos, que vão colocar em risco outras pessoas também, além dele mesmo, que ele está sendo recontaminado né, ele está se expondo.” (Profissional 7)

“Nós estamos usando aqui, para o paciente já em tratamento, um termo com base inclusive no Ministério, um termo de consentimento. Se o paciente não tá vindo pegar os remédios, alguns abandonam, a gente observa que ele está faltando, ele sumiu, então a gente faz um contato e tenta ver o que está acontecendo. É uma medida que tem

respaldo em portaria do Ministério, a gente tá chamando de busca consentida, não ativa.” (Profissional 6)

Um profissional, ao atender a parceira de um de seus pacientes que se infectou provavelmente a partir dele, relatou que foi cobrada por essa mulher de não a ter procurado para informar sobre a doença do parceiro. Ela, inclusive, ameaçou processar judicialmente o médico por não a ter informado e, portanto, ter permitido que ela se infectasse. O diálogo relatado, entre médico-paciente, revela a os conflitos e as diferenças de perspectiva entre aqueles que vivem esse tipo de situação:

*“Eu tenho um caso superinteressante, que ela tentou inclusive me... ‘eu vou levar a senhora na justiça, porque a senhora sabia que ele tinha e a senhora sabia que ele tava namorando comigo e não me ligou pra contar que ele tinha’, eu fiz ‘eu não podia fazer isso só porque namorava, agora eu imaginei que você [...] ia exigir preservativo [...] então aí ela, ‘não, mas doutora, eu sou uma jovem, normal, porque que eu ia pedir preservativo pra ele, mas se a senhora sabia que ele namorava, a senhora tinha que ter me ligado’, eu fiz ‘não, eu não tenho que te ligar, eu nem posso, você é que tem que usar preservativo.’*

Ela me cobrou isso, ela é minha paciente até hoje, porque eles acabaram o namoro e ela tá com o HIV nas costas [...]

Quando a gente deu o diagnóstico dela, os dois foram, e ela tava super agressiva, só que ele virou pra ela e falou assim ‘minha filha, todas as vezes que eu transei com você, eu queria botar preservativo e você dizia o que? ‘não precisa, eu tô tomando anticoncepcional’, aí ela falava assim ‘mas se você tivesse me dito que tinha HIV eu ia colocar’, aí ele falou assim ‘mas eu não tenho que te contar, você é que tem que se proteger’, então existe uma série de culpas aí, quem é responsável, porque...” (Profissional 1)

Em relação ao sexo casual, entende-se, até mesmo pela natureza desse tipo de relação, que não haverá a revelação do diagnóstico, no entanto, espera-se que haja sempre o uso do preservativo. Apesar disso, também, nesse tipo de relação estão presentes os fatores emocionais e, portanto, irracionais, que favorecem o não uso do preservativo. A atuação do serviço de saúde, nesses casos, quando a pessoa informa ao parceiro sobre o diagnóstico, é realizar a profilaxia pós-exposição, a qual, ainda, tem sido

desenvolvida de forma bastante limitada. A revelação do diagnóstico nos casos de sexo casual é, em geral, feita após a consumação do ato sexual sem o uso do preservativo. Muitas vezes, nesse momento, vem a culpa de ter feito sexo desprotegido e a pessoa, então, revela o seu diagnóstico, o que dá a chance ao outro de buscar uma profilaxia. Para isso, ambos devem estar informados sobre essa possibilidade.

“[...] parceiro casual é casual mesmo, geralmente conta depois da relação, a gente recebe aqui muitos... a maioria são homens, recebo mulheres também procurando o antirretroviral porque teve uma exposição sexual consentida e que no final da relação a pessoa começou a chorar e disse que tinha HIV.” (Profissional 5)

“No casual, a tendência é não revelação e sexo seguro. Pelo menos é o que tem chegado de relato aqui, porque, de fato, no casual, se revelar, não rola nada...” (Profissional 4)

“[...] a profilaxia após exposição sexual é uma questão que talvez as unidades, o sistema, a rede têm que dar mais aporte pra aqueles que se expõem e vão até a unidade, por exemplo, numa unidade de emergência, então precisa ter melhor suporte pra recepção desses pacientes.” (Profissional 3)

### *Uso do preservativo*

A percepção dos profissionais de saúde entrevistados sobre o uso do preservativo por parte das pessoas que vivem com HIV é também bastante diversificada. Alguns referem que o mais frequente é que esse uso ocorra, enquanto outros afirmam em sentido contrário. No entanto, todos concordam que o não uso, seja ele ocasional ou habitual, é fruto, em grande medida, de fatores emocionais relacionados com o momento da relação sexual. Aliado aos fatores emocionais próprios da relação sexual – que é mediada pela premência, pelo prazer, pela irracionalidade –, há também fatores culturais que dificultam o uso do preservativo, uma vez que ainda está impregnada na cultura a ideia de que o uso do preservativo diminui o prazer sexual, o que, particularmente entre os homens, ainda é muito forte.

“[...] eu tive um paciente, ele já faleceu. Psiquiatra, e ele disse uma coisa pra mim, ele contaminou o seu parceiro, sabidamente, ele se sabia HIV positivo, não avisou o seu

parceiro e contaminou o parceiro, que inclusive é meu paciente até hoje. E ele dizia o seguinte: *‘[...] em relação à sexualidade, você não encontra razão, você não encontra lógica, a sexualidade não tem razão. Então, não adianta você querer imprimir responsabilidades quando está envolvido emoção e sexualidade, não amor, sentimento, isso não, mas emoção e sexualidade.’* E ele tinha razão.” (Profissional 1)

“[...] a gente sabe que as emoções funcionam num nível diferente da razão, então saber não garante necessariamente o cuidado [...]” (Profissional 5)

*“[razões para não usar o preservativo]* ou ele estava usando droga, ou ele estava usando álcool, ou ele está fascinado, morto de tesão, entendeu, e aí realmente o racional vai embora, a gente sabe disso.” (Profissional 7)

“[...] os homens têm mais dificuldade de usar sim. Eu acho que eles têm, porque eu acho que eles têm até culturalmente uma coisa de que diminui o prazer, tem até uma enfermeira aqui, que outro dia, diz que ela faz uma coisa, tipo assim, pega a camisinha e sopra para ele ver que tem a sensação do sopro com o olho fechado, mas tem uma coisa cultural de não usar camisinha.” (Profissional 7)

Mudança de comportamento é apontada pelos profissionais como algo difícil e de complexa implementação, que não depende puramente de uma decisão racional. Nesse aspecto não é só o uso do preservativo que enfrenta esse tipo de dificuldade, que é largamente conhecida para outras situações que envolvem hábitos ou estilos de vida que também causam impacto sobre a saúde, como o hábito de fumar, hábitos alimentares, exercício de atividades físicas etc.

“[...] comportamento a gente não muda, [...], não é só com relação ao uso do preservativo, é com relação a fumar, é com relação a comer melhor, a parar de comer açúcar, fazer exercícios e atividades, tudo; quanta coisa a gente sabe que tem que mudar e não muda, então porque que na relação sexual que talvez é uma coisa tão difícil... Eu vou mudar tá, agora eu tenho HIV, vou usar camisinhas sempre, vai ser automático? Não... Eu sempre pergunto.... ah, hoje eu botei na minha cabeça que eu vou usar camisinha daqui para frente e agora daqui para frente sempre vou usar camisinha [...]” (Profissional 6)

“A gente tem que pensar em uma outra estratégia de abordagem da aids, sabe por que? Se você pensar bem, todo mundo sabe que deve usar camisinha e ninguém usa camisinha; o índice de pessoas que não usam camisinha é muito forte, o índice de pessoas que efetivamente fazem uso de camisinha de forma regular é muito pequeno. Então eu tenho uma leitura sobre isso, eu acho que o tipo de campanha que a gente faz não atinge... porque é uma campanha... que fica no nível da informação, mas muito pouco na vivência e muito pouco na coisa emocional da situação [...]” (Profissional 7)

Para a mulher, o maior obstáculo ao uso do preservativo é a dificuldade de se colocar na relação sexual, de exigir o uso e pelas implicações que isso pode ter para o próprio casal, como a admissão de possível infidelidade, o que lança uma desconfiança sobre si mesma ou sobre o outro. Em relação às profissionais do sexo, o contexto de maior vulnerabilidade dificulta ainda mais o uso do preservativo.

“[...] essa mulher me diz, por exemplo, que é profissional do sexo, ela diz assim: ‘*Doutora, a senhora acha que eu tenho condição de impor o uso de camisinha?*’, uma já me disse isso, fiquei arrasada o dia que ela me disse isso, ‘*comigo é assim: dinheiro na mão, calcinha no chão*’, entendeu?” (Profissional 7)

“A profissional do sexo que está numa categoria menos privilegiada, [...] exatamente a que tá mais depauperada, a que tá menos... tem menos auto-estima, que está mais necessitada do dinheiro, [é] exatamente a que não vai exigir o uso, entendeu, não vai impor. A mulher casada, por sua vez, tem dificuldade em exigir do marido porque ela tem medo da desconfiança do marido em relação a ela e medo da desconfiança dele em relação a ele também, porque o marido mesmo quando ele trai, trai, trai, todo mundo que trai nega, claro.” (Profissional 7)

Como o uso do preservativo requer mudanças comportamentais que estão fora das escolhas puramente racionais, muitos profissionais entendem que é muito difícil centrar todo o esforço de controle da transmissibilidade da aids nessa medida, defendendo que a melhor forma de prevenção é incorporar e dar ênfase a outros métodos de controle biomédicos, como vacinas e tratamento. Para tanto, apoiam-se em estudos recentes que mostram que a

transmissibilidade é quase zero quando a carga viral é indetectável. No entanto, mesmo com esses avanços no conhecimento, muitos profissionais acreditam que não se deve prescindir do uso do preservativo, pois há diversas situações que interferem na condição clínica, como a adesão, além do fato de existirem outras doenças sexualmente transmissíveis.

“Eu acho que a prevenção vai vir de vacina, vai vir de remédio, que é isso que o pessoal tá batendo [...] então a gente tem que tratar todo mundo de aids, porque o trabalho mostrou que se eu tratar e a carga viral ficar zerada, a taxa de transmissão também reduz, então o tratamento é a melhor forma de prevenção.” (Profissional 1)

“[...] a princípio ele vai ouvir que ele tem sempre que usar camisinha, até porque tem as outras DSTs, não é a única; camisinha tinha que ser um cuidado da população em geral, não só de quem tem HIV [...] E outra coisa, até que ponto, nosso serviço é tão bom, que a pessoa faz carga viral sempre que é recomendado, para realmente ter o controle [...]” (Profissional 6)

A mudança de comportamento após a descoberta da soropositividade é difícil, especialmente, pelo significado que isso pode ter para o outro.

“Igual eles falam, se eu passar a usar camisinha agora ela vai suspeitar, vai achar que eu tenho alguma coisa, é difícil... se eu contar vai me deixar e eu tenho meus filhos.

[..] Então, eu acho que não é uma coisa assim matemática, as pessoas são assim, é muito complicado.” (Profissional 6)

Os comportamentos mais agressivos e rebeldes que acabam expondo de forma intencional ou por negligência outras pessoas ao risco de infecção são imputados, por alguns profissionais, a distúrbios de personalidade prévios, a distúrbios sexuais compulsivos e autodestrutivos. Pessoas que apresentam esses quadros não teriam, então, condições de controlar os comportamentos sexuais, desenvolvendo uma vida sexual promíscua.

Quando há evidências de não uso do preservativo por parte de pacientes que estão em acompanhamento no serviço de saúde, os profissionais passam a questionar o tipo de trabalho que está sendo desenvolvido. Saber que tem ocorrido a transmissão da aids por parte de

pacientes atendidos na unidade de saúde gera grande insatisfação e desconforto nos profissionais de saúde, principalmente quando avaliam todo o trabalho, inclusive multiprofissional, que é feito no sentido de mostrar a importância de proteger o parceiro. Também, os profissionais experimentam sentimentos de angústia e de impotência diante desses casos.

“Eu fico muito insatisfeita em saber que um paciente nosso, aqui, de cinco anos, contaminou várias pessoas, acho isso terrível... aí, o que é que eu faço?” (Profissional 5)

“[...] tem casos que deixam a gente muito chateado que é aquele em que pacientes nossos, aqui em acompanhamento há um tempão, tem um prontuário dessa grossura, e tava tendo um relacionamento com parceiro, com mais de um parceiro sem preservativo, aí a gente se pergunta poxa a gente se preocupa pra quê, pessoas sabem que têm já, na nossa percepção estão super orientados...” (Profissional 5)

### *Consentimento e responsabilidade*

No âmbito dos serviços de saúde abrangidos pela presente investigação há o entendimento de que a responsabilidade pelo uso do preservativo é de ambos os parceiros; cada pessoa é responsável pela sua própria sexualidade; no exercício de uma relação sexual consentida entre adultos, ambos são responsáveis pelas práticas adotadas. O entendimento corrente das equipes de saúde é de que o indivíduo é responsável por cuidar da própria saúde, e, quando se trata da saúde sexual, não cabe colocar essa responsabilidade exclusivamente sobre o outro.

A abordagem prioritária dos serviços de saúde participantes deste estudo é a do diálogo, da problematização, a do suporte, para que o paciente que está tendo comportamentos de risco coloque-se no lugar do outro, mas sem coação, especialmente por considerarem que a responsabilidade é de ambos os parceiros. Evitam-se posturas mais impositivas que resultariam apenas em afastar o paciente do serviço, como atestam relatos de alguns profissionais.

“[...] mas assim, nunca encostou na parede falando olha você tem que dizer, não, isso por que partimos da idéia de que a responsabilidade é mútua, esse outro que está em risco também está de alguma maneira aceitando sexo não

seguro, então não adianta, porque se a gente adotar uma postura crítica de julgamento, o paciente só vai se afastar também, não adianta, então tem que ser bem com muito jeito, com muita sensibilidade, tentando entender mas ao mesmo tempo tentando levar à uma autocrítica e vendo as barreiras, por que você não está fazendo sexo seguro, o que está acontecendo.” (Profissional 4)

“Problematizando, tentando ver como a pessoa está percebendo esse ato... estimulando que ele veja e se coloque no lugar do outro, lembrando que este outro pode, ao descobrir esta condição, pode considerar que está sendo vítima , está em risco, e isso pode leva-lo a colocar um processo...” (Profissional 5)

“...mas eu fiquei batendo na tecla, escrevi no prontuário: ‘família não sabe, mulher, esposa...’, falei com o médico, falei com a psicóloga, propus ele vir com a mulher, fazer um acompanhamento com a psicóloga e depois convidar a mulher para vir, para a gente conversar junto; ele desapareceu, ele foi embora do serviço.... a gente afastou ele do serviço e até que ponto a gente tem realmente o direito...” (Profissional 6)

O sexo casual reforça o entendimento de que a responsabilidade pelo sexo seguro tem que ser mútuo, pois nas relações eventuais, pela sua própria natureza, pela falta de vínculo, não há como exigir ou esperar que o portador de HIV faça a revelação do seu diagnóstico para o parceiro.

Mesmo quando se trata de relações heterossexuais, a responsabilidade compartilhada é a tônica, ainda que se considere a maior vulnerabilidade da mulher. A orientação predominante do trabalho de prevenção junto às mulheres é no sentido do seu empoderamento para que ela tenha condições de adotar formas de se proteger na relação, e não colocar a responsabilidade sobre o outro.

As falas dos entrevistados evidenciam que os profissionais de saúde, em geral, não demonstram absoluta certeza ou convicção quanto às questões de consentimento e da responsabilidade pelo uso do preservativo. Se de um lado manifestam a opinião de que a responsabilidade é compartilhada, questionando a propriedade de se imputar essa responsabilidade apenas ao portador do HIV, por outro lado, aparece em muitas falas a ideia de que essa

responsabilidade pende mais para a pessoa que vive com o HIV. Essa é uma questão polêmica e geradora de dúvidas e conflitos internos, que se manifestam nas falas pelo uso de expressões como “é difícil”, “é tão complexo”, “é complicado” etc.

“[...] a responsabilidade é dos dois na relação. Agora, é claro que a pessoa [*portadora do HIV*] tem que ter a consciência do risco que está colocando... Acho tão complexo isso, tão difícil...” (Profissional 5)

“Por que a responsabilidade só em cima de quem tem HIV? [...] quem tem HIV tem que usar camisinha sempre, e o outro não, não precisa mudar... Engraçado, a gente quer mudar a cultura a partir do outro, do que tem um problema; a gente que tem o preconceito e quem tem o problema é que tem que mudar o mundo...” (Profissional 6)

“Então acho que é uma questão [*a criminalização*] muito difícil, muito delicada, sabe, eu acho difícil estabelecer uma regra única, mas ao mesmo tempo eu sei que tem que ter alguma coisa que seja de alguma forma restritiva em relação ao comportamento de destruição.” (Profissional 7)

Para alguns profissionais pesquisados não há dúvida de que a pessoa que sabe ser portadora do HIV tem a responsabilidade de adotar sempre comportamentos seguros para proteger o seu parceiro. Isso é tanto mais verdade quando ela, por qualquer motivo, não revela o seu diagnóstico. Os possíveis problemas ou dificuldades emocionais não são suficientes para eliminar a sua responsabilidade. Se a responsabilidade pelo uso do preservativo é clara, quando se passa a falar em considerar como crime o não uso aparecem resistências ou dúvidas a esse respeito.

“[...] porque assim, se ela tem receio de revelar e por isso ela mantém um comportamento de risco, ela é responsável por manter o comportamento de risco independente de quais os fatores subjetivos que tão interferindo nisso, então ela submeteu a outra pessoa ao risco, então que se você for atrás dessas questões subjetivas fica muito complicado.

Eu acho que ela é responsável, no momento em que ela sabe que é portadora, ela é responsável.” (Profissional 3)

“[...] quem é portador de alguma coisa, que sabe que pode transmitir, e está transmitindo por *n* motivos, que tá adotando comportamentos que podem transmitir, eu acho

que essa pessoa tem responsabilidade, se isso vai ser considerado crime ou não, a palavra crime me assusta um pouco [...]” (Profissional 7)

“Eu acho assim que não vale [o *princípio da corresponsabilidade*], porque se o indivíduo tem ciência da sua doença, ele é o principal responsável.” (Profissional 1)

Nessa situação, emergem dúvidas e divergências quanto à possibilidade de se considerar que a relação sexual foi consensual. O fato de a pessoa não saber que seu parceiro sexual é soropositivo não a exime da responsabilidade de cuidar de sua saúde sexual e, portanto, de usar o preservativo. Por outro lado, outros consideram que se a pessoa não tem todas as informações relevantes sobre o parceiro, não se pode dizer que ela consentiu em ter a relação sexual com ele e, ainda mais, uma relação desprotegida.

“[...] eu te dou todas as informações a meu respeito, aí nós estabelecemos uma coisa, um pacto, vamos ficar juntos, mas se eu não te digo uma coisa, como que você está fazendo um acordo comigo sem saber tudo? eu não acho que é tão simples assim, não é consensual; consensual se você tivesse garantido a verdade e que tudo estivesse explícito, aí sim, eu quero ficar com você, eu corro o risco [...]” (Profissional 7)

Alguns profissionais entrevistados relativizam a situação de maior vulnerabilidade da mulher e da relação assimétrica entre homens e mulheres, em geral. Acreditam que essa maior vulnerabilidade e assimetria dependem da posição social, pois, em determinados segmentos sociais a mulher tem muito poder. O discurso de gênero não se aplicaria indiscriminadamente, pois há uma vitimização indevida da mulher, já que, em determinadas classes sociais, a mulher possui formação e inserção profissionais elevadas e oportunidades, o que não condiz com o discurso que mantém a mulher em um lugar de vítima, de “coitada”, frágil e dependente. A dependência da mulher ocorreria mais no plano afetivo do que propriamente econômico. Assim, não se pode generalizar a ideia de a mulher estar sempre em desvantagem em relação ao homem, sem poder de decisão sobre as práticas sexuais adotadas. Essa posição, no entanto, não é majoritária entre os profissionais de saúde.

“Acho que não é bem assim hoje em dia, eu acho que em algumas classes sociais a mulher tem muito poder... acho que não é só uma questão de gênero, é questão afetiva mesmo, acho que existe a dependência afetiva também... mas cada caso é um caso, tem que ser visto de uma ofrma muito individual, não dá para generalizar que tem que criminalizar...” (Profissional 6)

Apesar de a responsabilidade pelo uso do preservativo ser entendida como uma responsabilidade compartilhada, há o reconhecimento de que o grau dessa responsabilidade não pode ser o mesmo entre e a pessoa que sabe ser portadora de HIV e o seu parceiro sexual.

“[...] se você transar com alguém que você... sem camisinha é uma irresponsabilidade, sabendo de tudo que você sabe, é uma irresponsabilidade, mas é muito diferente se eu souber que eu tenho aids ou hepatite e for transar com alguém, não é? Eu acho que é muito diferente, eu acho que tem diferença sim, porque tem o conhecimento prévio que, em tese, me responsabiliza; em tese não, efetivamente me responsabiliza, eu acho que não pode ser [*responsabilidade igual*].” (Profissional 7)

“A gente sempre discutiu que a responsabilidade da sexualidade é das duas pessoas, não é só de uma, então se eu não uso camisinha, eu aceito aquela condição, é diferente do estupro ou do abuso; mas se a gente tem uma relação voluntária, quem tem que cuidar da minha própria saúde sou eu, quem é responsável pela minha saúde sou eu, e não necessariamente o meu companheiro, [...] ...a responsabilidade é dos dois na relação... agora, é claro eu a pessoa [com HIV] tem que ter consciência do risco que está colocando...” (Profissional 6)

### *Criminalização da transmissão sexual do HIV*

A complexidade que envolve o consentimento e a responsabilidade pelo uso do preservativo e a conseqüente criminalização do não uso e da transmissão sexual do HIV são evidenciadas pelos profissionais de saúde pesquisados.

A criminalização na perspectiva de retribuição pelo comportamento adotado que colocou em risco a saúde de outra pessoa não é o enfoque priorizado pelos profissionais de saúde entrevistados, apesar de ter havido

falas nesse sentido. Transparece nas falas que os profissionais de saúde pensam a criminalização, seja para concordar com ela seja para discordar, principalmente em termos da proteção da saúde pública, como uma ferramenta que pode ajudar a promover (ou não) a mudança de comportamento necessária para evitar a transmissão e a propagação da doença. Tanto as razões para defender quanto as razões para condenar a criminalização situam-se no campo que entende o direito penal enquanto meio de controle social, de promoção e estímulo a determinados comportamentos sociais desejáveis, ou de inibição de comportamentos indesejáveis. Aqueles que defendem a criminalização da transmissão sexual do HIV veem-na como medida que poderia impactar positivamente a saúde das pessoas e da população, ao exercer uma coação necessária no sentido do uso do preservativo, enquanto os que não a defendem, o fazem por avaliar que é medida incapaz de promover mudança de comportamentos.

“Então não sei, se você transmitir o HIV vai ser preso, vai ser... não sei se as pessoas vão realmente mudar de comportamento assim na base do terror assim, a princípio eu sou contra. Não sei, talvez se eu tivesse pego de alguém, quisesse matar esse alguém... é complicado...” (Profissional 6)

“[...] o fato de existir a legislação, pura e simplesmente, ela não vai... não vai... como é que eu vou te colocar, ela não vai resolver [...]” (Profissional 6)

“[...] porque quando mexe na questão da punição, aí cutuca, você consegue mudança de comportamento ou por reforço ou por punição [...]” (Profissional 7)

“Eu acho assim que não vale [o *princípio da corresponsabilidade*], porque se o indivíduo tem ciência da sua doença, ele é o principal responsável, ele tem que ser criminalmente acionado, ele tem que responder por isso...” (Profissional 1)

O objetivo de retribuição foi lembrado por alguns profissionais de saúde, conforme ilustra a seguinte fala e está muito associado à questão da responsabilidade para com o outro:

“Por outro lado é um crime, que você tá expondo o outro a um risco de uma doença que não tem cura, e essa doença tem uma transcendência muito grande e pode ter um impacto enorme na vida dessa pessoa né...” (Profissional 5)

“[...] ela sabe, ela se reconhece como portadora do vírus, ela sabe que existe o risco de transmissão, então ela, de novo, a responsabilidade não deixou de existir porque ela teve medo de revelar por ser rejeitada, ela continua sendo responsável [...]” (Profissional 3)

“[...] eu acho que ela é responsável, no momento em que ela sabe que é portadora, no momento em que ela sabe que é portadora, ela tem responsabilidade, é diferente de outras circunstancias, de o preservativo se romper e tal...” (Profissional 3)

Além da questão essencial sobre a propriedade de se criminalizar a transmissão sexual do HIV como estratégia a ser adotada no combate ao HIV/aids, outras questões levantadas e que colocam mais questionamentos sobre o cabimento da adoção de medidas no âmbito penal dizem respeito a aspectos práticos ou técnicos, como a comprovação da fonte de infecção e da intencionalidade da transmissão, a garantia do sigilo do diagnóstico no curso do processo judicial etc.

“[...] muitas pessoas que têm o HIV têm vários parceiros, tem muitos que têm múltiplos parceiros, às vezes, não sabem nem de quem pegou, tem uma grande parcela que não sabe de quem pegou, então como saber se (Profissional 6)

“[...] talvez realmente essa coisa da responsabilização fosse importante, de alguma forma, desde que guardadas as devidas proporções, que você não pusesse tudo no mesmo balaio de gato. [...] uma lei que realmente funciona, claro que diminui o comportamento transgressor. [...] (Profissional 7)

“[...] o marido não sabia que tinha HIV, quando começou a ter relação com ela, porque leva oito anos para se manifestar, se a pessoa não faz um teste, quantos relacionamentos a gente pode ter em oito anos de repente, dependendo da fase da vida...então é complicado isso também.” (Profissional 6)

Com relação à intenção de transmitir, alguns profissionais referem que há muitos mitos em relação a comportamentos perigosos ou vingativos de pessoas soropositivas que querem infectar propositalmente outras pessoas. Essas histórias, que já foram frequentes no início da epidemia, ainda estão no imaginário das pessoas, mas não teriam fundamento, conforme atesta a experiência prática dos profissionais de saúde que atendem pacientes HIV positivos. A possível infecção de um parceiro não decorreria nem de uma vontade de vingança nem de uma intenção de transmitir o vírus, mas sim de dificuldades pessoais e de circunstâncias da vida que colocam obstáculos à adoção de comportamentos seguros ou à revelação do diagnóstico.

“Mas até uns anos atrás eu ouvi as pessoas acharem que as pessoas que têm HIV são mais doidas que as pessoas comuns... são mais más, têm uma ânsia de vingança.

[...] Para se vingar, querem que todo mundo pegue. Olha eu nunca... as pessoas que eu conheci com HIV, a maioria, são incríveis, dão lição de vida, superam muitas coisas, não imagino essas pessoas como sendo mais más do que as outras. A maior parte dos pacientes, a maioria, noventa, é claro que a gente sabe que tem aquele ou aquela que... mas que não necessariamente sejam pessoas más, são situações difíceis da vida, mas a maioria das pessoas são pessoas ótimas, são pessoas boas, não sei... não consigo imaginá-las com a intenção de necessariamente de infectar outras.” (Profissional 6)

Outro aspecto que gera preocupação em relação à criminalização é com relação a se considerar a não revelação do diagnóstico como um dado indicativo de que a relação desprotegida não foi consensual. Para muitos, não há como provar que não houve essa revelação, pois é algo que ocorre no âmbito da intimidade, que não há como gerar provas técnicas capazes de estabelecer claramente que, de fato, tal revelação não ocorreu.

“[...] porque vai ser muito difícil esse meandro de falar ou de não falar, porque de novo as únicas testemunhas de uma coisa e outra vão ser as pessoas envolvidas, então não sei se a gente vai conseguir apurar esse ponto.

Talvez o uso do preservativo, que é uma coisa que substancialmente é mecânica, depende de um ato, depende da intenção de usar, de usar e tal, isso talvez seja mais tranquilo, agora de falar ou não falar...” (Profissional 3)

A intencionalidade de transmitir o vírus também deve ser avaliada em relação às condições concretas da pessoa, como por exemplo, se é usuária de drogas e se estava sob o efeito de drogas. Esse seria outro aspecto a ser considerado quando da imputação da culpa pela transmissão do vírus. Uma pessoa que não está plenamente de posse de sua consciência pode ser criminalizada? Da mesma forma, foram lembrados comportamentos compulsivos na esfera sexual, que poderiam reduzir a capacidade da pessoa de fazer escolhas racionais de forma a proteger o outro. Essa seria outra categoria em que o limiar entre saúde e doença e, portanto, capacidade ou não para o exercício de decisões autônomas, poderia comprometer a aplicação da lei penal.

“[...]aí tem a outra questão, essas pessoas que tã sob o efeito da droga, vai ser feita a tipagem viral [...] enfim, vai ser identificado qual o vírus, o vírus é compatível mas ela tava sob o efeito de drogas, então essa é outra nuance, entendeu, assim, até que ponto eu, sob o efeito de drogas, vou ter que ser encaminhado pra um hospital psiquiátrico em vez de ser criminalizado por essa questão da transmissão?” (Profissional 3)

“Agora, tem que discriminar os casos que são compulsões dos casos... a gente precisava estar com uma equipe muito especializada para fazer essa avaliação, uma equipe multidisciplinar... porque o meu medo de criminalizar é exatamente por no mesmo bojo todo mundo, entendeu, a pessoa que realmente não tem nenhum autocontrole e que precisa de ajuda, da pessoa que realmente tenta prejudicar o outro, que essa tem que ser punida mesmo, tem que ser cerceada de alguma forma.” (Profissional 7)

Com relação ao possível aumento da estigmatização da pessoa que vive com HIV em função da criminalização da transmissão do vírus, também há controvérsias entre os profissionais entrevistados. Para alguns é bastante provável e até evidente que a criminalização vai reforçar o estigma existente, o que pode ter repercussões bastante negativas.

“[...] a gente tem que pensar desse lado também que eu não tinha pensado, eu acho que pode aumentar o preconceito. Agora, não sei esse custo/benefício, porque eu acho que o preconceito já existe.” (Profissional 7)

“Eu tenho medo de que se os profissionais não trabalharem direitinho possa voltar a ideia de culpabilizar as pessoas, então eu acho que a gente deveria tomar muito cuidado para que não haja a culpabilização e ver um retrocesso...” (Profissional 5)

Em diversas falas há remissão à Lei Maria da Penha como uma lei que, de alguma maneira, guarda semelhança com a criminalização da transmissão do HIV, especialmente por tratarem de temas tabus, para os quais o rompimento do silêncio é sempre um desafio. Além disso, por envolverem uma relação de parceria sexual em que um dos parceiros se sentiu lesados pelo outro, as duas situações são equiparadas – a violência doméstica contra a mulher e a transmissão sexual do HIV. De um lado, a Lei Maria da Penha é lembrada como um exemplo de que o direito de cobrar na justiça o dano sofrido por parte do seu companheiro tem que ser garantido e, por outro lado, também é lembrada como uma medida que, para ser instituída e efetivamente aplicada, teve que romper com o silêncio em torno de uma situação tabu, que também se dá na esfera da intimidade, da vida privada dos casais. O sigilo do diagnóstico, a exposição da vida íntima e as consequências que isso pode trazer para a pessoa que se sente vítima são questões lembradas como obstáculos a uma efetiva criminalização da transmissão sexual do HIV.

“É a mesma coisa da [Lei] Maria da Penha, se a mulher acha que está sofrendo dano físico, sei lá se corre risco de estar com o parceiro, é um direito dela, lógico; da mesma forma, eu estou sofrendo um dano físico, se o parceiro me expôs ou tá me expondo... a pessoa tem que ter o direito a discutir, agora estabelecer uma regra geral, eu acho que isso é difícil, isso acho muito difícil, não sei.” (Profissional 6)

“É igual a questão da violência na mulher, né, nós estamos desconfigurando isso já, você tem que expor o seu marido que bate em você, não é verdade? A Lei Maria da Penha, hoje já existe até moças de televisão aí que apanham e vão denunciar, e não têm medo mais, vergonha de dizer que apanhou, mas por quantos anos nós vivemos assim?” (Profissional 1)

“Agora eu tô lembrando também do relato do que está em processo em andamento, que muitas vezes tem um lado penoso para a pessoa, principalmente devido às questões

de ter de contar essa situação em outros níveis, por exemplo, nas delegacias...” (Profissional 4)

“Eu não sou contrária à criminalização não, desde que que isso fosse feito de uma maneira assim sabe cuidadosa, muito cuidadosa né, para se diminuir ao máximo a questão do problema do estigma.” (Profissional 5)

Mesmo entre aqueles que se manifestam de forma contrária à criminalização da transmissão do HIV, há o reconhecimento de que se deve preservar o direito de quem se sentiu lesado, de quem se sente vítima na situação em que foi infectada. A preservação desse direito deve se dar, mas sem o uso de leis específicas para o HIV, que são claramente identificadas como desnecessárias.

[...] cada pessoa tem seu livre arbítrio aí, porque caso se sinta vítima venha criminalizar, ele colocar um processo, colocar uma ação penal, alguma coisa, mas eu também defendo, eu não vejo vantagem de lei específicas não.” (Profissional 4)

“Agora, quem se infectou tem que ter o direito de discutir isso, se ele quer discutir com esse parceiro, ou com a justiça porque o parceiro não tem diálogo. É um direito para os dois lados, mas isso não pode ser uma norma geral [...]” (Profissional 6)

Noções de “direitos e deveres”, “respeito pelo outro, pelo corpo do outro, pela integridade e a saúde do outro” são lembradas como necessárias em uma sociedade desenvolvida, mas elas são vistas como decorrentes de um processo de educação, de desenvolvimento da cidadania. A criminalização da transmissão do HIV pode até ter algum papel nesse sentido, mas, em geral, é vista com reservas, dado o potencial de provocar maior estigmatização e exclusão social. Percebe-se que há mais receios em se aceitar a criminalização como uma estratégia de prevenção do que uma aceitação pacífica, apesar de não se desconsiderar a questão da responsabilidade individual e da necessidade de cada um responder pelos seus atos, inclusive na esfera penal.

[...] eles [*peças que vivem com HIV*] passam por uma série de processos que a gente também não precisa colocá-los no paredão e expô-los, eu acho que o foco de qualquer coisa que protege o indivíduo ou a sociedade tem que ser a

proteção e não a exclusão do indivíduo, mas a proteção da sociedade, lógico que aqueles que, se for criminalizado realmente, aqueles que tiverem responsabilidade vão ter que responder pelos seus atos [...]” (Profissional 3)

“[...] eu não gosto muito dessa questão de você tentar ir pela via contrária sabe, assim de você punir pra depois voltar pra educação, acho que tem que ser da educação, e aí a punição seria o último recurso [...], agora, que existe responsabilidade, existe sim, como as leis brasileiras vão trabalhar essa questão da responsabilidade é... não sei.” (Profissional 5)

A tônica da maioria dos profissionais entrevistados é no trabalho preventivo, de conscientização, de informação, e não na repressão, na punição.

“[...], eu acho que quanto mais noção de cidadão, de que tem direitos e deveres, quanto mais na sociedade tiver incutida essa questão, talvez menos necessidade a gente vai ter de usar essas vias [*criminalização*] pra trazer as pessoas a um comportamento que não traga risco pra outra pessoa ou pra o coletivo.” (Profissional 3)

“[...] antes de criminalizar a gente tem que correr atrás das pessoas que são portadoras, porque à medida que a gente faz um trabalho com essas pessoas, um trabalho contínuo, paciente, porque é preciso ter paciência de trabalhar com ela, com uma postura de convencimento em relação a expor o estado de portador para com quem ela tá se relacionando, talvez isso vai ter uma repercussão maior que criminalização [...] (Profissional 2)

## **CAPÍTULO 6. A CRIMINALIZAÇÃO DA TRANSMISSÃO SEXUAL DO HIV NA PERSPECTIVA BIOÉTICA**

O cerne deste trabalho é a discussão sobre a validade e a justeza do uso da norma jurídica para criminalizar as pessoas que transmitem, ou podem transmitir, pelos comportamentos sexuais que adotam, o vírus da aids. Discutem-se os comportamentos e as escolhas feitas por indivíduos que vivem com HIV, escolhas que têm um componente moral e que, também, trazem implicações de ordem jurídica. Para tanto, e tendo em mente que o material selecionado passou pelo crivo do olhar do pesquisador e, portanto, de alguma forma, foi trespassado por seus valores, procurou-se trazer para este exercício de reflexão distintas vozes e posições sobre o tema, buscando-se, tanto quanto possível, aproximar essa discussão do que se pensa deva ser um debate bioético – dialógico e pluralista.

Da revisão da literatura – pela qual aportamos os discursos jurídicos, acadêmicos e de organizações internacionais – e dos discursos apreendidos por meio das entrevistas e dos grupos focais, identificamos as seguintes grandes categorias, que concentram os conflitos bioéticos que serão aqui discutidos: 1) responsabilidade, autonomia e consentimento; e 2) respeito aos direitos humanos e defesa da saúde pública.

Especialmente a partir das entrevistas com pessoas que vivem com HIV e com os profissionais de saúde, pôde-se constatar que esse tema não se apresenta como de fácil solução. Ele vem carregado de um dilema moral que coloca, de um lado, a responsabilização da pessoa que não tomou todas as medidas cabíveis para proteger o seu parceiro da infecção e, portanto, a necessidade de que ela arque com as consequências de seus atos, e, de outro, o receio de que a criminalização, ainda que possa ser legítima para dar uma resposta a quem se sentiu lesado, traga consequências negativas para as pessoas que vivem com o HIV, como o aumento da estigmatização e da discriminação, e promova um retrocesso no trabalho que vem sendo realizado no combate à aids no País.

A possibilidade de criminalização é, na maioria dos casos, uma das inúmeras dificuldades que as pessoas que vivem com HIV têm que enfrentar

na sua vida cotidiana, após a inflexão que a descoberta da soropositividade promove em suas vidas. Elas terão que criar novas formas de levar a vida, passando a ter que administrar uma série de elementos essenciais que incluem o autocuidado – tratamento medicamentoso, adesão ao tratamento, alimentação, exercícios, controle dos efeitos adversos dos medicamentos –, o sigilo ou a revelação do diagnóstico, o exercício da sexualidade, com especial ênfase na prática de sexo seguro etc. A criminalização da transmissão sexual do HIV exige que se discuta o exercício da sexualidade por parte das pessoas vivendo com HIV e o contexto social em que ocorre, que, em diversos aspectos, ainda é bastante adverso. Apesar de as outras formas de transmissão também serem passíveis de punição, é principalmente sobre a sexualidade que a interdição e a justiça atuam.

O maior receio das pessoas que vivem com HIV em relação à criminalização é que ela reacenda as antigas concepções dos primeiros anos da epidemia, quando alguns grupos mais afetados pela aids foram extremamente discriminados e responsabilizados pela disseminação da doença. O medo da aids naquele período – pela gravidade da doença, pelo seu curso rápido e alta letalidade, aliado à então falta de medicamentos eficazes – contaminou a percepção da sociedade sobre os grupos mais atingidos, grupos que já não contavam com a aprovação social, como os homossexuais, as mulheres profissionais do sexo e os usuários de drogas. Naquele momento, o medo da aids transferiu-se diretamente para as pessoas identificadas com esses grupos, exacerbando o estigma e a discriminação. O discurso sobre os grupos de risco fundamentou práticas sociais e sanitárias que promoveram a culpabilização e o reforço da reprovação social àqueles grupos estigmatizados. Não é sem razão, portanto, que há o temor de que certas políticas, como a de criminalização, fundamentadas na ideia de culpabilização dos portadores do HIV façam recrudescer práticas estigmatizantes e discriminatórias.

Por outro lado, existe o reconhecimento de que há pessoas com comportamentos negligentes ou até mesmo intencionais que provocam a transmissão do HIV para outros, comportamentos considerados reprováveis e merecedores de punição. Apesar do receio de que a conduta dessa minoria seja interpretada como o comportamento adotado pela maioria das pessoas

vivendo com HIV e do temor de que a criminalização seja empregada de forma generalizada e injusta, há o sentimento de reprovação social contra a transmissão intencional do HIV, que deve ser freada para que não se caia em uma situação de caos social. Essa aprovação da criminalização também é relatada por outros estudos, com diferentes públicos, como o realizado entre médicos prescritores de antirretrovirais no Brasil (227) e o realizado com homens homossexuais, nos Estados Unidos (228).

No âmbito desta pesquisa, tanto a criminalização quanto o *laissez-faire* generalizados mostraram-se como situações temidas e reprovadas pelos entrevistados. Essas preocupações também estão presentes na literatura médico-sociológica e jurídica sobre o assunto, bem como expressas em normas jurídicas de alguns países onde a questão da criminalização tem assumido lugar de destaque e suscitado polêmicas. A transmissão inequivocamente intencional do HIV não é objeto do presente trabalho, pois sobre ela não há divergências ou conflitos que exijam a reflexão bioética.

## **6.1. RESPONSABILIDADE, AUTONOMIA E CONSENTIMENTO**

A primeira e principal questão que se coloca, tanto para a defesa quanto para a recusa da criminalização da transmissão sexual do HIV, é relativa à responsabilidade da pessoa que vive com HIV em proteger o seu parceiro sexual. Essa questão aparece nas falas de todos os atores envolvidos, sob as mais diversas perspectivas, tanto daqueles acessados diretamente pelas entrevistas e pelos grupos focais, quanto do que pudemos acessar por meio da literatura científica, jurídica ou institucional.

Essa é uma questão de ordem filosófica, que envolve, por um lado, a responsabilidade pessoal e, por outro, a natureza social do homem. Aqui se coloca o questionamento quanto à existência ou prevalência de dois aspectos, aparentemente antagônicos, no modo como as escolhas são feitas: de um lado, a liberdade ou autonomia da pessoa e, de outro, o determinismo social. O quanto o homem é um ser verdadeiramente livre para fazer as suas escolhas, uma vez que, sendo um ser social, a sua forma de pensar, os seus valores, o seu agir são determinados pelo contexto social? Ainda que o indivíduo decida

de acordo com seu foro íntimo, de acordo com a sua consciência, exercendo a sua liberdade e autonomia, esse indivíduo não atua no vazio, mas em um dado contexto social. Autonomia e heteronomia, nessa perspectiva, são indissociáveis e inerentes à experiência humana.

### **6.1.1. Autonomia e heteronomia**

Autonomia (do grego, *autos* – "o mesmo", "ele mesmo", "por si mesmo" – e *nomos* – "compartilhamento", "lei do compartilhar", "instituição", "uso", "lei", "convenção") é a capacidade da pessoa humana de determinar as suas próprias regras, isto é, as regras às quais ela, voluntariamente, aceita e decide se submeter. O antônimo da autonomia é a heteronomia, que é a determinação externa, e não por vontade do sujeito, das normas a que ele deve seguir. A heteronomia é a (des)autonomia ou a ausência de autonomia: quem decide pela pessoa é um outro. (229)

Kant (80) definiu o conceito de autonomia como autodeterminação do indivíduo, que, por meio da razão, é capaz de guiar-se segundo suas próprias regras. A autonomia, para Kant, é o fundamento da dignidade humana. Para Kant, um ato só pode ser considerado moral quando a ação é feita de forma livre, quando se escolhe livremente respeitar uma regra autodeterminada e não imposta a partir do exterior. Para ter valor moral, a regra deve ser respeitada apenas pelo sentido do dever e não como meio de se alcançar um bem supremo; é o próprio exercício das virtudes que constitui o bem supremo. A autonomia é o exercício livre de uma vontade que se submete aos imperativos categóricos da razão, sem nenhuma referência ou consideração a outros motivos que não sejam os do estrito cumprimento do dever. Se daí decorre a felicidade, não é ela que motiva o cumprimento da obrigação moral. Se o agente que atua o faz com referência a algum objetivo que não o cumprimento das regras que ele se autodeterminou, então não se está mais no âmbito da autonomia, mas da heteronomia. A autonomia, portanto, como ato de vontade, tem como fundamento a liberdade do sujeito.

Vázquez (230) dedica grande parte de sua obra "Ética" a discutir a obrigatoriedade moral. A conduta moral, diferente de outras condutas

normativas, como a jurídica – que não deixa espaço para qualquer escolha moral –, ainda que seja obrigatória, depende da vontade livre do agente, que deve aceitar internamente a obrigatoriedade daquela norma moral. A conduta moral, portanto, sujeita-se ao exercício da autonomia, pois depende da liberdade de escolha: ela é ao mesmo tempo uma conduta livre e obrigatória.

No entanto, há uma relativização a ser feita quanto ao exercício da autonomia, que diz respeito à compreensão de que o homem e, portanto, também a sua consciência, é constituído dentro de um sistema social concreto que o condiciona. Assim, não se pode dizer que a obrigação moral seja internalizada pelo indivíduo como uma decisão estritamente pessoal, isto é, de acordo com sua livre escolha e de sua consciência de dever, pois essa decisão pessoal depende dos valores socialmente estabelecidos, presentes em uma dada sociedade e em um determinado tempo. Segundo Vázquez

[...] en sus decisiones y en el uso que hace de su libertad de elección, el individuo no puede dejar de expresar las relaciones sociales en el marco de las cuales asume personalmente una obligación moral.

Así, pues, no hay por qué dejar de subrayar toda la importancia y especificidad del factor personal, la interiorización de la norma y del deber fundado en ella, así como el papel que desempeña la convicción íntima de la obrigatoriedad, siempre que no se perda de vista, a su vez, su carácter social.” (p. 145) (230)

Assim, há que se reconhecer que a consciência e a obrigatoriedade morais não são nem autônomas nem heterônomas de forma absoluta, uma vez que elas devem contar com a aceitação íntima por parte do sujeito para que o ato delas decorrente seja considerado como ato ou conduta moral, mas essa interioridade da obrigação moral não pode ser separada do meio social onde o sujeito está inserido. Como afirma Vázquez, *cada época, de acordo com o tipo de relações sociais dominantes, imprime sua própria marca na consciência moral, já que mudam os princípios e as normas morais, e muda também o tipo de relação entre indivíduo e comunidade*<sup>14</sup> (p. 149) (230).

---

<sup>14</sup> Tradução livre do original.

Um sujeito só pode ser responsável moralmente por uma determinada conduta se ele puder decidir sobre ela livre de coações irresistíveis, tanto externas quanto internas, isto é, se ele tiver liberdade de escolha e a possibilidade de exercitar o seu livre arbítrio. Somente há responsabilidade moral, se houver liberdade (230). Entretanto, o que é uma escolha exclusivamente pessoal de como andar a vida e de como lidar com o outro e o que é socialmente determinado? Até que ponto um indivíduo é o único responsável pelas escolhas que faz, pelos seus comportamentos, pelos valores que norteiam o seu estar no mundo e as suas relações interpessoais? Segundo Habermas, *os projetos individuais de vida não se formam independentemente dos contextos partilhados intersubjetivamente* (pág. 5) (231). De forma análoga, podemos dizer que o agir humano só pode ser explicado pelos contextos intersubjetivos.

Cabe, então, questionar quanto à capacidade da pessoa vivendo com HIV de decidir livremente, sem que essa decisão esteja sujeita a pressões externas. As pressões externas existem e condicionam, ou são levadas em consideração, para balancear a tomada de decisão relativa à revelação do diagnóstico e ao uso do preservativo, e envolvem aspectos de ordem subjetiva e, também, de ordem mais concreta, como a própria lei penal que criminaliza a transmissão do HIV. Subjetivamente, há todo o contexto social e familiar que, em geral, é trespassado por conflitos de toda ordem e, no caso do HIV, também por estigmas e discriminações, que afetam a capacidade decisória dos sujeitos envolvidos.

Torna ainda mais complexa a questão da autonomia, da livre vontade e decisão do sujeito, a descoberta de Freud de que a consciência, suas manifestações e suas condutas dependem de camadas mais profundas do Eu e inacessíveis ao próprio sujeito. As condutas dos indivíduos seriam, pois, manifestações que *ocorrem na superfície de um aparato heterogêneo, profundamente obscuro* – o inconsciente –, que escapa ao próprio sujeito e do qual ele não detém o controle. Segundo Segre *et al*

A descoberta do inconsciente desmistificou esta identificação entre interioridade e clareza, mostrando que o retorno ao íntimo de si não é o encontro da primeira entre

todas as verdades, mas do abismo sem fundo das motivações ignoradas. (229).

Ainda conforme assinalam Segre *et al* (229), a descoberta do inconsciente repercute diretamente sobre a noção de autonomia, uma vez que ela é um “exercício de *subjetividade*”. Esse é mais um fator a ser considerado quando se discutem as decisões que devem ser tomadas de forma consciente pelo sujeito em questões que envolvem relações afetivas, paixões, medos e outras emoções, que estão fora do plano puramente racional.

### **6.1.2. O fator emocional envolvido**

No caso das condutas sexuais, há na literatura e também nas falas de homens e mulheres entrevistados – sejam eles portadores do vírus HIV, profissionais de saúde ou operadores do direito – a compreensão de que existem fatores emocionais, conscientes ou não, muito fortes que fogem do controle do indivíduo e que não são de fácil entendimento. O uso do preservativo é uma dessas questões que, racionalmente, podem ser até de fácil aceitação, mas, no momento da relação sexual, ficam sujeitas a variáveis não facilmente controláveis, como a paixão, a urgência do prazer, a reação do outro, os não ditos, os medos de rejeição e de ser descoberto em sua condição de soropositivo etc.

A dificuldade de uso consistente do preservativo é uma constatação presente em diversos estudos sobre comportamentos sexuais (29). Isso, principalmente para parte da população cuja iniciação sexual ocorreu em um momento pré-aids, decorre do fato de o uso do preservativo constituir uma experiência ainda não totalmente introjetada e porque, como diz Dâmaso, *o uso dos preservativos é um escudo tecnológico, [...] [e] sabemos o quanto eles nos distanciam da experiência biológica mais original da sexualidade* (p. 25) (18). A resistência ao uso do preservativo é principalmente da ordem do prazer, como se pode constatar pelas falas de muitos dos entrevistados, que ainda o associam com a perda ou diminuição do prazer sexual. A metáfora “chupar bala com papel”, muito utilizada no início da epidemia em referência ao uso do preservativo, expressão que refletia a rejeição social ao preservativo, continua

sendo mencionada por muitas pessoas que vivem com HIV. As campanhas de prevenção ainda não conseguiram desconstruir essa representação acerca do preservativo, o que tem implicações diretas sobre as práticas sexuais.

Esse aspecto mais subjetivo, que foge à racionalidade do sujeito, é trazido de forma bastante enfática pelos entrevistados, que compreendem que a relação sexual mobiliza emoções e paixões que retiram, no calor do momento, a capacidade de pensar e de tomar as decisões mais corretas. O sujeito, muitas vezes, é tomado pela paixão e atua de acordo com impulsos incontroláveis, até instintivos, que ganham prevalência sobre as práticas mais seguras de prevenção ao HIV que, racionalmente, sabem que devem ter. Lembremos, aqui, Spinoza, quando diz que a servidão humana é

[...] a impotência humana para regular e refrear os afetos. Pois o homem submetido aos afetos não está sob seu próprio comando, mas sob o do acaso, a cujo poder está a tal ponto sujeitado que é, muitas vezes, forçado, ainda que perceba o que é melhor para si, a fazer, entretanto, o pior. (p. 263) (232)

Conforme bem assinalou Clavreul, *o saber, que é do Inconsciente, é aquele que preserva e permite o acesso ao gozo* (p. 264) (233), e ele é o avesso do discurso jurídico. Para esse autor, tanto o discurso médico quanto o jurídico instauram uma ordem que é normativa e aprisionam a razão, que se *tornará de novo não mais aptidão para raciocinar claramente, mas submissão a uma ordem prescritiva decorrente do saber dos especialistas.* (p. 264) (233) Esse discurso racional, que tem caracterizado o discurso da prevenção ao longo dos anos, encontra limitações em termos de acessar a subjetividade e promover as mudanças comportamentais desejadas. Vários profissionais de saúde mencionaram essa dificuldade que, segundo dizem, limita a efetividade das ações de prevenção, o que demonstra, segundo eles, a necessidade de se descobrirem novas formas de abordagens preventivas que consigam acessar as questões ligadas às emoções e ao prazer.

O fator emocional esteve presente no discurso dos entrevistados – pessoas que vivem com HIV, profissionais de saúde e os próprios operadores do Direito – como um aspecto a ser considerado na discussão sobre a responsabilidade da pessoa que vive com HIV em adotar práticas seguras.

O medo de sofrer discriminações e de ser rejeitado parece ser a vivência mais frequentemente relatada pelos portadores do HIV e a que mais causa impacto em suas vidas após a descoberta da soropositividade. De fato, esse medo não é infundado, haja vista a história mesma da epidemia de aids, que foi acompanhada por manifestações de preconceito. Tanto no âmbito das relações sociais concretas – nas relações de parceria, na família, na escola, no trabalho – quanto em termos das respostas governamentais à epidemia, observam-se, recorrentemente, medidas, atos, condutas e comportamentos que revelam a estigmatização e a discriminação das pessoas que vivem com HIV.

É bem verdade que esse panorama sofreu alterações significativas nos mais de trinta anos de epidemia, ainda que em ritmos diferentes, de acordo com o país considerado. Em nosso meio, as respostas do Estado brasileiro evoluíram no sentido de uma construção alicerçada nos direitos humanos, no direito à saúde, no respeito à diversidade, no combate ao estigma e à discriminação. Todos os segmentos ouvidos nesta pesquisa concordaram com essa avaliação positiva das políticas públicas nacionais voltadas para o combate à epidemia de aids, todos reconheceram avanços na resposta brasileira, especialmente no tocante ao acesso aos medicamentos, aos insumos de prevenção, ao diagnóstico e ao acompanhamento. Até mesmo em relação ao estigma e à discriminação foram apontados avanços dentro dos próprios serviços de saúde e no âmbito da sociedade em geral.

Os avanços obtidos em relação às práticas discriminatórias podem ser constatados de forma mais concreta pelo fato de terem sido editadas leis e outras normas visando à proteção dos direitos das pessoas com HIV nas relações de trabalho, do direito de frequentar a escola, dos direitos sociais, como a concessão de benefícios sociais, da garantia do acesso a medicamentos etc. Alguns avanços foram observados a partir da problemática da aids, ainda que incidam para além dela, como é o caso do reconhecimento da união homoafetiva pelo Supremo Tribunal Federal, em 2011. Tudo isso mostra que, conforme bem assinalou um dos entrevistados, Ministro do STF, *no aspecto do direito brasileiro, o HIV não produziu uma normatividade do preconceito, mas uma normatividade da libertação.*

No entanto, ainda não estão resolvidos os problemas do estigma e da discriminação relacionados ao HIV/aids, como foi bastante reportado pelas pessoas que vivem com HIV e pelos profissionais de saúde entrevistados. Para efeito da discussão a respeito da capacidade de o indivíduo HIV-positivo decidir de forma livre, autônoma, sobre os seus comportamentos sexuais, importante se faz constatar que estigma e discriminação relacionados com o HIV continuam presentes na sociedade e constituem uma realidade que, até certo ponto e em graus diferenciados, modula o agir das pessoas que vivem com HIV.

Nesse contexto, cabe perguntar: até que ponto essa realidade social não vulnerabiliza ainda mais os portadores do HIV? Do ponto de vista da justiça, é correto, nesse contexto de vulnerabilidade, a sociedade exigir (e punir quem não o fizer) que as pessoas que vivem com HIV sejam obrigadas a se declarar soropositivas e arcar com o ônus de serem estigmatizadas, discriminadas e rejeitadas, social e sexualmente, ou que sejam elas as únicas responsáveis por adotar medidas de proteção?

### **6.1.3. Responsabilidade mútua dos parceiros e comportamento sexual**

Ainda que se reconheçam as enormes dificuldades para que uma pessoa que vive com HIV mantenha sempre comportamentos de sexo seguro ou mesmo que faça a revelação do diagnóstico ao parceiro – dificuldades de toda ordem, mas geralmente originadas do medo do estigma e da discriminação –, essa situação, que chega a ser dramática para muitos, não é vista como razão suficiente para afastar ou diminuir a sua responsabilidade de proteção frente ao outro. Constata-se mesmo que essa situação é, de fato, geradora de grandes conflitos e angústia, o que leva muitas pessoas que vivem com HIV a desistirem da própria sexualidade e evitarem o estabelecimento de novos vínculos de parceria afetivo-sexual.

Parece ser unânime entre os entrevistados da presente investigação que existe uma responsabilidade moral do sujeito HIV positivo de proteger o seu parceiro sexual. No entanto, reconhecem que essa obrigação é mútua, que o uso de preservativo deve ser uma responsabilidade de todas as pessoas que

se engajam em uma relação sexual, independentemente de seu estado sorológico. Ainda que exista esse reconhecimento entre os entrevistados da presente pesquisa, essa constatação vem acompanhada de uma ressalva no sentido de realçar que essa responsabilidade pende sempre mais para a pessoa que sabe ser portadora do vírus HIV. O conhecimento do *status* sorológico positivo gera uma obrigação moral que suplanta aquela da pessoa que é soronegativa ou que está na ignorância sobre a sua própria soropositividade.

Relato pessoal de uma representante de organismo internacional ligada à aids trouxe-nos o conhecimento sobre fato curioso a esse respeito, ocorrido no âmbito da criminalização da transmissão sexual do HIV. Um dos primeiros casos julgados na Inglaterra, em que um homem foi acusado de ter transmitido sexualmente o HIV para duas mulheres com quem se relacionava, a justiça inglesa condenou o homem, mas também proferiu uma advertência contra as duas mulheres, manifestando o entendimento de que também elas tinham a responsabilidade pela sua própria proteção.

Entendemos que o problema da criminalização não se restringe à esfera privada, quando se reconhece a obrigatoriedade moral existente entre os parceiros sexuais, mas também abrange a responsabilidade da sociedade de proteção do sujeito HIV positivo, inclusive, a de prover as condições sociais para que ele assuma a responsabilidade para consigo e para com o outro.

Os elementos de compulsão e de irracionalidade próprios do ato sexual e as pressões normativas presentes na sociedade são fatores que, necessariamente, levam a que se avalie o grau de autonomia do sujeito soropositivo que se engaja em práticas sexuais desprotegidas, antes que se possa asseverar um julgamento sobre a sua responsabilidade ética em relação a tais práticas. Os comportamentos sexuais adotados, inclusive o grau de diálogo sobre as práticas sexuais e as expectativas de cada um dos parceiros envolvidos, são influenciados por pressões normativas presentes nos contextos sociais, que condicionam as escolhas e as condutas dos indivíduos, o que torna difícil atribuir essas condutas unicamente como sendo da responsabilidade ética da pessoa que vive com HIV.

No entanto, as práticas jurídicas nem sempre conseguem analisar os fatos sobre os quais têm que deliberar em seus contextos sociais concretos, promovendo, em geral, uma simplificação das complexidades que os configuram. Segundo Sarti (234), o sistema jurídico

“tende a descontextualizar os conflitos, ou seja, a enquadrá-los em seus termos, abstraindo-os do contexto onde ocorreram e que lhes dá sentido, razão pela qual se verifica um descompasso entre os dois movimentos que, frequentemente, impede que a Justiça seja um *locus* efetivo para a resolução de conflitos”. (p. 506) (234)

Esse é o caso da transmissão do HIV no contexto das relações sexuais. Nem sempre, no âmbito de um processo penal, os aspectos ligados à subjetividade, às emoções, às motivações íntimas e ao contexto social são considerados com a devida importância, priorizando-se os aspectos mais objetivos ou fáticos.

Há que se reconhecer, no entanto, que há casos em que as decisões judiciais, de alguma maneira, levam em conta considerações de ordem subjetiva, como pudemos verificar no caso que foi a julgamento no STF. Os ministros daquela Corte fizeram considerações quanto à motivação do sujeito que estava sendo imputado pelo crime de tentativa de homicídio por ter transmitido o HIV para suas parceiras sexuais, observando que ele foi movido por paixão e não por um ânimo homicida, já que se tratava simplesmente de uma relação sexual e não do uso de qualquer instrumento que pudesse ameaçar diretamente a vida da parceira. Questões da ordem do prazer foram consideradas para descaracterizar o crime como tentativa de homicídio.

Além disso, considerando tratar-se de uma relação sexual consentida entre dois adultos, existe uma responsabilidade que cabe ao parceiro soronegativo na relação sexual. Se há uma responsabilidade moral do sujeito HIV positivo, no sentido da autoproteção – já que ele pode se infectar com outra cepa de HIV ou pegar outra doença sexualmente transmissível, e ter agravado o seu quadro clínico – e, principalmente, da proteção do seu parceiro, o que dizer da pessoa que não possui o vírus ou, pelo menos, desconhece ser portadora do HIV?

#### 6.1.4. Autonomia, risco e responsabilidade em saúde

A autonomia e a responsabilidade individual sobre a própria saúde estão entre as grandes questões morais tratadas por diversas correntes filosóficas. Nogueira (235), ao estudar o pensamento de Ivan Illich, especialmente expresso na obra *Nêmesis da Medicina*, faz uma retrospectiva histórica do pensamento filosófico sobre autonomia e responsabilidade em relação especificamente à saúde. Isso porque, segundo ele, o cerne da crítica de Illich à medicina é que ela promove a medicalização da sociedade, expropriando a saúde enquanto responsabilidade individual e causando o que illich denominou de “iatrogênese cultural”, que é a *destruição do potencial cultural das pessoas e das comunidades para lidar de forma autônoma com a enfermidade, a dor e a morte* (p.15) (235). Assim, são centrais os conceitos de autonomia e responsabilidade individual pela saúde, os quais são igualmente pertinentes à discussão ora desenvolvida e aos quais recorreremos para trazer alguma luz à presente discussão.

Conforme assinala Nogueira, a saúde como questão moral está presente em Aristóteles, que, dentro de uma concepção teleológica, a coloca como dom – já que, em parte, configura-se como algo inato – e como bem, isto é, como objetivo da ação moral. O bem supremo do homem é a *eudaimonia*, a felicidade – o bem absoluto – e, para ser alcançado, diz Aristóteles, na obra *Ética de Nicômaco*, “nosso corpo precisa também gozar de saúde, ser alimentado, ser cuidado” (p. 99) (235). Para Aristóteles, a saúde é tema presente, dada a sua importância relativa, em comparação com outros bens, para o alcance da felicidade. A saúde, para ele, é um bem cooperante para a felicidade, ainda que não lhe seja indispensável (235).

Já em Kant, também segundo Nogueira, a saúde não aparece diretamente como uma preocupação filosófica, uma vez que, em sua concepção deontológica, o objetivo da moral não é alcançar um bem, mas cumprir um dever em relação aos outros, de acordo com imperativos universais da razão. Kant trouxe a concepção de que a questão moral fundamental é saber como se conduzir perante os semelhantes, perante o outro. Esta é a sua máxima: tratar o outro como um fim e jamais como meio para alcançar

determinado objetivo. Assim, a questão da alteridade e do dever ganham relevância a partir de Kant.

A saúde volta a ganhar destaque como finalidade da ação moral com os utilitaristas, no século XIX, que aliam a concepção aristotélica da saúde como bem com a concepção de alteridade, trazendo-as como foco das reflexões éticas (235). Esses são dois aspectos centrais na discussão bioética do tema da criminalização da transmissão sexual do HIV.

Em relação ainda à ética da responsabilidade, trazemos o pensamento de Hans Jonas, segundo quem existe um dever de escolher o melhor caminho em nome do fim desejado, o homem deve se guiar por um *imperativo hipotético da prudência* (p. 153) (236). No entanto, esse imperativo não diz respeito ao imperativo categórico da moralidade formulado por Kant, o qual é, em si mesmo, o seu próprio fim. O imperativo da prudência deve se orientar, principalmente, pelas finalidades, mas, para tanto, para orientar o dever de escolha, há que se distinguir entre fins valiosos e não valiosos, independentemente de nossos desejos. Só a definição de forma ética do que é o fim superior transforma em dever a escolha desse fim.

Para Jonas, a ação moral comporta dois aspectos, um fundamento racional do dever, que é um aspecto objetivo, e um fundamento psicológico, que é o aspecto subjetivo, ligado à emoção. Toda teoria da responsabilidade deve lidar com esses dois lados da ação moral. A partir da razão, da inteligência, o lado emocional deve ser mobilizado, o dever precisa encontrar uma receptividade no agente para que ele aja eticamente em cumprimento àquele dever. Ambos os aspectos são complementares entre si e indispensáveis para que a ação moral ocorra.

Para Jonas, *a responsabilidade é o cuidado reconhecido como obrigação em relação a um outro ser, que se torna “preocupação” quando há uma ameaça à sua vulnerabilidade* (p. 352) (236). O autor defende que não pode haver responsabilidade entre dois seres absolutamente iguais, dentro de uma dada situação, dois indivíduos iguais e independentes. A relação de responsabilidade, na situação particular, caracteriza-se pela unilateralidade, o que não impede que, de forma ampla, esteja presente algum grau de

reciprocidade, uma vez que todos são responsáveis por alguém e, em alguma medida, cada um é responsável por outros.

A partir da definição de autonomia proposta por Nogueira, segundo quem *a autonomia é equivalente a um caminho de **auto-enriquecimento** pela possibilidade que traz de multiplicar as experiências de aprendizagem e as escolhas que cada um tem que realizar por sua conta e risco* (p. 20) (235), é possível dizer que cada indivíduo é responsável pelas escolhas que faz e que das quais resultam maior ou menor grau de saúde. A saúde, como bem necessário, mas não único, para o alcance do bem maior, a felicidade – aqui vista não como conceito universal e único, mas como aquilo que cada um elige como o bem supremo a ser alcançado para a sua vida –, deve ser cotejada com outros bens igualmente cooperantes, como, por exemplo, o exercício e a qualidade da sexualidade, para que o indivíduo escolha aquilo que considera ter mais valor na sua hierarquia de bens. Não necessariamente todos os indivíduos farão as mesmas escolhas, ou definirão a mesma escala valorativa dos bens indispensáveis para a felicidade.

Destacamos, a partir de Nogueira, a ênfase dada pela moral aristotélica da saúde como bem moralmente desejável, que, enquanto dom, é algo que já se possui, ou, do contrário, algo que se deva buscar, inserindo-se claramente no âmbito da responsabilidade pessoal. Dentro dessa concepção, a saúde está na esfera de domínio da autonomia do indivíduo.

O princípio motor da saúde como inerente ao próprio indivíduo demarca um critério de responsabilidade, de capacidade de ajuizamento pessoal, que tem correspondência no moderno conceito de autonomia. É um fim inerente a cada indivíduo, decorrente de suas funções de ser ativo, zelar por sua própria saúde. (p. 111) (235)

Ao lado da responsabilidade de cada um para com a sua própria saúde, o “zelar por sua própria saúde” remete ao princípio da autonomia, mas não no sentido kantiano do termo – como imanente à vontade no cumprimento de um dever –, mas como autoderminação que busca, a partir dos elementos da realidade e das alternativas existentes, julgar e escolher a ação mais correta. Esse é o sentido da autonomia que ressalta em Illich, conforme assinalado por Nogueira, uma autonomia teleológica e flexível (235).

As concepções de autonomia e responsabilidade individual que serviram de base para uma grande corrente da saúde pública – a promoção da saúde – foram e têm sido alvo de questionamentos por parte de muitos pensadores, tanto da área da saúde quanto das áreas da filosofia e da sociologia. Não cabe aqui fazer uma exposição exaustiva sobre todas as contribuições teóricas dos autores que formularam críticas a esse modelo, em parte já discutidas anteriormente, apenas destacaremos alguns pontos mais relevantes para o debate atual sobre o tema que estamos a tratar.

Para o modelo da promoção da saúde, a divulgação de informações e a educação em saúde são elementos indispensáveis e inerentes a essa política de saúde. A intensa socialização do conhecimento a respeito da saúde e da doença e, particularmente importante, o conhecimento sobre os riscos à saúde, impõem aos indivíduos a responsabilidade por cuidar de si (235,237). De acordo Castiel, esse conhecimento impacta diretamente as formas de viver a vida, de acordo com as escolhas feitas a partir dele:

[...] a proliferação de estudos sobre risco teve repercussões em termos de difusão pública através dos *mass media*. [...] Em função da divulgação de informações consideradas vitais para a sobrevivência das populações, há o interesse imediato do público por tais questões [...]

Por outro lado, percebe-se que as pessoas, na esfera privada, de alguma forma incorporaram a idéia de risco, mesmo que as resultantes em termos comportamentais sejam distintas: ou acatá-la, procurando administrar os modos de viver, comer, beber, exercitar-se, expor-se ao sol, manter relações sexuais etc.; ou desafiá-la, adotando estilos de vida considerados arriscados, possivelmente a partir da suposição da posse de imunidades imaginárias [...] (p. 39) (237)

A gestão do risco está posta para todas as pessoas e para uma infinidade de condições – como o tabagismo, a obesidade, a doença coronariana, o diabetes, a hipertensão, o colesterol elevado etc – e isso implica mudanças de estilos de vida e de hábitos, a introjeção de uma série de autocontroles, o que o revela o caráter coercitivo e moralizador dessa nova política. Pelo autogerenciamento do risco, espera-se que as pessoas, valendo-se de informações de cunho médico-epidemiológico, promovam mudanças de

comportamentos, para eliminar os riscos a que estão sujeitas e, assim, gozar do máximo de saúde. (238, 239)

A aids não escapa dessa cultura do risco e, conseqüentemente, da gestão do risco. Em nossa sociedade, está amplamente divulgada a existência da epidemia, o seu agente causal, os meios de transmissão e as formas de prevenção da infecção. O conhecimento sobre a aids está igualmente disseminado nos diversos estratos sociais, conforme indicam os estudos sobre conhecimentos, comportamentos e práticas em relação à aids, os chamados estudos CAP, de base populacional, realizados de forma sequencial no País ao longo de diversos anos, o que permite avaliar a evolução desses aspectos na população brasileira (29). A aids, enquanto realidade concreta ou como mera possibilidade, gera a necessidade de novas práticas nas relações de intimidade, já que as pessoas engajadas em uma relação afetivo-sexual passam a ter que adotar estratégias de gestão dos riscos envolvidos, de acordo com a informação adquirida.

Na gestão do risco relativo à aids, cabe ressaltar a observação de que não necessariamente todos os indivíduos farão as mesmas escolhas quanto aos bens mais importantes que pretendem preservar ou alcançar. Alguns autores salientam que a prevenção do HIV não é um princípio moral, apesar de ser um fim desejável (240). Esse fato é demonstrável pelo fato de que, em que pese o amplo conhecimento sobre os riscos de infecção associados a determinadas práticas sexuais, a maioria das pessoas não abdica de tais práticas, que correspondem à realização do seu prazer sexual, em prol da sua segurança. Assim, para algumas pessoas, o bem do prazer sexual suplanta o medo da infecção pelo HIV.

O conhecimento sobre o risco da aids está bastante difundido e funciona como instrumento de responsabilização pela saúde, assinalando que cabe a cada indivíduo conduzir-se de forma consciente tendo em conta o próprio risco. A autonomia dos indivíduos que se engajam em uma relação sexual abrange, portanto, inclusive, a decisão quanto ao grau de risco que está disposto a assumir. A responsabilidade pela própria saúde e a autonomia de decidir sobre as práticas e os estilos de vida em face dos riscos envolvidos dizem respeito a todas as pessoas, independentemente do estado sorológico. Nessa

concepção, predomina a tese da responsabilidade recíproca ou da co-responsabilidade pelas práticas sexuais adotadas.

No entanto, é preciso problematizar as concepções sobre a responsabilidade de cunho estritamente individual. De acordo com Dodds (241), pode-se identificar dois tipos básicos de concepções teóricas acerca do significado da responsabilidade. Uma primeira, que corresponde às correntes do liberalismo, do comunitarismo e de algumas versões da teoria do risco, defende a ideia de que a responsabilidade é uma exigência que depende apenas da vontade do sujeito livre. Uma segunda concepção, dentro de uma perspectiva Foucauldiana, é a de que a responsabilidade é simplesmente uma forma de controle social, uma forma de autovigilância imposta aos indivíduos.

Essa classificação dicotômica leva a um impasse, pois cria uma imagem polarizada do indivíduo: de um lado, um agente absolutamente livre, e, de outro, um sujeito totalmente dominado. Para superar esse impasse, a autora propõe uma concepção de responsabilidade fundada na ideia da intersubjetividade, entendendo que a responsabilidade é inerentemente relacional e socialmente negociada, pois envolve a relação entre indivíduos e entre esses e as instituições (241). Esse tipo de abordagem resgata a responsabilidade como algo da alçada do indivíduo, cuja ação terá impacto sobre a existência de outros, mas dentro de um contexto social conformado por redes de interdependência. O sujeito não é nem inteiramente livre, nem inteiramente dominado; há sempre um espaço para o exercício da liberdade de escolha, dentro de um determinado marco social condicionante das escolhas possíveis.

O crescimento contínuo da epidemia de aids em níveis mundiais dá a dimensão da necessidade de se discutir de forma ampla a responsabilidade de provisão das medidas necessárias para a prevenção da expansão da doença nas populações. No entanto, não se pode pretender que o combate à epidemia, na dimensão exigida, fique centrado na responsabilização da pessoa que vive com HIV, na mudança de comportamento a partir da pessoa infectada, ou seja, da vítima. Fazer isso significa desviar o foco para o indivíduo infectado, deixando-se de reconhecer a responsabilidade social, seja das políticas públicas seja da sociedade em geral, de prover um contexto social que acolhe

e propicia um ambiente seguro para a pessoa que vive com HIV, livre de estigmas e preconceitos, inclusive para que ela possa lidar de forma autoprotetora e protetora do outro.

A responsabilidade social em saúde abrange a esfera do cuidado individualizado, que se dá no âmbito dos serviços de saúde e da relação profissional-paciente, e inclui a garantia de acesso ao diagnóstico e ao tratamento antirretroviral, que influenciam diretamente a transmissibilidade do vírus. De acordo com a precocidade, a adesão e a adequação do tratamento, é possível reduzir ou até mesmo eliminar a transmissão do vírus, com forte impacto para a saúde pública. As estratégias utilizadas e o suporte dado para o indivíduo soropositivo no sentido de seu empoderamento e convencimento sobre a necessidade de adoção de medidas de sexo seguro, além do suporte emocional e prático para a revelação do diagnóstico aos parceiros sexuais inserem-se como responsabilidade dos serviços e dos profissionais de saúde.

A criminalização é uma forma reducionista de lidar com o problema da transmissão do HIV, quando se coloca toda a responsabilidade sobre a pessoa infectada, deixando de reconhecer o papel do outro – responsabilidade individual compartilhada – e da sociedade – responsabilidade social. Enquanto a ênfase for colocada sobre a concepção da responsabilidade individual do soropositivo, ficam mascarados ou obscurecidos os fatores sociais responsáveis pela propagação da epidemia, como o ambiente socialmente marcado por desigualdade e pobreza. Esse tipo de construção não favorece respostas efetivas para reduzir a transmissão do HIV.

#### **6.1.5. Revelação do diagnóstico ‘versus’ consentimento**

Se há o reconhecimento geral quanto à responsabilidade da pessoa que vive com HIV de adotar medidas de proteção do parceiro HIV, a revelação do diagnóstico não conta com a mesma unanimidade. Para muitos, ela só se impõe como medida de caráter obrigatório quando não há garantia de que serão tomadas todas as medidas de prevenção cabíveis; apenas nesse caso, diante da possibilidade de falha no uso do preservativo, é que se imporia de forma irrenunciável a obrigatoriedade de revelação da soropositividade. Para

outros, a obrigação de revelar o diagnóstico já se impõe, independentemente do uso ou não do preservativo. Para esses, apenas se pode falar em relação consensual quando todas as informações relevantes são dadas aos parceiros sexuais, do contrário, o consentimento fica comprometido, entendendo-se que ele foi dado mediante fraude ou omissão. Para tanto, reconhecem que os serviços e os profissionais de saúde devem prover apoio para que as pessoas que vivem com HIV adquiram as condições necessárias para o cumprimento dessa obrigação moral.

Em alguns países, a revelação do diagnóstico é uma obrigação legal, mas diversos organismos internacionais, entre eles o Unids, manifestam-se contra leis com esse teor, entendendo que elas ferem o direito à privacidade e ao sigilo sobre a saúde, especialmente quando estão envolvidos estigma, discriminação e violência contra as pessoas com HIV (242,243). Em documento conjunto (243), o Unids e a Organização Mundial de Saúde defendem que a revelação do diagnóstico de aids deve ser voluntária, em respeito à autonomia e dignidade dos indivíduos afetados.

A revelação do diagnóstico por parte do parceiro soropositivo, segundo Galletly e Pinkerton (244), não deve ser considerada uma pré-condição ou condição determinante para que qualquer pessoa faça as suas escolhas quanto à adoção de sexo seguro. Isso porque há diversos fatores que dificultam ou obstaculizam essa revelação, como as necessidades de sobrevivência das pessoas que fazem sexo comercial, o medo do estigma e da discriminação, o medo da rejeição e do abandono, o medo de sua condição ser conhecida por outras pessoas, o medo de sofrer violência doméstica etc.

Particularmente em relação às mulheres, a questão da revelação do diagnóstico, enquanto um direito de conhecimento do parceiro soronegativo, comporta situações contraditórias e antagônicas, conforme sejam elas o polo soronegativo da relação ou o polo soropositivo. De um lado, as mulheres têm sido um dos segmentos populacionais mais afetados pelo sigilo por parte dos parceiros que não assumem a sua condição de portador do HIV e transmitem o vírus para suas esposas. O crescimento da epidemia entre as mulheres nas últimas duas décadas seria, em parte, consequência desse tipo de situação. O movimento feminista tem denunciado a situação de vulnerabilidade das

mulheres nas relações de parceria estável, que não têm o poder de determinar como querem exercer a sua sexualidade, e cobram o “direito de saber” das mulheres sobre o estado sorológico do parceiro. Por outro lado, as mulheres soropositivas também estão em situação de vulnerabilidade e, muitas delas, estão impossibilitadas de revelar o seu diagnóstico ao parceiro ou mesmo de sugerir a prática de sexo seguro, pois isso representaria grave ameaça de sofrerem violência física e psicológica, de serem abandonadas e de perderem seus filhos (245)

Isso mostra que o direito de conhecimento não pode ser considerado absoluto e ele não pode ser colocado como condição para que o parceiro adote práticas seguras nas relações sexuais.

Uma sociedade que cria estigmas e promove a discriminação das pessoas que vivem com HIV pode exigir que elas declarem abertamente essa condição, sabendo que poderão sofrer as consequências da estigmatização e da discriminação? O medo é um fator muito potente que mobiliza e determina as condutas humanas e, no caso das pessoas que vivem com HIV, o medo da discriminação e da rejeição, especialmente no âmbito das relações de parceria, é muito grande e não pode ser menosprezado. Ele faz parte da nova situação de vida a ser gerenciada pelo indivíduo que se descobriu soropositivo para o HIV e é um fator que aumenta a sua vulnerabilidade.

Parece bem razoável supor que um contexto social em que ainda vigoram o estigma e a discriminação contra as pessoas que vivem com HIV não favorece a que essas pessoas assumam a sua condição, o que reforça a necessidade de se garantir o direito ao sigilo e à confidencialidade da condição de soropositivo, direito que deve ser respeitado e resguardado em todas as instâncias.

Há de se considerar que as relações afetivo-sexuais são pontuadas por silêncios em relação a diversos aspectos da vida dos parceiros envolvidos. Nem tudo é revelado. Segundo Simmel (246), tudo o que comunicamos às demais pessoas, inclusive o mais subjetivo, espontâneo e confidencial, é já uma seleção do real, são apenas fragmentos recortados da vida interior. A ocultação de certos aspectos do eu, segundo o autor, é uma necessidade vital nas relações, uma vez que *penetrar claramente hasta fondo último de algo es*

*destruir su encanto y detener la fantasia em su tejido de posibilidades* (p. 349) (246). Segundo o autor, esse é um elemento central nas relações e, podemos dizer que, com mais razão, é um elemento presente em toda relação de parceria. A consideração sobre a revelação do diagnóstico, ou o silêncio em torno dele, é mais um elemento dentro desse contexto em que o segredo é parte constitutiva e estruturante das relações afetivo-sexuais.

Em muitos países, há leis que determinam a obrigatoriedade da revelação do diagnóstico para o parceiro sexual, que não levam em conta os aspectos subjetivos envolvidos e que se baseiam no pressuposto de que o conhecimento da soropositividade é um fator que leva sempre à adoção de práticas de sexo seguro, como o uso do preservativo nas relações com penetração. Dada essa aparente associação positiva entre conhecimento do diagnóstico e uso do preservativo, muitos defendem que a revelação do diagnóstico seja sempre estimulada na abordagem preventiva dos serviços de saúde e, até mesmo, que ela seja considerada compulsória, isto é, caso o paciente não revele o seu diagnóstico, os profissionais de saúde estariam autorizados, ou mesmo obrigados, a fazerem a revelação para os parceiros.

Essa associação foi tida como um dado de certeza em alguns julgamentos de casos de transmissão sexual do HIV, conforme explicitado em capítulo anterior, quando os juízes negaram a tese do consentimento dado pelo parceiro, em função de não acharem crível que uma pessoa, sabendo que seu parceiro é HIV positivo, consentisse em fazer sexo sem o uso do preservativo. No entanto, não é isso que diversos estudos revelam, especialmente com casais sorodiscordantes (2).

Após a descoberta da soropositividade e da sua revelação para o parceiro, e constatada a soronegatividade do outro, há um processo de difícil adaptação do casal à nova situação, quando são descritos sentimentos ligados ao cuidado, apoio, solidariedade e responsabilidade, além de dúvidas e resistências. Esse período é, inicialmente, marcado pelo afastamento físico, que se transforma gradativamente a partir da naturalização da doença, com a relativização do risco e sua integração ao cotidiano do casal, quando há um *afrouxamento ou suspensão do chamado sexo seguro e uma rotinização da intimidade* (p. 350) (2).

A questão do risco na situação de conjugalidade discordante assume particularidades não consideradas pelo discurso médico da prevenção e, menos ainda, pelo discurso jurídico, como observado pela análise dos casos judiciais já discutidos anteriormente. Segundo Maksud (2), a imprevisibilidade do ato sexual nos relacionamentos estáveis dificulta a utilização do preservativo, pois ele nem sempre está à mão nas diversas situações inesperadas em que ocorre a relação. Outro fator de não uso do preservativo por casais sorodiscordantes é que ele evoca a doença, justamente o que os casais buscam esquecer. Essa negação da doença na vida cotidiana também foi identificada na presente pesquisa, tendo sido mais relatada pelos soropositivos que vivem relações estáveis.

Da parte dos parceiros soronegativos, surgem discursos no sentido da minimização dos riscos envolvidos e da relativização da importância da doença ou soropositividade do parceiro. Alguns referem que o não uso do preservativo é uma exposição consciente ao risco, quando há o consentimento ou mesmo o desejo de transmissão do HIV como forma de compartilhar a mesma situação do parceiro (2).

No entanto, está presente no discurso de muitas pessoas que vivem com HIV, inclusive no âmbito da presente investigação, que, para escapar das situações conflituosas vividas nas relações estabelecidas com pessoas soronegativas – como a revelação do diagnóstico, o medo da transmissão do vírus para o parceiro, as vivências diferentes, os segredos etc –, consideram ser mais fácil se relacionar com parceiros soropositivos, e muitos revelam ter rompido relações com soronegativos e buscado parceiros com *status* sorológico semelhante ao seu. O sentimento de estranhamento em relação a si e ao outro, a marca da diferença que o vírus impõe entre o Eu e o Outro não são vivências fáceis e nem sempre são superados, como ecoa na fala de muitas pessoas que vivem com HIV, o que leva muitos deles a buscarem um outro igual, um outro soropositivo.

Maksud também identificou que a concepção de risco influencia o não uso do preservativo, que é maior quando o parceiro soropositivo é homem. No caso de o parceiro soropositivo ser mulher, a ocorrência de sexo desprotegido é maior, pois o homem demanda mais o não uso do preservativo por minimizar

o risco – em uma reinterpretação das informações fornecidas pelo serviço de saúde, acreditam que “homem não pega de mulher” – ou por motivos culturais ligados ao prazer, para *sentir a carne e a pele da parceira* (p. 359) (2). Esse aspecto também foi relatado pelos entrevistados no âmbito da presente investigação, com relatos de que maridos soronegativos solicitavam, com frequência, que suas mulheres soropositivas não usassem preservativo.

Esses aspectos da esfera da intimidade dos casais sorodiscordantes e de como gerenciam os riscos na nova situação vivenciada não são considerados na esfera jurídica, o que descontextualiza o fato sob julgamento.

Além de outros benefícios decorrentes da revelação do diagnóstico – como ampliação da rede social de cuidados e maior adesão ao tratamento – (55,64, 65, 66, 67, 68), a defesa da revelação especificamente para o parceiro sexual tem como principal argumento a expectativa de que ela contribui para o aumento de práticas de sexo seguro, pelo que se constitui como orientação da maioria dos serviços de saúde em seu trabalho de educação e aconselhamento das pessoas soropositivas. Por outro lado, em direção oposta a essa, há estudos que apontam justamente para uma associação negativa entre revelação do diagnóstico e uso do preservativo, ou para resultados inconsistentes nesse aspecto (57, 58, 60, 247). Esse tipo de dado recomenda a adoção de uma conduta de precaução quanto à insistência na obrigatoriedade da revelação do diagnóstico para os parceiros sexuais. Em alguns casos, a conduta insistentemente persuasiva dos serviços de saúde no sentido da revelação do diagnóstico, conforme relatado por alguns profissionais de saúde entrevistados nesta pesquisa, acaba afastando o paciente do serviço de saúde.

A questão da revelação coloca em oposição aparente dois interesses primários distintos: de um lado, o interesse da pessoa com HIV de ter sua privacidade preservada (e o sigilo do diagnóstico é parte integrante disso); por outro lado, o interesse da pessoa soronegativa de dispor de uma informação relevante sobre o seu parceiro sexual, para que tenha condições de pesar adequadamente as escolhas que fará e que podem afetar diretamente a sua saúde (245). A grande questão que se coloca, então, é decidir qual desses interesses tem primazia sobre o outro. A adoção de leis penais que obrigam a revelação do diagnóstico ao parceiro antes da consumação da relação sexual,

independentemente do uso do preservativo ou de qualquer outra consideração, confere prioridade ao direito de conhecimento.

A privacidade e o direito ao sigilo sobre as condições de saúde são um direito da pessoa, especialmente quando se trata de condições estigmatizantes, quando a sua revelação expõe a pessoa a danos de diversas ordens, moral, material e até mesmo em relação à própria vida ou saúde. Assim, é preciso fortes justificativas para se aceitar a não preservação desse direito. Por outro lado, o “direito de saber” é relevante, particularmente para a bioética, pois o princípio do respeito à autonomia e o livre consentimento só podem ser efetivos se a pessoa a quem compete tomar decisões sobre sua vida dispõe das informações relevantes e essenciais para tanto. Apesar de alguns autores atribuírem a primazia do “direito de saber” do parceiro sobre o direito à privacidade da pessoa soropositivo, tendo em vista que o conhecimento é fator essencial para a decisão autônoma sobre o consentimento de manter relação sexual e em que condições (245), em nosso juízo, nem um nem outro direito são absolutos e ambos dependem das circunstâncias concretas em que se dá a relação sexual. A particular situação de algumas mulheres, conforme já discutido anteriormente, é ilustrativa desse ponto de vista.

A revelação do diagnóstico é frequentemente associada à questão do consentimento para a prática sexual, inclusive do sexo inseguro. O consentimento aparece em diversos processos judiciais sobre a criminalização da transmissão do HIV como elemento central que fundamenta a decisão, a qual nem sempre se dá no mesmo sentido, o que demonstra que o tema está sujeito a muitas controvérsias, a distintos entendimentos, inclusive pelas cortes judiciais (248).

Há na literatura posições de que a revelação é indispensável para se considerar que a relação sexual é consensual, independentemente do fato de se usar ou não o preservativo. Segundo esse entendimento as escolhas racionais só podem ser feitas a partir do conhecimento a respeito de todas as possíveis consequências. A escolha entre consentir ou recusar fazer sexo só é válida se estiver baseada no conhecimento dos riscos envolvidos. Para garantir

a autonomia do parceiro de uma pessoa com HIV é indispensável que ele tenha informação confiável sobre o seu estado sorológico. (245)

Nessa perspectiva, mesmo que o soropositivo adote a prática do sexo seguro, ele teria a obrigação de revelar o seu diagnóstico, uma vez que essa é uma condição indispensável para se considerar que houve o consentimento por parte do parceiro. Isso porque, o parceiro pode não querer correr qualquer grau de risco de infecção e pode se recusar a ter relações sexuais com essa pessoa mesmo com o uso do preservativo. Esse ponto gera controvérsias inclusive entre os juízes, conforme visto na análise dos casos judiciais que se submeteram aos tribunais superiores em nosso país. Um dos ministros do STF entrevistado explicitou ter este entendimento: de que só se pode considerar que a pessoa deu o seu consentimento para a realização do ato sexual se estiver plenamente informada sobre a soropositividade do parceiro. Essa posição, no entanto, não é unânime nas cortes judiciais nacionais, conforme visto anteriormente, e é considerada por diversos organismos internacionais, como o Unids e a AFAO (Federação Australiana das Organizações de Aids), como muito impositiva e contrária ao direito à confidencialidade e ao sigilo da pessoa que vive com o HIV. Para essas instituições, se forem tomadas as medidas de prevenção, não há que se falar em obrigatoriedade de revelação do diagnóstico.

Consentimento e autonomia são categorias centrais da bioética e, no caso da relação sexual em que um dos parceiros é soropositivo para HIV, acarretam repercussões no plano normativo jurídico.

Segundo Beauchamp e Childress (94), a palavra autonomia tem origem grega – vem de *autos* (próprio) e *nomos* (regra) – e foi inicialmente usada para se referir à autogestão ou ao autogoverno das cidades-estados. No entanto, esse uso foi estendido para os indivíduos e sofreu ampliação de sentidos, passando a significar: *autogoverno, direitos de liberdade, privacidade, escolha individual, liberdade da vontade, ser o motor do próprio comportamento e pertencer a si mesmo* (p. 137) (94).

Para esses autores, o exercício da autonomia exige o atendimento de duas condições essenciais, e essas pré-condições são aceitas pelas diversas teorias existentes. A primeira condição é a de liberdade, isto é, a de que não

haja interferência de fatores controladores externos; a segunda, é relacionada com o próprio agente e refere-se à capacidade racional de realizar escolhas, explicitada como intencionalidade. Beauchamp e Childress acrescentam a essas uma terceira condição – o entendimento. As ações, a depender do grau de satisfação dessas condições, podem ter graus diferentes de autonomia, que variam em um *continuum* desde uma situação de total autonomia até a sua completa ausência.

Na discussão bioética sobre a criminalização da transmissão do HIV, a autonomia dos parceiros também ocupa papel relevante. De um lado, há que se considerar que o parceiro não positivo para o HIV tem autonomia para decidir sobre o tipo de relação e de risco que pretende correr, e a noção de risco não depende totalmente da informação sobre o estado sorológico do outro. Isso porque, como já foi discutido, a maioria das pessoas que transmiste o HIV o faz em uma fase da infecção em que ainda não tem conhecimento de sua soropositividade, que é logo no início da infecção, quando a infectividade é maior. Portanto, o risco nesse momento é bastante alto, mas não há informação a ser compartilhada. Decidir pelo uso do preservativo somente quando há conhecimento de que o parceiro está infectado não se mostra, pois, como uma prática segura.

No entanto, a autonomia de decidir sobre o tipo de prática sexual que pretende adotar não é a mesma para todos, pois há fatores sociais e de gênero, por exemplo, especialmente em contextos de violência, que tiram do outro a capacidade de decidir, quando a liberdade para tomar a decisão está comprometida por esses fatores de coerção externa.

Essas ponderações sobre autonomia também cabem em relação ao parceiro soropositivo, que deve decidir sobre a revelação do diagnóstico e sobre a adoção de práticas sexuais seguras. Em que medida esse indivíduo dispõe de liberdade, uma das condições para o exercício da autonomia, para decidir sobre essas questões tão sensíveis? Conforme Beauchamp e Childress (94), a liberdade implica a ausência de influências controladoras que determinam a ação do indivíduo. Ainda que se considere, como afirmam esses autores, que não se deve esperar uma liberdade total para se considerar uma

ação como autônoma, é necessário que as pressões externas não sejam tão fortes a ponto de comprometer a liberdade do indivíduo na tomada de decisão.

E nesse ponto, devem ser consideradas as pressões sociais sobre a pessoa vivendo com HIV que inibem a sua capacidade de assumir com mais transparência o seu diagnóstico. O estigma e a discriminação, o medo das consequências da revelação do diagnóstico – principalmente o abandono e rejeição, em alguns casos, violência – são fatores potentes que cerceam a liberdade de escolha do indivíduo. A linha que demarca se uma pressão ou coerção externa é substancial ou não a ponto de comprometer a liberdade ou capacidade de decidir pela conduta moralmente mais correta não é uma linha clara e objetiva. No entanto, é preciso reconhecer que o indivíduo soropositivo, dependendo do contexto social, terá mais ou menos condições de exercer sua autonomia na tomada de decisões frente aos seus parceiros sexuais.

Se moralmente é reconhecida a autonomia e a responsabilidade do indivíduo, soropositivo ou não, de cuidar de si e de fazer as escolhas dentro da sua hierarquia de bens, o sistema jurídico, inclusive o brasileiro, não reconhece a autonomia da pessoa soronegativo de consentir em manter relação sexual desprotegida com um soropositivo, isto é, a autonomia de uma pessoa de concordar manter relações sexuais desprotegidas com um parceiro que ela sabe que é portador do HIV. Aqui, há uma oposição expressa entre as esferas da moralidade e da juridicidade, a primeira pautada na autonomia, e a segunda caracterizada pela heteronomia.

A lei penal brasileira, conforme argumentado por diversos juízes nos casos relatados em capítulo anterior, não admite que a pessoa disponha de sua integridade física, considerada um bem indisponível, o que, portanto, invalida qualquer consentimento dado para o cometimento de ato que viole a sua própria saúde ou vida. Nessa perspectiva, não caberia falar em consentimento para a consumação de relação sexual com parceiro soropositivo sem o uso do preservativo; tal consentimento, ainda que tenha sido dado, seria desprovido de validade jurídica.

Predomina na literatura sobre a criminalização da transmissão sexual do HIV o entendimento de que, quando a relação sexual entre dois adultos é consensual, a pessoa com o HIV não deve ser responsabilizada pela

transmissão. O não reconhecimento da legitimidade do consentimento nessas condições, qualquer que seja a prática sexual adotada, é considerado grave invasão da privacidade e da autonomia de ambos os parceiros. No entanto, o que se entende por consentimento em uma relação sexual entre dois adultos competentes juridicamente? Cabe explicitar esse ponto.

Basicamente, emerge da literatura o reconhecimento da existência de dois tipos de consentimento: um de caráter genérico e um específico (249). Considera-se consentimento genérico o simples fato de ambos os parceiros terem concordado em manter uma relação sexual. Entende-se que as pessoas adultas em nossa sociedade dispõem de informações suficientes sobre os riscos envolvidos em uma relação sexual para fazer as suas escolhas quanto ao grau de risco que estão dispostas a assumir. Elas poderiam simplesmente não praticar sexo, se não quiserem correr qualquer grau de risco; poderiam aceitar se submeter a um pequeno risco, mediante o emprego de medidas de sexo seguro; ou, no outro extremo, poderiam concordar com um alto grau de risco, ao praticarem sexo sem qualquer medida de prevenção. O risco assumido, portanto, independeria do conhecimento sobre o estado sorológico do seu parceiro. A prática da relação sexual e o tipo de prática realizada – com ou sem o preservativo, por exemplo – já seriam indicativos de que a pessoa consentiu correr algum grau de risco.

Já o consentimento específico é aquele em que se considera que ele só existe se for dado a partir do conhecimento de todas as informações relevantes sobre o parceiro sexual, inclusive o estado sorológico para HIV. Esse é o entendimento corrente entre aqueles que defendem a criminalização da transmissão sexual do HIV. Para esses, o uso do preservativo não dispensa da obrigação de revelar o estado sorológico de portador do HIV para o parceiro sexual. Não fazê-lo constitui omissão dolosa e anula o consentimento do parceiro ou o descaracteriza enquanto tal.

Entre essas duas posições, há uma intermediária, que considera que a revelação só se impõe, como forma de preservar a autonomia e a capacidade de escolha do parceiro, quando a pessoa vivendo com HIV não tem meios de garantir o uso do preservativo ou quando ocorre a exposição do parceiro à

infecção, como em caso de rompimento do preservativo no momento do ato sexual.

Apenas a primeira posição – a do consentimento genérico – contempla de forma radical e incondicional a perspectiva da responsabilidade pessoal pela própria saúde de cada um dos parceiros sexuais, que considera que cada pessoa tem o dever de cuidar da própria saúde e detém autonomia para fazer as próprias escolhas em relação à sua saúde. Nessa perspectiva, não apenas as pessoas soropositivas têm responsabilidade de adotar medidas de prevenção, mas todas as pessoas da comunidade têm que ser responsáveis por criar e manter uma comunidade sexualmente segura e socialmente justa (250). Uma pessoa não deveria depender da informação sobre o estado de portador de HIV do seu parceiro para adotar medidas de sexo seguro. Negar validade a seu consentimento em função disso é não reconhecer a sua capacidade e autonomia de fazer as próprias escolhas sobre a sua vida sexual e sobre a sua saúde.

É preciso ainda observar um outro ponto apontado por documento da OMS: a distinção entre não revelação do diagnóstico (omissão da informação) e a falsa informação prestada sobre o estado sorológico. No primeiro caso, não haveria dolo, pois o desconhecimento do estado sorológico não impede que o parceiro faça escolhas válidas no sentido de sua proteção. Já o mesmo não poderia ser dito em relação ao segundo caso, pois aí a escolha será feita com base em informação inverídica, que minimiza o risco envolvido e influencia a decisão, invalidando-a, em função de ser tomada com base em uma fraude (249).

#### **6.1.6. A responsabilidade dos profissionais de saúde**

Além da responsabilidade individual que concerne ao portador do HIV e a qualquer pessoa que se engaja em uma relação sexual consentida, há que trazer para o debate a ética da responsabilidade das instituições, isto é, no presente caso, dos serviços de saúde. Quais são as responsabilidades éticas dos profissionais de saúde em relação à prevenção da transmissão do HIV, com as medidas de prevenção. Como deve ser o agir ético de um profissional

de saúde em relação a um paciente com HIV e aos parceiros sexuais? Quais as suas obrigações de agir e quais são os seus limites?

O discurso do profissional de saúde é o discurso do poder da autoridade, ele possui a legitimidade da autoridade, ele fala em nome do Estado, para zelar pela saúde da população. Assim, qualquer suposta ameaça à saúde da população justifica a ação do Estado, por meio de seus agentes, no caso, os profissionais de saúde. Essa ação contempla medidas para incentivar mudanças de comportamento individual, as quais podem adquirir um caráter paternalista em relação às escolhas relativas aos estilos de vida dos indivíduos, que pode chegar efetivamente a medidas coercitivas. O grau de coercitividade, de um lado, ou de estímulo ou persuasão, por outro, que a ação desses agentes pode comportar no sentido de induzir novos comportamentos é algo a ser questionado, ainda que tais medidas tenham como fundamento a defesa da saúde pública. Essa é uma preocupação ética relevante.

No que diz respeito à confidencialidade e privacidade da pessoa que vive com HIV, há que se discutir e contrapor a responsabilidade dos profissionais de saúde de resguardá-las *versus* a responsabilidade de preservar a saúde do parceiro do paciente, quando há de se questionar se há ou não a imposição da quebra do sigilo em face do risco a que terceiros estejam eventualmente submetidos. No discurso dos profissionais de saúde entrevistados transparece as dúvidas e os conflitos vivenciados em relação à responsabilidade ética de sigilo profissional, se ela é inviolável ou se a quebra do sigilo está justificada ou até mesmo obrigada quando a conduta do paciente coloca em risco a saúde de uma outra pessoa. Essa questão, do campo da deontologia, é particularmente evidenciada em relação ao profissional médico, mas há mais dúvidas que certezas nos discursos dos profissionais.

De acordo com as Diretrizes Internacionais sobre HIV/Aids e Direitos Humanos, a legislação de saúde pública deva autorizar, mas não exigir, que os profissionais de saúde decidam, segundo cada caso individual e levando em conta considerações éticas, revelar ou não a soropositividade do paciente ao parceiro sexual. A decisão de revelar, no entanto, deve ser precedida do trabalho de aconselhamento do paciente para que ele próprio faça a revelação e, apenas quando não houver resposta positiva por parte do paciente, é que o

profissional estaria autorizado a tomar essa iniciativa. O profissional, antes de fazer a revelação, deve se certificar de que o parceiro está realmente em risco de ser infectado e deve notificar o seu paciente de que tomará a iniciativa de comunicar o seu diagnóstico ao parceiro. As diretrizes fazem uma recomendação especial em relação às mulheres soropositivas que correm risco de sofrer violência ou outras consequências negativas em caso de terem sua soropositividade revelada para o parceiro. (125)

Houve, entre os profissionais entrevistados, divergências de opinião quanto à possibilidade ou mesmo obrigatoriedade de que eles possam fazer essa revelação ao parceiro do paciente soropositivo em caso de indícios de risco de transmissão do HIV. Para alguns, essa possibilidade está legalmente vedada, pois vigora na legislação penal e nas normas deontológicas da profissão a obrigatoriedade de confidencialidade e de sigilo por parte dos profissionais, especialmente dos médicos, em relação a seus pacientes. Para outros, ao contrário, quando o paciente está colocando em risco a saúde ou a vida de terceiros, o profissional médico fica obrigado a comunicar essa situação, ainda que isso represente a quebra do sigilo profissional. Entre esses, prevalece o entendimento de que o profissional deve se conduzir de forma ética para proceder à revelação do diagnóstico, adotando condutas em muito semelhantes ao que é preconizado pelas Diretrizes Internacionais sobre HIV/Aids e Direitos Humanos, conforme mencionado anteriormente.

Em geral, as posições majoritárias dos profissionais entrevistados no âmbito desta pesquisa foram no sentido de uma atuação de proteção dos serviços de saúde, evitando-se abordagens impositivas e incriminadoras. No entanto, conforme relatado em algumas entrevistas, a expectativa por resultados rápidos ou a angústia gerada pelos casos resistentes e que colocam em risco o parceiro podem levar a condutas profissionais que não correspondem exatamente a condutas que podem ser consideradas eticamente inquestionáveis, como o uso de ameaças de quebra do sigilo ou mesmo de criminalização, para forçar o paciente a revelar a sua soropositividade ao parceiro.

Esse comportamento extremado é visto com reservas pelos próprios profissionais que o utilizam, sempre identificado como um último recurso, o

que, também, foi relatado em outros estudos (51,251). Percebe-se que alguns profissionais, mesmo considerando a criminalização como uma medida pouco efetiva para o controle da epidemia e que pode gerar consequências negativas, têm-na como uma arma a ser utilizada quando os recursos de aconselhamento e apoio psicológico não são efetivos para promover a mudança de comportamento, ainda que não pretendam chegar a utilizá-la efetivamente, mas apenas como uma possível ameaça de punição. No entanto, esse tipo de medida é eticamente condenável ou, pelo menos, questionável, ainda que a motivação do profissional tenha sido a proteção de um terceiro, o que, em uma ótica utilitarista, poderia ser um comportamento aceito, quando se considera que os fins justificam os meios.

## **6.2. RESPEITO AOS DIREITOS HUMANOS E DEFESA DA SAÚDE PÚBLICA**

Qual a melhor resposta que a sociedade pode dar para o problema da transmissão sexual do HIV? É possível pensar em mudar os comportamentos de risco por meio da educação, persuasão, mediante incentivos positivos ou pela penalização. O espectro de abordagens possíveis é amplo e a decisão a esse respeito deve cotejar os benefícios e danos em termos individuais e coletivos, além de refletir os valores e princípios éticos e sociais vigentes. A partir do entendimento de que as experiências e os padrões de saúde ocorrem em um dado contexto social, cabe refletir sobre o ambiente social mais justo e propício para o desenvolvimento de ações e práticas mais saudáveis.

Considerando que a saúde se desenvolve na esfera individual e na esfera social e que esses dois campos estão interconectados, a definição de uma política de saúde deve levar em conta os interesses e possíveis conflitos existentes entre o espaço privado e o espaço coletivo. É preciso buscar equilibrar os interesses públicos e privados em saúde, de forma a encontrar as soluções sanitárias eticamente mais justas. Uma política pública deve tentar equilibrar o interesse individual, o direito de o indivíduo dispor de um espaço para decidir sobre a sua própria saúde, com o interesse público. Os direitos humanos constituem uma dimensão balizadora indispensável na solução dos possíveis conflitos entre essas duas esferas.

Também do ponto de vista da bioética, os direitos humanos constituem o referencial mínimo a ser observado. Da mesma forma que os direitos humanos concretizam-se e têm expressão no nível do indivíduo e da sociedade, os dilemas bioéticos no âmbito das políticas de saúde também se expressam nessa mesma amplitude, do individual ao coletivo, e, muitas vezes, opondo essas duas esferas da vida humana. A bioética, portanto, tendo os direitos humanos como balizador das políticas públicas, deve transitar de referenciais éticos relativos ao sujeito moral – como a ética das virtudes, a ética axiológica e a ética deontológica, cujo foco é o indivíduo – a referenciais mais voltados para o coletivo – como a ética utilitarista e consequencialista. A discussão bioética não pode colocar o foco unicamente sobre o indivíduo, é preciso incorporar a cultura, as relações sociais, a alteridade. Para avaliar as políticas de saúde sob o prisma da bioética, há que resgatar o indivíduo em sua vulnerabilidade, em seu contexto social.

Segundo postulam Gostin e Mann (252), é preciso dispor de ferramentas que possam ser aplicadas sistematicamente para avaliar o impacto das políticas públicas sobre os direitos humanos e a dignidade humana. Eles argumentam que essa avaliação tem por finalidade responder a uma série de questões de forma a cotejar os benefícios para a saúde com o cumprimento das obrigações relativas ao respeito aos direitos humanos. Para tanto, propõem que sejam analisados os seguintes aspectos das políticas de saúde: 1) objetivos; 2) efetividade; 3) adequação do foco adotado; 4) implicações para os direitos humanos; 5) determinar se a política adota a alternativa o menos restritiva possível para alcançar o objetivo proposto; 6) determinar se a medida coercitiva adotada é de fato a mais efetiva e a menos restritiva; 7) determinar se a medida restritiva é necessária para evitar um risco significativo e se garante procedimentos justos para as pessoas afetadas.

A criminalização da transmissão sexual do HIV é uma resposta no plano jurídico e individual para um problema sanitário. Como tal, cumpre um papel no campo da política de saúde de combate à aids. A avaliação bioética da criminalização enquanto política pública implica discutir as suas possíveis repercussões no plano da saúde e dos direitos humanos, especialmente quando se tem a dimensão do papel dos direitos humanos para a própria

saúde. Seguindo a proposta de Gostin e Mann quanto à avaliação do impacto das políticas de saúde sobre os direitos humanos, devemos começar por identificar os objetivos da criminalização, a sua efetividade e se o foco adotado é o mais adequado.

### **6.2.1. Efetividade da lei penal**

Com relação aos objetivos da criminalização da transmissão sexual do HIV, eles são de ordem individual e social. Um dos objetivos alegados para a criminalização da transmissão sexual do HIV é a defesa da saúde pública, para evitar que novas transmissões do vírus ocorram, segundo consta de diversos textos legais de diferentes países ou instituições (110, 128, 182, 249). A punição penal dos maus comportamentos é vista como uma forma de a sociedade enviar uma mensagem clara de que esse é um comportamento moralmente reprovável. Um segundo objetivo, é o de interromper a transmissão do vírus, retirando-se do convívio social, pelo encarceramento, as pessoas que intencionalmente ou negligentemente estão disseminando o HIV. A pessoa com HIV que não adota as medidas de sexo seguro é vista como grave ameaça social e, em benefício da sociedade, deve ser excluída do convívio com as demais pessoas. Os dois objetivos têm claramente um fundamento na saúde pública, na defesa da saúde coletiva, ameaçada imediata e concretamente pelas práticas sexuais inseguras da pessoa soropositiva e ameaçada pela possibilidade de que, na falta de medidas punitivas, mais pessoas também adotem condutas consideradas de risco. Um terceiro objetivo é simplesmente de ordem penal, quando se busca retribuir, mediante a sanção penal, os indivíduos cujas condutas causaram dano a um bem jurídico protegido pelo Estado, como a saúde ou a vida de outrem.

Definidos os objetivos da lei penal que criminaliza a transmissão sexual do HIV, cabe avaliar a efetividade dessa medida em relação ao objetivo de promover a mudança dos comportamentos que colocam em risco a saúde do parceiro, com vistas a diminuir a transmissão do vírus na população. Os principais objetivos da criminalização da transmissão do HIV é a prevenção, mas o que se tem descrito na literatura é que essa medida tem tido pouco impacto em coibir a disseminação do vírus (249).

Uma das razões para esse baixo impacto da lei penal é o fato de que a maior transmissibilidade do HIV ocorre nas fases iniciais da infecção, período em que, em geral, a pessoa infectada ainda não está ciente do seu próprio diagnóstico (253). Dados do Centro de Controle de Doenças (CDC), dos Estados Unidos, estimam que 25% das pessoas infectadas naquele país não conhecem o seu *status* sorológico e são responsáveis por mais de 70% das transmissões sexuais do HIV (244). Isso é o que, inclusive, tem justificado que os programas de combate à aids insiram como uma de suas principais estratégias de controle da doença, as campanhas de testagem para o HIV, de forma a que se possa realizar o diagnóstico o mais precocemente possível e, assim, possibilitar que medidas de prevenção sejam adotadas mais cedo, evitando-se a transmissão para grande número de pessoas. É sabido que a maior parte das pessoas ao tomar conhecimento da sua soropositividade passa a adotar medidas de sexo seguro (49). Ainda que a lei penal tivesse êxito em coibir práticas de sexo inseguro entre as pessoas vivendo com HIV, o impacto dependeria do número de pessoas que conhecem o seu estado de portadoras do vírus, isto é, dependeria do grau de cobertura de testagem para HIV na população.

Outra razão para a inefetividade da lei penal é que, segundo dados científicos disponíveis, não se tem observado uma associação positiva entre a criminalização da transmissão do HIV e mudança de comportamentos das pessoas que vivem com HIV, seja em termos de aumento da revelação do diagnóstico seja em termos do aumento do uso do preservativo (163,181). Ao contrário, estudo realizado para comparar os comportamentos sexuais entre a população de uma cidade que possui lei que criminaliza a transmissão e a população de outra localidade que não possui lei com esse caráter não mostrou diferenças nos comportamentos sexuais de ambas as populações (181). Os autores do estudo concluíram pela necessidade de cautela em relação à adoção desse tipo de lei e sugeriram a realização de avaliações mais aprofundadas sobre o tema.

Em relação ao papel da lei penal em cortar a transmissão do HIV mediante a exclusão do convívio social da pessoa que, por seu comportamento, está disseminando o HIV, isto é, mediante o encarceramento

do soropositivo considerado culpado por transmitir o HIV, é de se considerar que a medida também não tem efetividade. De fato, não há garantias de que o indivíduo vai mudar o seu comportamento na prisão, ao contrário, o ambiente prisional aumenta a vulnerabilidade pelas condições inseguras em seu interior, onde a violência, a dificuldade de acesso ao preservativo e o compartilhamento de seringas são fatores que contribuem para a disseminação do vírus.

### **6.2.2. Riscos e o princípio da precaução**

Além de não terem sido evidenciados resultados positivos significativos da aplicação da lei penal para saúde pública, há que se prestar atenção especial às considerações feitas por diversos pesquisadores e instituições quanto aos riscos decorrentes de sua aplicação. A possibilidade de consequências negativas – como inibição da testagem, afastamento das pessoas sob maior risco dos serviços de saúde, aumento do estigma e da discriminação contra as pessoas que vivem com HIV – impõe o dever de cautela em relação a esse tipo de lei. Aqui se deve aplicar o princípio da precaução frente ao desconhecido, conforme propugnado pela Bioética de Intervenção, que propõe a aplicação dos chamados 4 “Ps”<sup>15</sup> para o exercício de práticas seguras e responsáveis (254). Na ausência de dados que permitam aferir com segurança o impacto da criminalização da transmissão sexual do HIV sobre a testagem sorológica, que se constitui pedra angular da política de combate à aids, não é recomendável a adoção desse tipo de medida.

Do ponto de vista bioético, os princípios da beneficência e da não maleficência determinam o dever *prima facie* de fazer o bem e evitar causar dano, que devem pautar as condutas individuais e as políticas públicas.

A partir de uma lógica consequencialista, segundo a qual as melhores soluções são aquelas que trazem os maiores benefícios para o maior número de pessoas, pode-se argumentar que a criminalização da transmissão do HIV não é a melhor solução dentro do campo da saúde pública. De um lado, ela não se apresenta como uma medida benéfica em termos de promover a

---

<sup>15</sup> Os 4 “Ps” da bioética de intervenção são os seguintes: *prevenção (de possíveis danos e iatrogenias)*, *precaução (frente ao desconhecido)*, *prudência (com relação aos avanços e “novidades”)* e *proteção (dos excluídos sociais, dos mais frágeis e desassistidos)*. (p. 130) (254)

diminuição da transmissão do HIV, e, de outro lado, ela pode prejudicar segmentos da população que já estão mais vulnerabilizados – as pessoas que vivem com HIV e as pessoas identificadas com grupos socialmente marginalizados, como os gays e as profissionais do sexo. Além de não haver evidências que demonstrem que o uso da lei penal para criminalizar a transmissão sexual do HIV promove mudança de comportamentos, a aplicação da lei penal tem o potencial de minar os esforços da saúde pública, ao desencorajar a testagem para o HIV, uma vez que esse conhecimento passa a ser visto como um fator potencialmente incriminador em um possível processo judicial. Mais uma vez, recomenda-se a adoção do princípio da precaução.

A detecção do HIV é uma das estratégias centrais da saúde pública para o controle da aids, pois, além de permitir o aconselhamento do paciente e a adoção de medidas de prevenção, como o uso do preservativo, permite a instituição do tratamento em fases mais precoces da doença, o que diminui a carga viral e, conseqüentemente, a transmissibilidade. A ameaça de que a ampliação da testagem seja comprometida pelo temor de que o conhecimento do diagnóstico traga implicações de ordem criminal é um forte argumento contrário à política de criminalização da transmissão sexual do HIV.

Alguns importantes estudos epidemiológicos conduzidos mais recentemente (39) evidenciam que uma pessoa sob tratamento adequado e que apresente boa adesão ao tratamento, consegue ter sua carga viral zerada, isto é, indetectável, e, nessas condições, a transmissibilidade do vírus fica bastante reduzida ou, até mesmo, interrompida. Diante disso, ganha importância o estímulo para que mais pessoas realizem os testes para a detecção do HIV, pois assim, é possível introduzir o tratamento antirretroviral o mais precocemente possível e interromper a transmissão, o que repercutirá tremendamente na incidência da doença. O desestímulo à testagem é um fator que compromete a política de prevenção e combate à epidemia.

Diante dessas evidências, é possível dizer que a criminalização da transmissão sexual do HIV é medida contraprodutiva em termos da saúde pública. A detecção e o tratamento são estratégicos para a prevenção do HIV, pois o conhecimento do diagnóstico contribui para a mudança de comportamentos, de forma a prevenir a transmissão do vírus, e a instituição da

terapia antirretroviral reduz a infectividade e a transmissão do vírus (39, 255, 256)

### **6.2.3. Reforço do estigma e da discriminação**

O uso da lei penal para criminalizar a transmissão sexual do HIV pode exacerbar o estigma e a discriminação por uma dupla via. Primeiro, de forma indireta e generalizada, a lei penal pode resultar em danos morais para todas as pessoas que vivem com HIV, ao reacender as antigas representações sociais ligadas à doença e aos seus portadores, identificados como uma ameaça social e com comportamentos socialmente reprovados.

Uma segunda via pela qual a criminalização está associada ao estigma e à discriminação é por meio da sua aplicação seletiva, quando a lei penal incide de forma desproporcional sobre um determinado grupo de indivíduos. Uma das críticas e das preocupações concernentes à criminalização da transmissão do HIV é quanto à seletividade da lei penal. O uso de medidas coercitivas desse tipo carrega em si o risco de se incorrerem em abusos e arbitrariedades contra grupos socialmente marginalizados. Isso foi observado em outros países que apresentaram predominância de casos judiciais contra migrantes, negros e mulheres profissionais do sexo (168,241). Isso não foi verificado nos processos judiciais identificados nas cortes superiores do nosso país, pois não se constatou uma predominância de casos relacionados a esses grupos, ao contrário, praticamente todos os casos diziam respeito a relações estáveis entre homens e suas companheiras.

A seletividade da lei penal é um fenômeno já observado em políticas anteriores desenvolvidas em alguns países que buscaram criminalizar outras doenças contagiosas, como a ocorrida para a sífilis, que, marcadamente, voltou-se contra grupos ou atividades que funcionaram como bodes expiatórios – as mulheres profissionais do sexo, por exemplo – e com a predominância de um clima de moralização social. Alguns autores temem a reedição de tendências desse tipo nas iniciativas de criminalização relacionadas com o HIV. (162)

Esse temor não é descabido, haja vista que, além do precedente já apontado em relação à sífilis, as pessoas portadoras de HIV não são vistas da mesma forma: há aquelas identificadas como “vítimas culpadas”, que, pelos comportamentos desviantes que adotam, são consideradas responsáveis e merecedoras da doença, e há aquelas identificadas como “vítimas inocentes” (7, 162, 241, 257). No primeiro grupo, estão as mulheres profissionais do sexo, os homossexuais e os usuários de drogas, enquanto no segundo, estão as mulheres casadas, as crianças e os hemofílicos.

Uma pergunta a ser feita é se a criminalização da transmissão do HIV não estaria na verdade compondo um dispositivo disciplinar para conter populações vulneráveis, seja em relação à orientação sexual, à prática da prostituição e ao uso de drogas.

Assim, do ponto de vista das implicações para os direitos humanos, a criminalização da transmissão do HIV contribui, por diferentes vias, para a exacerbação do estigma e da discriminação e, portanto, configura uma violação dos direitos humanos. Também na perspectiva de uma prática bioética comprometida com os mais frágeis e a partir da ótica do princípio da proteção, que visa a proteger os mais vulneráveis, a criminalização da transmissão sexual do HIV, ao contribuir para exacerbar o estigma e a discriminação contra grupos já vulnerados, não encontra justificativa bioética para sua implementação, devendo ser combatida.

#### **6.2.4. A produção da verdade: Direito e Medicina**

As dificuldades do sistema jurídico de se apropriar do discurso médico podem resultar em decisões injustas, o que representa novas possibilidades de agravamento do dano à pessoa que vive com HIV.

Apesar de a aids ser, hoje, doença crônica tratável e não ter mais a letalidade apresentada no início da epidemia, a doença ainda causa pânico, estando associada à ideia de morte inexorável, ainda que não seja tão iminente quanto antes. A representação social da aids ligada à ideia de morte permanece no imaginário popular e é a que prevalece no meio jurídico. Isso se pode depreender das decisões judiciais a respeito da transmissão sexual do

HIV, quando os juízes se manifestam pela criminalização, inclusive com a imputação de tipo penal grave, como a tentativa de homicídio, sustentando a tese de que a aids é doença fatal e que só não houve a consumação do “homicídio” devido ao fato de a doença “ainda que não ter completado o seu ciclo”.

Algumas circunstâncias, caso não recebam o devido tratamento quando da aplicação da lei penal, podem significar o cometimento de injustiças, como alguns organismos internacionais têm denunciado. É o caso de certas condições do acusado, que implicam incapacidade de responsabilização pelos próprios atos: idade imatura, ser mentalmente incapaz, não deter conhecimentos sobre os riscos e a forma de infecção etc. Também a existência de circunstâncias ameaçadoras que dificultam a revelação do diagnóstico para o parceiro deve ser considerada, como é o caso das mulheres vítimas de violência doméstica. Em nosso meio, não foram observados problemas dessa ordem nos casos judiciais identificados: todos os casos identificados referiam-se a relações heterossexuais entre parceiros relativamente estáveis, adultos competentes, em que não se evidenciou qualquer circunstância como as apontadas acima.

Em alguns casos, as cortes judiciais parecem reconhecer a necessidade de se considerar o contexto da relação sexual, para julgar quanto à responsabilidade da pessoa soropositivo que não revelou o seu diagnóstico nem adotou medida de prevenção nas relações sexuais com o seu parceiro, revelando que as dificuldades de revelação e de uso de medidas de proteção podem ser relevantes e devem ser consideradas. A seguinte afirmação proferida em julgamento de caso de transmissão sexual do HIV no Canadá demonstra que há espaço nas decisões judiciais para considerações sobre o contexto social da relação, o que é importante para diminuir a ocorrência de decisões injustas:

“the nature and extent of the duty to disclose, if any, will always have to be considered in the context of the particular facts presented.” (p. 14) (249)

Outro ponto diz respeito à interface entre medicina e direito, quando a justiça precisa lançar mão do conhecimento científico das ciências médicas e

biológicas para desvendar, com objetividade e o máximo de precisão possível, a partir de quem a vítima foi infectada pelo HIV, se o quadro clínico do réu poderia colocar a vítima em risco, qual o grau de risco efetivo de cada prática sexual etc. Na produção da verdade, a justiça tem que se apoiar sobre o conhecimento médico. O discurso judiciário, como observa Foucault, repousa sobre a ideia de que

[...] existe uma pertinência essencial entre o enunciado da verdade e a prática da justiça. Ora, acontece que, no ponto em que vêm se encontrar a instituição destinada a administrar a justiça, de um lado, e as instituições qualificadas para enunciar a verdade, do outro, sendo mais breve, no ponto em que se encontram o tribunal e o cientista, onde se cruzam a instituição judiciária e o saber médico ou científico em geral, nesse ponto são formulados enunciados que possuem estatuto de discursos verdadeiros, que detêm efeitos judiciários consideráveis [...] (p.14) (196)

No caso da criminalização da transmissão sexual do HIV, as decisões judiciais deveriam se apoiar em informações técnico-científicas sobre a transmissibilidade do HIV e em dados concretos sobre o caso específico – como as condições clínicas do réu, em função do tratamento recebido, da adesão, da carga viral, além da compatibilidade viral dos envolvidos – que pudessem garantir que o acusado foi, de fato, a fonte da infecção da vítima. Observamos que a prova técnica, tão cara ao direito, não foi produzida ou o foi de forma insuficiente, tendo se mostrado pouco valorizada nos julgamentos trazidos para análise no presente estudo.

Esse não é um aspecto de menor importância, pois essas informações têm poder; elas podem levar a uma decisão pela liberdade de uma pessoa ou pela sua perda. Conforme mencionado anteriormente, na vigência de tratamento adequado, é possível interromper a transmissão do vírus. Além disso, outro dado importante que, se não for considerado, pode levar à imposição de penas bastante restritivas injustamente, é que não se deve sempre concluir *a priori* que a vítima foi infectada pelo parceiro que está sendo acusado.

Ainda que testes mais sofisticados sejam necessários para caracterizar com mais precisão a participação da pessoa que está sendo incriminada na

transmissão do HIV, há outras questões de ordem bioética mais gerais a serem consideradas, como a eticidade de se destinar os já insuficientes recursos para essa finalidade, quando, em muitos países, não há garantia sequer de acesso universal para a testagem sorológica ou para o tratamento antirretroviral.

#### **6.2.5. Poder punitivo: sim ou não?**

Nem tudo o que é reprovável do ponto de vista moral deve ser necessariamente punível por meio de lei. A criminalização excessiva poderia, ao contrário do esperado, causar danos não previstos. Esse é o caso da criminalização da transmissão sexual do HIV.

A norma penal não é o começo da socialização, mas a sua culminação. Não é todo o controle social, nem sequer é sua parte mais importante; é mais propriamente, como diz Muñoz Conde, a parte visível de um iceberg, em que o que não se vê (as outras instâncias formais e informais de controle) é talvez o que realmente importa, mesmo porque a norma penal não cria valores, nem constitui um sistema autônomo de motivação do comportamento humano. (...) Logo, o direito penal – parte da artilharia pesada do Estado – só tem sentido se se considera como continuação de um conjunto de instituições, públicas ou privadas, cuja tarefa consiste, igualmente, em socializar e educar para a convivência os indivíduos, por meio da aprendizagem e da internalização de certas pautas de comportamentos (...). (p.9) (258)

De acordo com Zaffaroni *et al* (147), historicamente, pretendeu-se resolver os problemas sociais, sempre transformados em emergências, mediante o emprego do poder punitivo. Desde o século XII até os dias atuais, as emergências próprias de cada tempo – prostituição, alcoolismo, sífilis, dependência de drogas, destruição ecológica... – têm justificado o nascimento e a permanência das instituições repressoras que, em tempo algum, conseguiram resolver os graves problemas nos quais sempre se apoiaram para ter justificada a sua existência. Segundo esses autores, além de não resolver, a criminalização potencializa os problemas sociais, pois incide de forma desproporcional sobre as pessoas mais vulneráveis ao poder punitivo.

Partindo da falsa idéia da criminalização como um processo natural, sustenta-se a *quimera da solução de gravíssimos problemas sociais* que, na realidade, o direito penal não resolve, mas, ao contrário, em geral potencializa, pois só faz criminalizar alguns casos isolados provocados pelas pessoas mais vulneráveis ao poder punitivo. Este não é um efeito inofensivo do discurso, porque a quimera da solução *neutraliza ou paralisa a busca por soluções reais e eficazes*. (pág. 68) (147) [grifos no original]

No entanto, segundo esses autores, negar a legitimidade do poder punitivo do direito penal e afirmar a sua contenção poderá resultar em perigo para o estado de direito, *pensar no aniquilamento do discurso penal limitativo implica a possibilidade de desaparecimento definitivo do estado de direito* (p.78) (147). Essa mesma preocupação perpassa os envolvidos e afetados direta ou indiretamente pela criminalização da transmissão do HIV, conforme externaram as pessoas que vivem com HV e os profissionais de saúde entrevistados no âmbito desta pesquisa. De um lado, preocupam-se com a inocuidade da criminalização em promover as mudanças de comportamento e com o seu potencial lesivo para os direitos humanos, mas, por outro lado, manifestam dúvidas quanto à sua total eliminação e possíveis consequências.

O reduzido número de casos judiciais sobre a transmissão do HIV corrobora a afirmação de Zaffaroni *et al* (147) de que o poder do direito penal é discursivo, que o exercício direto do poder punitivo é numericamente muito reduzido. E isso, no caso da transmissão do HIV, não parece ser um problema, mas o mal menor.

Pela discussão aqui expendida, pode-se observar que a criminalização da transmissão sexual do HIV faz emergir uma série de conflitos éticos que envolvem a dimensão intersubjetiva – na relação sexual – e a dimensão social, que abrange a rede social concreta do indivíduo afetado e o contexto social mais amplo.

## **CAPÍTULO 7. CONSIDERAÇÕES FINAIS E CONCLUSÕES**

Nestas considerações finais, buscamos sintetizar os principais aspectos bioéticos que envolvem a problemática da criminalização da transmissão sexual do HIV e tecer algumas considerações sobre possíveis abordagens para o problema da transmissão sexual do HIV que estejam mais alinhadas com os preceitos de uma bioética referenciada nos direitos humanos.

Do ponto de vista da bioética, há argumentações que podem favorecer e, outras, contraindicar a criminalização da transmissão sexual do HIV.

De um lado, a transmissão sexual do HIV, quando a pessoa sabe que é portadora do vírus, é um comportamento moralmente reprovável que merece, portanto, a reprovação social. Essa é uma posição praticamente unânime entre os segmentos entrevistados. A responsabilidade individual da pessoa vivendo com HIV é reconhecida e enfatizada, responsabilidade que deve ter consigo mesmo e com o outro. No entanto, como a sociedade vai demonstrar a sua reprovação diante desse tipo de conduta e como vai impor limites é onde reside o grande dilema.

As medidas adotadas por vários juízes de substituição das penas privativas de liberdade por outras restritivas de direitos, como prestação de serviços comunitários ou prestações pecuniárias, parece ser mais razoável, pois minimiza os problemas relativos ao aprisionamento e todo o seu significado – da ótica da saúde pública e da bioética –, ao mesmo tempo em que representa uma clara sinalização da reprovação social quanto à conduta negligente para com o outro.

Em nosso entendimento, os argumentos mais fortes que emergiram da análise e discussão feitas, por serem mais essenciais do ponto de vista bioético, indicam que a criminalização não é uma resposta que atenda nem aos direitos das pessoas vivendo com HIV nem às necessidades da saúde pública, pois ela acarreta danos às pessoas e compromete as estratégias das políticas públicas de enfrentamento da epidemia.

Em relação à pessoa vivendo com HIV e aos seus parceiros sexuais, a criminalização da transmissão sexual do HIV não respeita:

1. o princípio da não-discriminação e não-estigmatização da pessoa vivendo com HIV;
2. a autonomia e o consentimento dos parceiros sexuais;
3. o direito ao sigilo do diagnóstico e à privacidade da pessoa vivendo com HIV;
4. o reconhecimento da vulnerabilidade da pessoa vivendo com HIV e a garantia de condições que minimizem as condições de vulnerabilidade;
5. a igualdade entre os parceiros sexuais e a mútua responsabilidade por sua saúde e escolhas sexuais.

Do ponto de vista da saúde pública, os dados levantados e a análise e discussão feitas puderam explicitar que existem mais razões a contraindicar a criminalização do que a aprovar. Mesmo quando não há dados disponíveis consistentes, como no caso de possíveis impactos negativos sobre a testagem sorológica, o princípio da precaução recomenda que não se adote uma política para a qual não se tenha razoável segurança de que não provocará malefícios para os indivíduos ou para a saúde pública.

O aprisionamento de uma pessoa vivendo com HIV, em termos de saúde pública, não é medida adequada para a finalidade de interrupção da cadeia de transmissão do vírus, uma vez que o mero isolamento social, com o confinamento da pessoa à prisão, não fará com que ela mude o seu comportamento. Pelo contrário, há mais chances de ela incorrer em comportamentos inseguros, pois essa medida implica o agravamento das suas condições de vulnerabilidade. A experiência brasileira é de inexistência ou não efetividade das políticas públicas voltadas para a população carcerária. Assim, não é de se esperar que haja uma atenção adequada, seja preventiva seja assistencial, para a pessoa vivendo com HIV que ingressa no estabelecimento prisional.

Estudos têm demonstrado que as prisões são espaços onde a propagação da epidemia ocorre em patamares elevados, muitas vezes com

taxas superiores às observadas nas populações tradicionalmente mais vulneráveis. Dados disponíveis mostram prevalências de HIV nas prisões que oscilam entre 5% até 15% ou mais em algumas localidades (259), corroborando o argumento de que o confinamento não elimina a transmissão do HIV, tanto internamente, dentro dos próprios estabelecimentos prisionais, quanto para fora deles, na medida em que muitos presos têm direito a visita íntima e, muitas vezes, não lhes são providos os meios de prevenção.

Portanto, do ponto de vista individual, o encarceramento da pessoa vivendo com HIV compromete a sua condição de saúde e aumenta a vulnerabilidade; do ponto de vista da saúde pública, não é medida capaz de impedir a transmissão do vírus.

No entanto, permanece a questão de o que fazer para enfrentar o problema da transmissão sexual do HIV pelas pessoas que já conhecem o seu *status* sorológico e, mesmo assim, não adotam medidas de prevenção.

Na perspectiva da bioética referenciada nos direitos humanos, uma política pública justa é aquela que reconhece a vulnerabilidade das pessoas vivendo com HIV e a responsabilidade social de prover um ambiente social inclusivo e não discriminatório, que garanta as condições materiais e imateriais para a sua realização enquanto pessoa humana.

No caso da aids, vislumbramos duas formas efetivas e bioeticamente corretas de atuar na defesa dos interesses individuais e coletivos: 1) por meio da efetivação do direito à saúde em todas as suas dimensões; 2) pelo empoderamento da pessoa vivendo com HIV, para enfrentar e superar o estigma e a discriminação, bem como as condições de vulnerabilidade. Ambas as formas não são excludentes, mas complementares.

A efetivação do direito à saúde, além de se harmonizar com os direitos humanos, constitui a própria concretização desses direitos. Não existe fórmula mágica, aqui, apenas o aprofundamento das políticas públicas brasileiras que têm como princípios a universalidade do acesso e a integralidade da atenção.

A percepção das pessoas vivendo com HIV e dos profissionais de saúde apontaram falhas e lacunas que precisam ser sanadas, tanto no tocante ao estigma e à discriminação existente dentro dos próprios serviços, até prestação

de serviços e ações de saúde com mais qualidade. Ampliar o que já se faz, e fazer melhor, é o desafio: testagem sorológica, tratamento adequado para todos, insumos de prevenção, acesso ao pré--natal, reprodução assistida para os casais que querem ter filhos, tratamento de outras DST etc. A garantia do sigilo do diagnóstico e da confidencialidade dentro dos serviços de saúde nem sempre é garantida, devido, muitas vezes, aos fluxos e formas de organização que expõem a pessoa vivendo com HIV, conforme referido por alguns participantes da pesquisa.

Além de expandir e fazer com mais qualidade as ações já incluídas na política de combate à aids, o País deve dar passos concretos para sair da situação de estabilização da epidemia e de aumento de casos na população de jovens homossexuais. Frente a esse quadro e à existência de casos de criminalização da transmissão sexual do HIV, que, indiscutivelmente, ferem os direitos humanos, a medida Teste-Trate, preconizada pela OMS e discutida no primeiro capítulo, torna-se uma possibilidade a ser considerada com certa urgência. Ao menos, é preciso abrir essa discussão, pois essa medida, ainda que possa trazer inconvenientes para as pessoas vivendo com HIV e envolver óbices bioéticos – como efeitos adversos, tratamento por tempo mais prolongado que o necessário, terapêutica sem indicação clínica –, pode significar também uma proteção para essas pessoas, em relação à criminalização e a problemas relativos ao estigma e à própria sexualidade e às relações afetivas, além de ser uma medida positiva do ponto de vista da saúde pública.

A bioética como disciplina teórica e prática, deve abrir canais de reflexão e de intervenção, para que as medidas mais efetivas e eticamente corretas sejam adotadas.

A segunda alternativa que propomos à criminalização, na perspectiva da bioética, é o empoderamento dos sujeitos, categoria adotada pela Bioética de Intervenção como uma ferramenta epistemológica. Segundo Garrafa (260),

a idéia de empoderamento dos sujeitos individuais, vulnerabilizados em decorrência do processo histórico e da característica cultural das sociedades nas quais estão inseridos, perpassa o todo social, atuando como elemento capaz de amplificar as vozes dos segmentos alijados do

poder de decisão, e promovendo sua inserção social. (p. 126) (260)

Essa definição condensa e liga os aspectos do empoderamento individual com as questões sociais estruturais e estruturantes, como a cultura. O empoderamento, como a própria palavra evoca, diz respeito ao poder, poder para o exercício da autonomia em conexão indissociável com a responsabilidade. Essas, como discutido anteriormente, são questões-chave para a problemática da criminalização da transmissão sexual do HIV. Empoderar, como afirma Garrafa, significa ter condições de atender ao mesmo tempo à *moralidade social, às normas legais, aos desejos, necessidades e vontades do indivíduo* (p.127) (260), tendo em conta o Outro, configurado como outro ser humano ou outro tipo de vida.

A responsabilidade moral frente ao outro nas relações de parceria sexual foi indiscutivelmente reconhecida, mas foram identificados, também, fortes obstáculos ao exercício da autonomia em conexão com essa responsabilidade, em face dos contextos de vulnerabilidade, de estigma e de discriminação. Daí a necessidade de trabalhar o empoderamento do indivíduo.

Mas a bioética de intervenção vai mais além e propõe também, como ferramentas epistemológicas, a partir da obra de Paulo Freire, a libertação e a emancipação, entendendo que essas categorias apontam já, de imediato, para uma tomada de posição em prol do lado mais frágil, do mais oprimido. Cabe lembrar, aqui, a proposta formulada por Paiva (261) e Seffner *et al* (262) de trabalhar um programa de educação para a prevenção do HIV/Aids dentro da concepção da pedagogia problematizadora e crítico-participativa de Paulo Freire, em um processo de construção do conhecimento vinculado ao projeto de vida de cada indivíduo, que permita configurar um projeto emancipatório pessoal, que é *um projeto simultaneamente individual e coletivo* (p. 18) (262).

Creemos que esse tipo de reflexão deve embasar as intervenções dos serviços de saúde, para que elas possam contribuir para a efetivação da autonomia aliada à responsabilidade, que, segundo entendemos, na mesma linha de Seffner *et al* (262), constitui uma permanente negociação entre atores.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. Organização das Nações Unidas para a educação, a ciência e a cultura (UNESCO). *Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos*. Paris, 19 de outubro de 2005 (tradução brasileira de responsabilidade da Cátedra Unesco de Bioética da Universidade de Brasília). Disponível em: [www.bioetica.catedraunesco.org.br](http://www.bioetica.catedraunesco.org.br) Acesso em 8/10/2009
2. Maksud I. O discurso da prevenção da Aids frente às lógicas sexuais de casais sorodiscordantes: sobre normas e práticas. *Revista de Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, 19 [ 2 ]: 349-369, 2009.
3. Spink MJ. *Linguagem e produção de sentidos no cotidiano*. Rio de Janeiro : Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2010. Disponível em: [www.bvce.org](http://www.bvce.org) Acesso em 23/09/ 2011.
4. Altman D. *Poder e Comunidade: respostas organizacionais e culturais à AIDS*. [tradução, Hugo S.Melo] Rio de Janeiro: Relume-umará:ABIA:IMS/UERJ, 1995. 220p.
5. Epstein, Steven. *Impure Science: AIDS, activism and the politics of knowledge*. Berkeley: University of California Press. 1996.
6. World Health Organisation. *AIDS Prevention Through Health Promotion: facing sensitive issues*. Geneva: WHO. 1991.
7. Camargo Jr KR. *As ciências da AIDS & a AIDS das ciências: discurso médico e a construção da AIDS*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará: ABIA: IMS, UERJ, 1994.
8. Joint United Nations Programme on HIV/AIDS (UNAIDS). *Global report: UNAIDS report on the global AIDS epidemic 2012*. WHO Library Cataloguing-in-Publication Data, 2012.
9. Brasil. Ministério da Saúde (Brasil), Secretaria de Vigilância à Saúde, Programa Nacional de DST e Aids. *Boletim Epidemiológico Aids e DST*, Ano VIII - nº 1 - 27ª a 52ª - semanas epidemiológicas - julho a dezembro de 2010 e Ano VIII - nº 1 - 01ª a 26ª - semanas epidemiológicas - janeiro a junho de 2011. Brasília: Ministério da Saúde, 2012.
10. Kerr L. *Comportamento, atitudes, práticas e prevalência de HIV e sífilis entre homens que fazem sexo com homens (HSH) em 10 cidades brasileiras*. Relatório técnico entregue ao Departamento de DST, AIDS e Hepatites Virais, 2009.
11. Bastos FI. *Taxas de infecção de HIV e sífilis e inventário de conhecimento, atitudes e práticas de risco relacionadas às infecções sexualmente*

*transmissíveis entre usuários de drogas em 10 municípios brasileiros*. Relatório técnico entregue ao Departamento de DST, Aids e Hepatites Virais, 2009.

12. Szwarcwald C L. *Taxas de prevalência de HIV e sífilis e conhecimento, atitudes e práticas de risco relacionadas às infecções sexualmente transmissíveis nos grupos das mulheres profissionais do sexo, no Brasil*. Relatório técnico entregue ao Departamento de DST, Aids e Hepatites Virais, 2009.

13. Brito AM, Castilho EA & Szwarcwald CL. AIDS e infecção pelo HIV no Brasil: uma epidemia multifacetada. *Revista da Sociedade Brasileira de Medicina Tropical* 34(2): 207-217, mar-abr, 2000.

14. Reis CT, Czeresnia D, Barcellos C & Tassinari WS. A interiorização da epidemia da HIV/AIDS e o fluxo intermunicipal de internação hospitalar na Zona da Mata, Minas Gerais, Brasil: uma análise espacial. *Cad. Saúde Pública* vol.24 nº 6, Rio de Janeiro, 2008.

15. Szwarcwald CL, Bastos FI, Esteves MAP & Andrade CLT. A disseminação da epidemia da aids no Brasil, no período de 1987-1996: uma análise espacial. *Cad. Saúde Pública*, Rio de Janeiro, 16(Sup. 1): 7-19, 2000.

16. Szwarcwald C L. *et al.* HIV-related risky practices among Brazilian Young men, 2007. *Cad. Saúde Pública*, Rio de Janeiro, 27 Sup 1:S19-S26, 2011.

17. Saffioti HIB & Almeida SS. *Violência de gênero – poder e impotência*. Rio de Janeiro: Revinter, 1995.

18. Dâmaso R. AID'Ética: a AIDS da Ética. *In: Czeresnia D et al (Orgs.). AIDS: Ética, Medicina e Biotecnologia*. São Paulo – Rio de Janeiro : Editora HUCITEC : ABRASCO, 1995.

19. Coates TJ, Richter L & Cáceres C. Behavioural strategies to reduce HIV transmission: how to make them work better. *Lancet* 372:669-84, 2008.

20. Padian NS, Buvé A, Balkus J, Serwadda D & Cates Jr, W. Biomedical interventions to prevent HIV infection: evidence, challenges, and way forward. *Lancet* 372: 585–99, 2008.

21. Gupta GR, Parkhurst JO, Ogden JA, Aggleton P & Mahal A. Abordagens estruturais para a prevenção do HIV. *The Lancet HIV Prevention – August*, 2008.

22. McCoy SI, Fikree FF & Padian NS. What Will it Take to Prevent HIV? Constructing an Effective Prevention Program. *Disease Control Priorities Project*. Fevereiro de 2009. In: [www.dcp2.org](http://www.dcp2.org) Acesso em 13/02/2010

23. Chequer P. A Prevenção da Infecção pelo HIV e as Novas Tecnologias. *Tempus Actas de Saúde Coletiva*, v. 4, n. 2 (2010).

24. Blair JM, McNaghten AD, Frazier EL *et al.* Clinical and behavioral characteristics of adults receiving medical care for HIV infection - Medical

Monitoring Project, United States, 2007. *MMWR Surveill Summ*. 2011 Sep 2; 60(11):1-20.

25. Weinhardt LS, Kelly JA, Brondino MJ, *et al.* HIV transmission risk behavior among men and women living with HIV in 4 cities in the United States. *J Acquir Immune Defic Syndr*. 2004 Aug 15;36(5):1057-66.

26. Crepaz N, Marks G, Liao A, Mullins MM, Aupont LW, Marshall KJ, Jacobs ED, Wolitski RJ. Prevalence of unprotected anal intercourse among HIV-diagnosed MSM in the United States: a meta-analysis. *AIDS*. 2009 Aug 24;23(13):1617-29.

27. Guimarães K, Godoi AMM, Mércan–Hamann E, Andrade JMJ. (2003) *Avaliação da Efetividade das Ações de Prevenção Dirigidas às Profissionais do Sexo*. (Série Estudos Pesquisas e Avaliação) Brasília: Ministério da Saúde.

28. Charania MR, Crepaz N, Guenther-Gray C *et al.* Efficacy of Structural-Level Condom Distribution Interventions: A Meta-Analysis of U.S. and International Studies, 1998–2007. *AIDS Behav*. DOI 10.1007/s10461-010-9812-y. Published online: 01 October 2010.

29. Brasil. Ministério da Saúde (Brasil), Secretaria de Vigilância à Saúde, Programa Nacional de DST e Aids. Pesquisa de conhecimento, atitudes e práticas na população brasileira (PCAP). Brasília : Ministério da Saúde, 2011.

30. Quinn TC, Wawer MJ, Sewankambo N *et al.* Viral load and heterosexual transmission of human immunodeficiency virus type 1. Rakai Project Study Group. *N Engl J Med* 2000;342(13):921-9.

31. Sperling RS, Shapiro DE, Coombs RW *et al.* Maternal viral load, zidovudine treatment, and the risk of transmission of human immunodeficiency virus type 1 from mother to infant. Pediatric AIDS Clinical Trials Group Protocol 076 Study Group. *N Engl J Med* 1996;335(22):1621-9.

32. Ives NJ, Gazzard BG & Easterbrook PJ. The Changing Pattern of AIDS-defining Illnesses with the Introduction of Highly Active Antiretroviral Therapy (HAART) in a London Clinic. *Journal of Infection*, Volume 42, Issue 2, p. 134-139.

33. Sepkowitz KA. Effect of HAART on natural history of AIDS-related opportunistic disorders. *Lancet*. 24;351(9098): 1998, 228-30.

34. Hoffmann, C, Tabrizian, S, Wolf, E *et al.* Survival of AIDS patients with primary central nervous system lymphoma is dramatically improved by HAART-induced immune recovery. *AIDS*: Volume 15 - Issue 16, 2001, pp 2.119-2.127.

35. Chun TW, Davey RT Jr, Engel D, Lane HC & Fauci AS. Re-emergence of HIV after stopping therapy. *Nature*, 1999, 401:874-5.

36. Devereux HL, Youle M, Johnson MA & Loveday C. Rapid decline in detectability of HIV-1 drug resistance mutations after stopping therapy. *AIDS*

13, 1999, p.123-7. In: <http://amedeo.com/lit.php?id=10630517> Acesso em 24/03/2009

37. Patroclo MAA & Medronho RA. Evolução da contagem de células T CD4+ deportadores de AIDS em contextos socialmente desiguais. *Cad. Saúde Pública*, Rio de Janeiro, 23(8):1955-1963, ago, 2007.

38. Cohen MS, Chen YQ, McCauley M *et al.* Prevention of HIV-1 Infection with Early Antiretroviral Therapy. *N Engl J Med* 2011; 365:493-505 August 11, 2011.

39. Vernazza P *et al.* Seropositive people that do not have any other STI and are following an effective regime of ARVs are uninfected through sexual contact. *Swiss Medical Bulletin* 89 (5), 2008.

40. Donnell D, Baeten JM, Kiarie J, Thomas KK, Stevens W, Cohen CR, McIntyre J, Lingappa JR, Celum C. Heterosexual HIV-1 transmission after initiation of antiretroviral therapy: a prospective cohort analysis. *The Lancet*, Volume 375, Issue 9731, Pages 2.092 – 2.098, 12 June 2010.

41. Dodds PJ, Garnett GP & Hallett TB. Examining the promise of HIV elimination by 'test and treat' in hyperendemic settings. *AIDS*, Vol.24 - Issue 5, 2010, p 729–735.

42. Marins JRP. Acesso universal aos ARV hoje, uma prioridade mais do que nunca! *Revista Tempus Actas em Saúde Coletiva*. Vol. 4, Nº 2, 2010, p.75-87.

43. Cohen T & Corbett EL. Test and treat in HIV: success could depend on rapid detection. *The Lancet*, Volume 378, Issue 9787, p. 204 - 206, 16 July 2011.

44. Sorensen SW, Sansom SL, Brooks JT *et al.* A Mathematical Model of Comprehensive Test-and-Treat Services and HIV Incidence among Men Who Have Sex with Men in the United States. *PLoS One*. 2012; 7(2): e29098. Published online 2012 February 10. doi: 10.1371/journal.pone.0029098 Acesso em 24/03/2010

45. Macklin R & Cowan E. Given financial constraints, it would be unethical to divert antiretroviral drugs from treatment to prevention. *Health Affairs*, 31, nº 7, 2012, 1537-1544.

46. Marks G, Crepaz N & Janssen RS. Estimating Sexual Transmission of HIV From Persons Aware and Unaware that They Are Infected with the Virus in the USA, *AIDS* Vol. 20; Nº 10: P. 1447-1450, 2006.

47. Glynn M & Rhodes P. *Estimated HIV Prevalence in the United States at the End of 2003*. National HIV Prevention Conference, Centers for Disease Control, Atlanta, GA, 2005.

48. MacKellar D.A., Valleroy L.A., Secura G.M., *et al.* Unrecognized HIV Infection, Risk Behaviors, and Perceptions of Risk Among Young Men Who Have Sex with Men. *JAIDS* 38(5): 603-614, 2005.

49. Marks G, Crepaz N, Senterfitt JW & Janssen RS. Meta-Analysis of High-Risk Sexual Behavior in Persons Aware and Unaware They Are Infected With HIV in the United States *Journal of Acquired Immune Deficiency Syndromes*. 2005, Vol. 39; No. 4: p. 446-453.
50. Nascimento VLV. *Contar ou não contar: a revelação do diagnóstico pelas pessoas com HIV/aids*. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2002.
51. Silva NEK & Ayres JRJM. Estratégias para comunicação de diagnóstico de HIV a parceiros sexuais e práticas de saúde. *Cad. Saúde Pública*, Rio de Janeiro, 25(8):1797-1806, ago, 2009.
52. Dias EAC *et al*. Avaliação das Vicissitudes do atendimento de pacientes HIV+ em psicoterapia de grupo. *Insight*, 1996, p.16-20.
53. Holt R, Court P, Vedhara K, Nott KH, Holmes J & Snow MH. The role of disclosure in coping with HIV infection. *Aids Care*, 10, 2004, 49-60.
54. King R, Katuntu D, Lifshay J, Packel L *et al*. Processes and outcomes of HIV serostatus disclosure to sexual partners among people living with HIV in Uganda. *AIDS Behav*. 2008 Mar;12(2):232-43.
55. Seidl EMF, Zannon CMLC & Tróccoli BT. Pessoas que vivem com HIV/Aids: enfrentamento, suporte social e qualidade de vida. *Psicologia: reflexão e crítica*. 2005 Aug; 18(2): 188-195.
56. Norman A, Chopra M & Kadiyala S. Factors related to HIV disclosure in two South African communities. *Am J Public Health*. 2007 Oct;97(10):1775-81.
57. Sullivan K, Voss J & Li D. Female disclosure of HIV-positive serostatus to sex partners: a two-city study. *Women Health*. 2010 Sep;50(6):506-26.
58. Holt M, Rawstorne P, Worth H, Bittman M, Wilkinson J & Kippax S. Predictors of HIV disclosure among untested, HIV-negative and HIV-positive Australian men who had anal intercourse with their most recent casual male sex partner. *AIDS Behav*. 2011 Aug;15(6):1128-39.
59. Kalichman SC & Nachimson D. Self-efficacy and disclosure of HIV-positive serostatus to sex partners. *Health Psychol*. 1999 May;18(3):281-7.
60. Sullivan KMJ. Male self-disclosure of HIV-positive serostatus to sex partners: a review of the literature. *Assoc Nurses AIDS Care*. 2005 Nov-Dec;16(6):33-47.
61. Wong LH, Rooyen HV, Modiba P, Richter L, Gray G, McIntyre JA, Schetter CD & Coates T. Test and tell: correlates and consequences of testing and disclosure of HIV status in South Africa. *J Acquir Immune Defic Syndr*. 2009 Feb 1;50(2):215-22.
62. Brou H, Djohan G, Becquet R, Allou G, Ekouevi DK, Viho I, Leroy V, Desgrées-du-Loû A; ANRS 1201/1202/1253 Ditrane Plus Study Group. When

do HIV-infected women disclose their HIV status to their male partner and why? A study in a PMTCT programme, Abidjan. *PLoS Med.* 2007 Dec;4(12):e342.

63. Mucheto P, Chadambuka A, Shambira G, Tshimanga M, Gombe N, Nyamayaro W Pan Determinants of nondisclosure of HIV status among women attending the prevention of mother to child transmission programme, Makonde district, Zimbabwe, 2009. *Afr Med J.* 2011;8:51. Epub 2011 Apr 30.

64. Ammassari A, Trotta MP, Murri R, Castelli F & Narciso P. Correlates and predictors of adherence to highly active antiretroviral therapy: overview of published literature. *Journal of Acquired Immune Deficiency Syndromes*, 31(3), 2002,123-127.

65. Strachan ED, Bennet WRM, Russo J & Roy-Byrne PP. Disclosure of HIV status and sexual orientation independently predicts increased absolute CD4 cell counts over time for psychiatric patients. *Psychosomatic Medicine*, 69, 2007, 74-80.

66. Herrera C, Campero L, Caballero M & Kendall T. Relación entre médicos y pacientes con VIH: influencia en apego terapéutico y calidadde vida. *Rev Saúde Pública*, 42(2), 2008, 249-55.

67. Carvalho CV. *Adesão ao tratamento anti-retroviral em Brasília-DF, 2006-2007*. Tese de Doutorado em Saúde Coletiva. Pós-Graduação em Ciências da Saúde, Universidade de Brasília. Brasília, 2008.

68. Titilope AA, Adediran A, Umeh C, Akinbami A, Unigwe O & Akanmu AS. Psychosocial Impact of disclosure of HIV Serostatus in heterosexual relationship at the Lagos University teaching Hospital, Nigeria. *Niger Med J.* 2011 Jan; 52(1):55-59.

69. Shehan, C. L., Uphold, C. R., Bradshaw, P., Bender, J., Arce, N. & Bender, B. (2005). To tell or not to tell: men's disclosure of their HIV-positive status to their mothers. *Family Relations*, 54 (2), 184-196.

70. Cole, S. W., Kemeny, M. E. & Taylor, S. E. Accelerated course of human immunodeficiency virus infection in gay men who conceal their homosexual identity. *Psychosomatic Medicine*, 58, 1996, 219-231.

71. Mason HRC, Marks G, Simoni JM, Ruiz MS & Richardson JL. Culturally sanctioned secrets? Latino men's nondisclosure of HIV infection to family, friends and lovers. *Health Psychology*, 14 (1), 1995. 6-12.

72. Garrafa V. Multi-inter-transdisciplinaridade, complexidade e totalidade concreta em bioética. In: Garrafa V, Kottow M & Saada A (Orgs.) *Bases Conceituais da Bioética: enfoque latino-americano*. São Paulo : Gaia/Unesco, 2006. 73-86.

73. Durand G. *Introdução Geral à Bioética: história, conceitos e instrumentos*. 3ª edição. São Paulo: Centro Universitário São Camilo; Loyola, 2010.

74. Saada A. Prólogo. In: Tealdi.J. (Dir.) *Diccionario Latinoamericano de Bioética*. Bogotá: UNESCO - Red Latinoamericana y del Caribe de Bioética: Universidad Nacional de Colombia, 2008.
75. Assembleia Geral das Nações Unidas. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Resolução 217 A (III), em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: [http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis\\_intern/ddh\\_bib\\_inter\\_universal.htm](http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm)  
Acessado em 15/11/2010.
76. Sarlet IW. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, I.W. (Org.) *Dimensões da Dignidade: Ensaio de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. 2ª ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.
77. Häberle P. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: Sarlet IW (Org.) *Dimensões da Dignidade: Ensaio de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. 2ª ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.
78. Seelman K. Pessoa e dignidade da pessoa humana na filosofia de Hegel. In: Sarlet IW (Org.) *Dimensões da Dignidade: Ensaio de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. 2ª ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.
79. Maurer B. Notas sobre o respeito da dignidade humana... ou pequena fuga incompleta e torno de um tema central. In: Sarlet IW (Org.) *Dimensões da Dignidade: Ensaio de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. 2ª ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.
80. Kant I. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. São Paulo: Discurso Editorial, 2009.
81. \_\_\_\_\_. *Introdução ao Estudo do Direito: Doutrina do Direito*. [Tradução Edson Bini.] Bauru, SP: EDIPRO, 2007.
82. Santos BS. Para uma Concepção Multicultural dos Direitos Humanos. *Contexto internacional*, Rio de Janeiro, vol. 23, nº1, jan/jun, 2001, pp. 7-34.
83. Vespieren P. *De la dignité humaine* [conferência pronunciada na Universidade de Montréal], 1996, *apud* Durand G, *Introdução Geral à Bioética. História, conceitos e instrumentos*. Editora do Centro Universitário São Camilo e Edições Loyola, São Paulo, 2003.
84. Arendt H. *A Condição Humana*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.
85. Andorno R. A noção paradoxal de dignidade humana. *Revista Bioética*, 2009, 17 (3): 435-449.
86. Macklin R. Dignity is a Useless Concept. *BMJ* 327 (2003): 1419-1420.

87. Taylor C. *Multiculturalism: examining the politics of recognition*. NJ: Princeton University Press, 1994.
88. Honneth A. *Luta por reconhecimento: A gramática moral dos conflitos sociais*. São Paulo : Editora 34, 2003.
89. Oliveira AAS. *A interface entre bioética e direitos humanos: perspectiva teórica, institucional e normativa*. Tese de Doutorado em Bioética, Programa de Pós-Graduação em Ciências da Saúde. Universidade de Brasília, Brasília. 286p
90. Dworkin R. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. São Paulo : Martins Fontes, 2003.
91. Andorno R. Global bioethics at UNESCO: in defence of the Universal Declaration on Bioethics and Human Rights. *J Med Ethics*. 2007 March; 33(3): 150–154.
92. Garrafa V & Porto D. Bioética de Intervenção. *In: Tealdi, J.C.(Org.) Dicionario latinoamericano de bioética*. Bogotá: UNESCO - Red Latinoamericana y del Caribe de Bioética: Universidad Nacional de Colombia, 2008. pp. 161-164.
93. Tealdi JC. Bioética de los Derechos Humanos. *In: Tealdi, J.C.(Org.) Dicionario latinoamericano de bioética*. Bogotá: UNESCO - Red Latinoamericana y del Caribe de Bioética: Universidad Nacional de Colombia, 2008. pp. 177-180.
94. Beauchamp TL & Childress JF. *Princípios de ética biomédica*. São Paulo: Edições Loyola. 2002. 574p.
95. Andorno R. Human Dignity and Human Rights as a Common Ground for a Global Bioethics. *J Med Philos* (2009) 34 (3): 223-240.
96. Knowles LP. The Lingua Franca of Human Rights and the Rise of a Global Bioethic. *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics* (2001), **10**, 253–263.
97. Bobbio N. *A era dos direitos*. 9. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
98. Cançado Trindade AA. *Desafios e conquistas do direito internacional dos direitos humanos no início do século XXI*. XXXIII Curso de Direito Internacional Organizado pela Comissão Jurídica Interamericana da OEA, Rio de Janeiro, 18 e 21-22 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.oas.org/dil/esp/407-490%20cancado%20trindade%20OEA%20CJI%20%20.def.pdf> Acesso em 13/10/2011.
99. Assembléia Geral das Nações Unidas. *Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. Resolução 2200A (XXI) da Assembléia Geral das Nações Unidas, de 16 de Dezembro de 1966. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/Internet/comissao/index/perm/cdh/Pidesc%20-%20Relat%C3%B3rio%20Final.html> Acesso em 23/11/2012.

100. VanderPlaats M. Human Rights: a perspective for public health. *Saúde e Direitos Humanos*. Ano 1, número 1, 2004, p. 19-25.
101. Mann JM. Medicine and Public Health, Ethics and Human Rights. In: Mann JM, Gruskin S, Grodin MA & Annas GJ (Orgs.). *Health and human rights: a reader*. New York, London : Routledge, 1999. pp. 439-452.
102. Mann JM, Gostin L, Gruskin S, Brennan T, Lazzarini Z & Fineberg H. Health and Human Rights. In: Mann JM, Gruskin S, Grodin MA & Annas GJ (Orgs.). *Health and human rights: a reader*. New York, London : Routledge, 1999. pp. 7-20.
103. Annas GJ. The impact of health policies on human rights: AIDS and TB control. In: Mann JM, Gruskin S, Grodin MA & Annas GJ (Orgs.). *Health and human rights: a reader*. New York, London: Routledge, 1999. pp. 37-45.
104. International Federation of Red Cross and Red Crescent Societies and François-Xavier Bagnoud Center for Health and Human Rights. Human Rights: An Introduction. In: Mann JM, Gruskin S, Grodin MA & Annas GJ (Orgs.). *Health and human rights: a reader*. New York, London : Routledge, 1999. pp. 21-28.
105. Gruskin S & Tarantola D. Um panorama sobre saúde e direitos humanos. In: Paiva V, Ayres Jr & Buchalla CM (Orgs.). *Vulnerabilidade e direitos humanos: prevenção e promoção da saúde*. Livro I. Curitiba: Juruá, 2012. pp. 23-41.
106. Goffman E. *Estigma: notas sobre manipulação da identidade deteriorada*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1980.
107. Scambler G. (1998) Stigma and disease: changing paradigms. *The Lancet*, Vol. 352, September 26: 1054-1055.
108. Hinshaw SP. *The Mark of Shame: Stigma of Mental Illness and an Agenda for Change*. New York: Oxford University Press, 2007
109. Watson AC & Corrigan PW. *The Impact of Stigma on Service Access and participation: a guideline developed for the Behavioral Health Recovery Management project*. University of Chicago Center for Psychiatric Rehabilitation. In: <http://www.bhrm.org/guidelines/stigma.pdf> Acesso em 10/10/2010
110. Joint United Nations Programme on HIV/AIDS (UNAIDS). *HIV-related stigma, discrimination and human rights violations: case studies of successful programmes*. UNAIDS Best Practice Collection, 2005.
111. Link BG & Phelan JC. Conceptualizing Stigma. *Annual Review of Sociology*. 27, 2001, 363–385.

112. Sayce L. Stigma, discrimination and social exclusion: what's in a word. *J. Mental Health* 7: 331–43, 1998, *apud* Link BG & Phelan JC. Conceptualizing Stigma. *Annual. Review of Sociology*. 27, 2001, 363–385.
113. Arboleda-Floréz J & Sartorius N (Org.) *Understanding the Stigma of Mental Illness: Theory and Interventions*. England: John Wiley & Sons Ltd, 2008.
114. Carvalho VD, Borges LO & Rêgo D. Interacionismo Simbólico: Origens, Pressupostos e Contribuições aos Estudos em Psicologia Social. *Psicologia Ciência e Profissão*, 2010, 30 (1), 146-161.
115. Blanco A. *Cinco tradiciones en la psicología social*. Madrid: Ediciones Morata, 1998, *apud* Carvalho VD, Borges LO & Rêgo D. Interacionismo Simbólico: Origens, Pressupostos e Contribuições aos Estudos em Psicologia Social. *Psicologia Ciência e Profissão*, 2010, 30 (1), 146-161.
116. Yang LH, Link BG & Phelan JC. Stigma measurement approaches: conceptual origins and current applications. *In: Arboleda J & Sartorius N (Org.) Understanding the Stigma of Mental Illness: Theory and Interventions*. England: John Wiley & Sons Ltd, 2008. p. 175-192.
117. Sontag S. *A doença como metáfora*. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2002.
118. Parker R & Aggleton P. *Estigma, Discriminação e Aids*. Rio de Janeiro: Associação Brasileira Interdisciplinar de AIDS – ABIA, 2001.
119. Canguilhem G. *O Normal e o Patológico*. Rio de Janeiro: Editora Forense-universitária, 1982.
120. Porto D & Garrafa V. Bioética de intervenção: considerações sobre a economia de mercado. *Bioética* - Vol. 13, nº 1, 2005. p. 111-123.
121. Parker R. O estigma como barreira à prevenção do HIV. *In: Anais do Seminário Prevenção das DSTs/AIDS: novos desafios*. Rio de Janeiro: ABIA, 2010.
122. Mann J. (1987) Discurso na Assembléia Geral a ONU. *Aids and the Third World*, edição revista, Londres, The Panos Institute, 1988.
123. Paiva V & Zucchi E. Estigma, discriminação e saúde: aprendizado de conceitos e práticas no contexto da epidemia de HIV/AIDS. *In: Paiva V, Ayres Jr & Buchalla CM (Orgs.). Vulnerabilidade e direitos humanos: prevenção e promoção da saúde*. Livro I. Curitiba: Juruá, 2012. pp. 112-143.
124. Neves MCP. Sentidos da vulnerabilidade: característica, condição, princípio. *Revista Brasileira de Bioética*, vol. 2, nº 2, 2006, p. 157-172.
125. Conselho para Organizações Internacionais de Ciências Médicas (CIOMS). *Diretrizes Éticas Internacionais para Pesquisas Biomédicas Envolvendo Seres Humanos*. Genebra: CIOMS, WHO, 1993. [Tradução de Rita Brossard de Souza Pinto].

126. Lorenzo C, Garrafa V, Solbakk J H & Vidal S. Hidden risks associated with clinical trials in developing countries. *J Med Ethics* 2010;36:111-115.
127. Garrafa, V & Lorenzo C. Helsinque 2008: redução de proteção e maximização de interesses privados. *Rev. Assoc. Med. Bras.* 55(5): 514-518, 2009.
128. Joint United Nations Programme on HIV/AIDS (UNAIDS). *Ethical considerations in biomedical HIV prevention trials*. Genebra: UNAIDS, WHO, 2007.
129. Ministério do Trabalho (Brasil). *Aspectos Conceituais da Vulnerabilidade Social*. Brasília: MTE, DIEESE, 2007.
130. Vignoli, J. R. *Vulnerabilidad y grupos vulnerables: un marco de referencia conceptual mirando a los jóvenes*. CEPAL – Serie Población y desarrollo. Santiago: Cepal, 2001.
131. Garrafa V. & Prado M M. Tentativas de mudanças na Declaração de Helsinki: fundamentalismo econômico, imperialismo ético e controle social. *Cadernos de Saúde Pública*, v. 17, n. 6, p. 1489-96, 2001.
132. Mann J, Tarantola DJM & Netter TW (Orgs.). *A AIDS no Mundo*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará: ABIA: IMS,UERJ, 1993.
133. Sudbrack MS. Problematizando a vulnerabilidade social. In: Bernardi J. (Org.) *Vulnerabilidade Social e Aids: o desafio da prevenção em tempos de pauperização da epidemia*. Porto Alegre: Pastoral de DST/Aids, CNBB, 2005.
134. Ayres JR, Paiva V & Buchalla CM. Direitos humanos e vulnerabilidade na prevenção e promoção da saúde: uma introdução. In: Paiva V, Ayres Jr & Buchalla CM (Orgs.). *Vulnerabilidade e direitos humanos: prevenção e promoção da saúde*. Livro I. Curitiba: Juruá, 2012. pp. 9-22.
135. Paiva V. Sem mágicas soluções: a prevenção do HIV e da AIDS como um processo de Emancipação Psicossocial. *Divulgação em Saúde para Debate*, Rio de Janeiro, n. 27, p. 58-69, agosto 2003.
136. Foucault M. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramalheite. 40. ed. Petrópolis, RJ : Vozes, 2012 [1975].
137. \_\_\_\_\_ *História da Sexualidadd I: a vontade de saber*. Rio de Janeiro, Edições Graal, 1977.
138. Habermas J. *Between facts and norms: contributions to a discourse of law and democracy*. Translation by William Rehg. New Baskerville: Massachussets Institute of Technology (MIT), 1998 [1992].
139. Bobbio N. *Teoria da norma jurídica*. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru, SP : EDIPRO, 2ª edição revista, 2003 [1993]

140. Bobbio N. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo : Ícone, 1995.
141. Kant I. *Introdução ao estudo do direito: doutrina do direito*. Trad. Edson Bini. Bauru, SP : EDIPRO, 2007 (Série CI clássicos Edipro).
142. Habermas J. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Rio de Janeiro: TB - Edições Tempo Brasileiro, 2010. 2 v (v.1).
143. Bobbio N. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Trad. Daniela Beccaccia Veersiani. Barueri, SP: Manole, 2007. 285p.
144. Ferrajoli L. *Derecho penal mínimo y bienes jurídicos fundamentales*. In: [http://www.juareztavares.com/textos/ferrajoli\\_bens\\_minimo.pdf](http://www.juareztavares.com/textos/ferrajoli_bens_minimo.pdf) Acesso em 18 de janeiro de 2012.
145. Batista N. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 11ª edição, 2007.
146. Greco R. *Curso de Direito Penal*. Parte Geral. Volume I. 11.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.
147. Zaffaroni ER, Batista N, Alagia A & Slokar A. *Direito Penal Brasileiro – I*. Rio de Janeiro: Revan, 2003, 4ª edição, 2001. 658p.
148. Luhmann N. *Sociologia do Direito II*. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro : Edições Tempo Brasileiro, 1985 [1972].
149. Foucault M. *Sobre a história da sexualidade*. In: *A Microfísica do poder*. Trad. Roberto Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979.
150. Foucault M. *O nascimento da Medicina Social*. In: *A Microfísica do poder*. Trad. Roberto Machado. Editora Graal, Rio de Janeiro, 1979.
151. Giannetti, Eduardo. *Vícios públicos, benefícios privados. A ética na riqueza das nações*. São Paulo : Companhia das Letras, 2002.
152. Pessotti I. *O século dos manicômios*. São Paulo: Editora 34, 1996.
153. Gostin LO. *Public health, law and ethics: a reader*. California : University of California Press : Milbank Memorial Fund, 2<sup>nd</sup> , 2010.
154. Organização Mundial da Saúde (OMS). *Manual sobre enfoque de risco na saúde materno-infantil*. Brasil, 1983.
155. Czeresnia D. *Ciência, técnica e cultura: relações entre risco e práticas de saúde*. *Cad. Saúde Pública*, Rio de Janeiro, 20(2):447-455, mar- abr, 2004.
156. Spink MJ. *Trópicos do discurso sobre risco: risco-aventura como metáfora na modernidade tardia*. *Cad. Saúde Pública*, Rio de Janeiro, 17(6):1277-1311, nov-dez, 2001.

157. McArthur JB. As the tide turns: the changing HIV/AIDS epidemic and the criminalization of HIV exposure. *Cornell Law Review*, Vol. 94:707-742, 2009.
158. Mott L. A transmissão dolosa do HIV-Aids: relatos na imprensa brasileira. *Revista Impulso*, Piracicaba, SP: Unimep, v. 13, n. 32, 2002. p. 157-174.
159. Gensini GF, Yacoub MH & Conti AA. The concept of quarantine in history: from plague to SARS. *Journal of Infection* (2004) 49, 257–261.
160. Bayer R & Fairchild-Carmno A. AIDS and the Limits of Control: Public Health Orders, Quarantine, and Recalcitrant Behavior. *American Journal of Public Health* October 1993, Vol. 83, No. 10, 1471-1476.
161. Ford N, Quam M. AIDS quarantine: the legal and practical implications. *JLegMed*. 1987; 8:353-397.
162. Joint United Nations Programme on HIV/AIDS (UNAIDS). Criminal Law, Public Health and HIV Transmission: a Policy Options Paper. *Best Practice Collection*, Geneva, 2002.
163. McGiggins JD. Law and the leprosy of lust: regulating syphilis and Aids. *Ottawa Law Review/Revue de droit d'Ottawa*. Vol. 22:1, 1990. 49-75.
164. Lazzarini Z, Bray S & Burris S. Evaluating the Impact of Criminal Laws on HIV Risk Behavior. *Journal of Law, Medicine & Ethics*, 30 (2002): 239-253.
165. Cameron S & Rule J. (Orgs.). *The Criminalisation of HIV Transmission in Australia: Legality, Morality and Reality*. National Association Of People Living With HIV/AIDS, 2009. Disponível em: [http://www.gnpplus.net/criminalisation/images/stories/documents\\_asia\\_pacific/2009\\_napwa\\_monograph.pdf](http://www.gnpplus.net/criminalisation/images/stories/documents_asia_pacific/2009_napwa_monograph.pdf) Acesso em outubro de 2010.
166. Pearshouse R. Legislation contagion: the spread of problematic new HIV laws in Western Africa. *HIV/AIDS Policy & Law Review*. vol. 12, n. 2/3, 2007.
167. Brasil. Departamento de DSR, Aids e Hepatites Virais, Secretaria de Vigilância em Saúde, Ministério da Saúde. Nota Técnica nº 350/2009/D-DST-AIDS-HV/SVS/MS. Disponível em: [http://www.aids.gov.br/sites/default/files/anexos/legislacao/2012/51057/notatecnica350\\_pdf\\_17270.pdf](http://www.aids.gov.br/sites/default/files/anexos/legislacao/2012/51057/notatecnica350_pdf_17270.pdf) Acesso em 21/09/2010.
168. The Global Network of People Living with HIV (GNP+). *The Global Criminalisation Scan Report 2010. Documenting trends, presenting evidence*. July 2010. Disponível em: [http://hivaidsclearinghouse.unesco.org/search/resources/bie\\_gnp%2B\\_criminalisation\\_report\\_2010\\_en.pdf](http://hivaidsclearinghouse.unesco.org/search/resources/bie_gnp%2B_criminalisation_report_2010_en.pdf) Acesso em 23/10/2011.
169. Weait M. *The Criminalisation of HIV Exposure and Transmission: A Global Review*. Working Paper prepared for the Third Meeting of the Technical Advisory Group, Global Commission on HIV and the Law, 7-9 July, 2011.

170. Bray SJ. Criminal Prosecutions for HIV Exposure: Overview and Analysis. Yale University Center for Interdisciplinary Research on AIDS (CIRA), *Working Paper*, Volume 3, Issue I, 2003.
171. Decker AM. Criminalizing the intentional or reckless exposure to HIV: A wake-up call to Kansas. *Kansas Law Review*, 1998; 46: 333.
172. Markus M. A Treatment for the disease: Criminal HIV transmission/exposure laws. *Nova Law Review*, 1999; 23: 847.
173. Schulman EL. Note: Sleeping with the enemy: Combating the sexual spread of HIV-AIDS through a heightened legal duty. *John Marshall Law Review*. 1996; 29: 957.
174. Strader JK. Criminalization as a policy response to a public health crisis. *John Marshall Law Review* 1994; 27: 435.
175. Kenney SV. Comment, criminalizing HIV transmission: Lessons from history and a model for the future. *Journal of Contemporary Health Law & Policy*. 1992; 8: 245, 272-73.
176. Hermann DHJ. Criminalizing conduct related to HIV transmission. *St. Louis University Public Law Review* 1990; 9: 351, 356-57.
177. McCabe SA. Recent decisions: The Maryland Court of Appeals. *Maryland Law Review* 1997; 56: 762, 774-75.
178. Dalton HL. Shaping responsible behavior: Lessons from the AIDS front. *Washington & Lee Law Review* 1999; 56: 931.
179. Mutter RC, Grimes RM & Labarthe D. Evidence of intraprisson spread of HIV infection. *Archives of Internal Medicine* 1994; 154(7): 793-5.
180. Mahon N. New York inmates' HIV risk behaviors: The implications for prevention policy and programs. *American Journal of Public Health*. 1996; 86(9):1211-5.
181. Burris S, Beletsky L, Burleson JA, Case P & Lazzarini Z. Do Criminal Laws Influence HIV Risk Behavior? An Empirical Trial. *Arizona State Law Journal, Legal Studies Research Paper Series, Research Paper nº 3*, 2007. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=977274> Acesso em julho de 2010.
182. Crown Prosecution Service (CPS). *Policy for prosecuting cases involving the intentional or reckless sexual transmission of infection*. London, 2008.
183. \_\_\_\_\_ *Legal guidance: Intentional or Reckless Sexual Transmission of Infection*. London, 2008.
184. Baert P. Algumas limitações das explicações da escolha racional na ciência política e na sociologia. *Rev. bras. Ci. Soc.* Vol. 12 nº 35, São Paulo Feb. 1997.

185. Sell CE. Sociologia Política, escolha racional e participação político-eleitoral [Comentários ao trabalho de Fábio Wanderley Reis]. *Política & Sociedade*. Nº 1, p.65-71, 2002.
186. Oliveira F. (2003) Feminismo, Raça/Etnia, Pobreza e Bioética. A busca da justiça de gênero, anti-racista e de classe. In: Garrafa V, Pessini L. (Orgs.) *Bioética: Poder e Injustiça*. São Paulo: Sociedade Brasileira de Bioética, Centro Universitário São Camilo, Edições Loyola.
187. Saffioti H. (1999) Primórdios do conceito de gênero. *Cadernos Pagu* (12): pp.157-163.
188. Dhaliwal M. Creation of an Enabling and Gender Just Legal Environment as a Prevention Strategy for HIV/AIDS amongst Women in India. *Canadian HIV/AIDS Policy & Law Newsletter* 1999; 4(2/3): 86-89 Disponível em: [www.aidslaw.ca](http://www.aidslaw.ca) or at [www.hri.ca/partners/lc/unit/women-hiv.shtm](http://www.hri.ca/partners/lc/unit/women-hiv.shtm) Acesso em 24/03/2009
189. Ahmed A, Hanssens C & Kelly B. Protecting HIV-positive women's human rights: recommendations for the United States National HIV/AIDS Strategy. *Reproductive Health Matters*, 2009;17(34):127–134.
190. Kehler J, Clayton M & Crone T (Orgs.). *10 Reasons Why Criminalization of HIV Exposure or Transmission Harms Women*. ATHENA Network, 2009. Disponível em: [www.athenanetwork.org](http://www.athenanetwork.org) Acesso em outubro de 2010.
191. Gielen AC, McDonnell KA, Burke JG, O'Campo P. Women's lives after an HIV positive diagnosis: disclosure and violence. *Maternal and Child Health Journal*, 2000, 4(2):111-120.
192. Ahmed A. HIV and Women: Incongruent Policies, Criminal Consequences. *Yale Journal of International Affairs* 32 (2011): 32-42.
193. Andersson, N., A. Cockcroft, et al. (2008). Gender-based violence and HIV: relevance for HIV prevention in hyperendemic countries of southern Africa. *AIDS*, 2008, 22 Suppl 4: S73-86.
194. Csete J, Pearshouse R & Symington A. Vertical HIV transmission should be excluded from criminal prosecution. *Reprod Health Matters*, 2009 Nov; 17(34):154-62.
195. Foucault M. (1973) *A verdade e as formas jurídicas*. Tradução de Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Moraes. Rio de Janeiro: Nau ed., 1999. 158p.
196. \_\_\_\_\_ *Os anormais: Curso no college de france (1974-1975)*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: M Fontes, 2001. 479p
197. Weait M. Criminal Liability for Sexually Transmitted Infections. *Criminal Law & Justice Weekly*. Vol. 173, January 24 2009. 45-47.

198. Bernard EJ, Azad Y, Vandamme AM, Weait M & Geretti AM. *The use of phylogenetic analysis as evidence in criminal investigation of HIV transmission*. National AIDS Trust (NAT), 2007.
199. Gouveia VMRGS. *Análise Molecular da Transmissão do Vírus da Imunodeficiência Humana Tipo 1 entre Casais*. Dissertação de mestrado, Coimbra, 2009. 110p.
200. Learn GH & Mullins JI. The microbial forensic use of HIV sequences, *In: LeitnerT, FoleyB, HahnB et al. eds. HIV Sequence Compendium 2003*. Los Alamos, New Mexico: Los Alamos National Laboratory, 2004: 22–37.
201. Scaduto DI, Brown JM, Haaland WC, Zwickl DJ, Hillis DM, Metzker ML. Source identification in two criminal cases using phylogenetic analysis of HIV-1 DNA sequences. *PNAS*, December 14, 2010 vol. 107 nº 50 21242-21247
202. Cohen MS. *HPTN 052*. 6th IAS Conference, Rome, Italy, July 18, 2011.
203. Minayo MCS. O desafio da pesquisa social. *In: Minayo MCS (Org.) Pesquisa social: teoria, método e criatividade*. 26ed. – Petrópolis, RJ: Vozes, 2007, pp. 9-29.
204. Cohen G. *Crítica e Resignação: fundamentos da sociologia de Max Weber*. São Paulo : T. A. Queiroz, 1979.
205. Habermas J. *La logica de las ciencias sociales*. Madrid : Editorial Tecnos, 3ª edição, 1996.
206. Minayo MCS. Hermenêutica-dialética como caminho do pensamento social, próprio, pp. 83-107. *In: Minayo MCS & Deslandes SF (orgs.). Caminhos do pensamento: epistemologia e método*. Rio de Janeiro: Ed. Fiocruz, 2002.
207. Bourdieu P. *Sociologia*. (organizado por Renato Ortiz). São Paulo: Ática, 1983.
208. Joint United Nations Programme on HIV/AIDS (UNAIDS). *Unaid policy brief: Criminalization of HIV Transmission*. Disponível em: [http://www.unaids.org/en/media/unaids/contentassets/dataimport/pub/basedocument/2008/20080731\\_jc1513\\_policy\\_criminalization\\_en.pdf](http://www.unaids.org/en/media/unaids/contentassets/dataimport/pub/basedocument/2008/20080731_jc1513_policy_criminalization_en.pdf) Acesso em 11/09/2011
209. Capez F. *Curso de Direito Penal*. Volume 1, São Paulo: Saraiva, 2008.
210. São Paulo. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Criminal nº 993.05.070796-2, São Paulo, 2008.
211. Brasil. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Habeas Corpus nº 9.378/1999 – Rio Grande do Sul, 1999.
212. Brasil. Supremo Tribunal Federal (STF). Habeas Corpus nº 98.712 São Paulo, 2010.

213. Nucci GS. *Código Penal Comentado*, 10. ed. São Paulo: RT, 2010.
214. Schimidt AZ. Aspectos Jurídico-Penais da transmissão da AIDS. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 37, ano 10, jan/mar. 2002.
215. Tavares J. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
216. São Paulo. Tribunal de Justiça de São Paulo TJSP). Recurso em sentido estrito nº 381.731-3/7-00, Taubaté, 2005.
217. Rio de Janeiro. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ). Apelação Criminal nº 0001087-55.2006.8.19.0008, Rio de Janeiro, 2010.
218. Rio de Janeiro. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ). Apelação Criminal nº 2007. 050.04105, Rio de Janeiro, 2008.
219. Distrito Federal. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Habeas Corpus nº 160.982-DF, 2012.
220. Brasil. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Habeas Corpus nº 131.480, São Paulo, 2010.
221. Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS). Apelação Criminal nº 70031589831, Guarani das Missões, 2011.
222. Rio Grande do Sul. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS). Apelação Criminal nº 70028856680, Vacaria, 2009.
223. Distrito Federal. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDF). Conflito de competência nº 20110020097394CCP, Distrito Federal, 2011.
224. Silveira, M. F. & Santos, I. Impacto de intervenções no uso de preservativos em portadores do HIV. *Revista de Saúde Pública*, 39(2), 296-304, 2005.
225. Paiva V, Venturi G, França-Jr I & Lopes F. Uso de Preservativos - Pesquisa Nacional MS / IBOPE 2003. Disponível em [www.aids.gov.br](http://www.aids.gov.br)
226. Garrido PB, Paiva V, Nascimento VLV *et al.* Aids, estigma e desemprego: implicações para os serviços de saúde. *Rev Saúde Pública* 2007; 41(Supl. 2):72-9
227. Scheffer MC. *O perfil dos médicos prescritores de antirretrovirais no Estado de São Paulo*. [Trabalho de conclusão de Pós-Doutorado do Programa de Medicina Preventiva da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo.] São Paulo, 2010.
228. Hovath KJ *et al.* Should it be illegal for HIV-positive persons to have unprotected sex without disclosure? An examination of attitudes among US men who have sex with men and the impact of state law. *AIDS Care* 2010; 22: 1.221-1.228.

229. Segre M, Silva FL, Schramm, FR. O Contexto histórico, semântico e filosófico do princípio de autonomia. *Revista Bioética*, Brasília, v. 6, n. 1, p. 15-23, 1998. Disponível em: [http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista\\_bioetica/article/view/322/390](http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/322/390)  
Acesso em: 5/06/2012.
230. Vázquez AS. *Ética*. México, DF: Editorial Grijaldo. 1ª edição, 1969.
231. Habermas J. *O futuro da natureza humana: a caminho de uma eugenia liberal?* São Paulo: Martins Fontes, 2004.
232. Spinoza B. *Ética*. Tradução: Tomaz Tadeu. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2007. 423p.
233. Clavreul J. *A ordem médica: poder e impotência do discurso médico*. São Paulo: Brasiliense, 1983.
234. Sarti C. Violência Familiar: relações violentas e contexto social. In: LIMA ACS (Org.). *Antropologia & Direito: temas antropológicos para estudos jurídicos*. Rio de Janeiro/Brasília: LACED/Associação Brasileira de Antropologia, 2012.
235. Nogueira RP. *A saúde pelo avesso*. Natal: Seminare Editora, 2003.
236. Jonas H. *O princípio da responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica*. Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. PUC-Rio, 2006.
237. Castiel LD. *A medida do possível... saúde, risco e tecnobiociências*. Rio de Janeiro: Contra Capa Livraria/Editora Fiocruz, 1999.
238. Spink MJ. *Suor, arranhões e diamantes: as contradições dos riscos na modernidade reflexiva*. <http://www.ensp.fiocruz.br/projetos/esterisco> Acesso em março/2012.
239. Luiz OC & Cohn A. Sociedade de risco e risco epidemiológico. *Cad. Saúde Pública*, Rio de Janeiro, 22(11):2339-2348, nov, 2006.
240. Bennett R, Draper H & Frith L. Ignorance is bliss? HIV and moral duties and legal duties to forewarn. *Journal of Medical Ethics*, 2000;26:9–15.
241. Dodds CA. *Responsibility and HIV/AIDS: A Sociological Investigation*. Thesis for the degree of Doctor of Philosophy in Sociology. University of Warwick, Department of Sociology. September, 2002
242. Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights and Joint United Nations Programme on HIV/AIDS (UNAIDS). *International Guidelines on HIV/AIDS and Human Rights, 2006 Consolidated Version*. Geneva, September, 2006.
243. Joint United Nations Programme on HIV/AIDS (UNAIDS) & World Health Organization (WHO). *Opening up the HIV/AIDS epidemic. Guidance on encouraging beneficial disclosure, ethical partner counselling & appropriate use*

of HIV case-reporting. UNAIDS Best Practice Collection. UNAIDS/00.42E Geneva, Switzerland, November 2000.

244. Galletly C & Pinkerton SD. Conflicting Messages: How Criminal HIV Disclosure Laws Undermine Public Health Efforts to Control the Spread of HIV. *AIDS Behav* 2006; 10: 451-461.

245. Gostin LO & Hodge JG, *Piercing the Veil of Secrecy in HIV/AIDS and Other Sexually Transmitted Diseases: Theories of Privacy and Disclosure in Partner Notification*, 5 *Duke J. Gender L. & Pol'y* 9, 12 (1998).

246. Simmel J. *Sociología: Estudios sobre las formas de socialización*. Volume 1. Buenos Aires: Espasa-Calpe, 1939. 2 v.

247. Simoni JM, Pantalone. Secrets and safety in the age of AIDS: does HIV disclosure lead to safer sex? *DW Top HIV Med*. 2004 Oct-Nov;12(4):109-18.

248. Groves M. The transmission of HIV and the Criminal Law. Editorial in *Criminal Law Journal (Australia)*. (2007) 31 *Crim LJ* 137. In: <http://criminalhivtransmission.blogspot.com.br/2007/11/editorial-transmission-of-hiv-and.html> Acesso em 10/10/2010

249. WHO technical consultation in collaboration with the European AIDS Treatment Group and AIDS Action Europe on the criminalization of HIV and other sexually transmitted infections. Copenhagen, 16 October 2006. In: <http://www.aidslaw.ca/EN/lawyers-kit/documents/2.WHO2006.pdf> Acesso em 10/11/2011.

250. Burris S. and Weait M., (2011), Criminalisation and the moral responsibility for sexual transmission of HIV. Working paper prepared for the Third Meeting of the Technical Advisory Group of the Global Commission on HIV and the Law, 7-9 July 2011. In: <http://www.hivlawcommission.org/index.php/working-papers?task=document.viewdoc&id=89> Acesso em 10/11/2011.

251. Adrien A & Roy DJ. Gestion des conflits et incertitudes éthiques des intervenants oeuvrant auprès des personnes vivant avec le VIH et qui ont des contacts sexuels non protégés à Montréal. *Rev can santé publique* 2009; 100(2):113-15.

252. Gostin L & Mann J. Towards the Development of a Human Rights Impact Assessment for the Formulation and Evaluation of Public Health Policies. In: Mann JM, Gruskin S, Grodin MA & Annas GJ (Orgs.). *Health and human rights: a reader*. New York, London: Routledge, 1999. pp. 54-71.

253. UNAIDS & Inter-Parliamentary Union. *Handbook for Legislators on HIV/AIDS, Law and Human Rights*. Geneva: UNAIDS/IPU, 1999.

254. Garrafa V. Da bioética de princípios a uma bioética interventiva. *Bioética* 2005 - Vol. 13, nº 1, 125-134.

255. Castilla J, Del Romero J, Hernando V, Marincovich B, Garcia S and Rodriguez C (2005) "Effectiveness of Highly Active Antiretroviral Therapy in

Reducing Heterosexual Transmission of HIV” *Journal of Acquired Immune Deficiency Syndrome* 40(1) 96-101 20

256. Weait M (2007) *Intimacy and Responsibility: The Criminalisation of HIV Transmission*, New York, Routledge.

257. Galvão, J. *Estudo antropológico sobre os meios de comunicação e a AIDS*. Dissertação (Mestrado em Antropologia Social). Museu Nacional, UFRJ, 1992.

258. Queiroz P. *Direito Penal. Introdução Crítica*. São Paulo: Saraiva, 2001.

259. Brasil. Ministério da Saúde. *Consulta Nacional sobre HIV/AIDS no Sistema Penitenciário: Relatório Final*. Brasília, 2009.

260. Garrafa V. Inclusão social no contexto político da bioética. *Revista Brasileira de Bioética*. Volume 1, nº 2, 2005, 122-132.

261. Paiva V. Beyond magical solutions: prevention of HIV and Aids and the process of “psychosocial emancipation”, *Interface - Comunic, Saúde, Educ*, v.6, n.11, p.25-38, 2002.

262. Seffner F, Pupo LR & Paiva V. Educação em saúde e emancipação: explorando possibilidades da prevenção no quadro dos direitos humanos. In: Paiva V, Ayres Jr & Buchalla CM (Orgs.). *Vulnerabilidade e direitos humanos: prevenção e promoção da saúde*. Livro III. Curitiba: Juruá, 2012, 9-26.

## APÊNDICE 1

**Tabela 1. Prevalência de casos judiciais\* (transmissão do HIV) e prevalência de HIV\*\* em diferentes países. 2012.**

Países	Prev. HIV por 100 mil hab.	Casos judiciais por 1 mil PVHA
Suécia	0,2	6,1
Noroega	0,1	4,6
Nova Zelândia	0,1	4,2
Filândia	0,1	3,3
Aústria	0,1	3
Dinamarca	0,2	2,2
Tchecoslovaquia	0,1	2
Hungria	0,1	1,2
Suiça	0,4	1,2
Canadá	0,3	0,8
Holanda	0,2	0,7
Georgia	0,2	0,7
Austrália	0,2	0,6
Ajerbajão	0,1	0,6
Suriname	1,0	0,2
Alemanha	0,1	0,2
EUA	0,6	0,2
Estonia	1,3	0,2
Reino Unido	0,3	0,1
França	0,4	0,1
Itália	0,4	0,07
Bukina Fasso	1,1	0,02
Togo	3,4	0,02
Brasil	0,6	0,002

\* Dados GNP +, 2010.

\*\* Dados do Unais, 2012.

## **APÊNDICE 2**

### **PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM BIOÉTICA FACULDADE DE CIÊNCIAS DA SAÚDE DA UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA**

**Pesquisa: CRIMINALIZAÇÃO DA TRANSMISSÃO SEXUAL DO HIV: UMA ABORDAGEM BIOÉTICA**

#### **ROTEIRO DAS ENTREVISTAS COM OPERADORES DO DIREITO**

- 1 – Apresentação pessoal.
- 2 – Como vê a trajetória de construção da resposta nacional à epidemia de aids.
- 3 – Conhecimento sobre medidas ou normas restritivas voltadas para pessoas que vivem com HIV/Aids.
- 4 – Conhecimento e opinião sobre a tendência de criminalização da transmissão sexual do HIV.
- 5 – Responsabilidades e direitos das pessoas que vivem com HIV em relação à transmissão sexual.
- 6 – Papel da lei penal: em geral e especificamente em relação à transmissão do HIV.
- 7 – Importância ou impacto das normas legais sobre a criminalização da transmissão sexual do HIV.
- 8 – Ações judiciais sobre a criminalização da transmissão sexual do HIV no Brasil. Como foram as decisões judiciais? Qual a sua opinião sobre elas?
- 9 – Quais as normas legais vigentes que permitem a criminalização da transmissão sexual do HIV? Elas são suficientes ou há necessidade de uma norma legal específica?
- 10 – Quais os principais problemas, em sua opinião, que envolvem os processos sobre criminalização sexual da transmissão do HIV?
- 11 – Como vê a alegação do movimento social de que a criminalização da transmissão sexual do HIV atenta contra direitos fundamentais?

## **APÊNDICE 3**

### **PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM BIOÉTICA FACULDADE DE CIÊNCIAS DA SAÚDE DA UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA**

#### **Pesquisa: CRIMINALIZAÇÃO DA TRANSMISSÃO SEXUAL DO HIV: UMA ABORDAGEM BIOÉTICA**

##### **ROTEIRO DAS ENTREVISTAS COM PROFISSIONAIS DE SAÚDE**

- 1 – Inicialmente gostaria que você se apresentasse informando nome, idade, posição que ocupa na instituição e há quanto tempo trabalha com HIV/Aids?
- 2 – Como você vê a trajetória de construção da resposta à epidemia e quais seriam, do seu ponto de vista, os problemas emergentes que se apresentam na atualidade?
- 3 – Como você vê hoje as condições de vida das pessoas vivendo com HIV/Aids (PVH) e quais foram as grandes mudanças observadas nestes trinta anos de epidemia?
- 4 – Quais são os principais problemas que as PVH enfrentam após o diagnóstico?
- 5 – Você tem conhecimento da existência de medidas ou normas restritivas voltadas para as pessoas que vivem com HIV/Aids? O que você pensa a respeito desse tema?  
[Escola, Trabalho, Viagem, Casamento, Serviço Militar, Exigência do Teste, Revelação do Diagnóstico, Prática Esportiva, etc]
- 6 – Hoje, há uma tendência de criminalizar as pessoas vivendo com HIV pela transmissão sexual do vírus. Você tem conhecimento dessa tendência? Qual a sua opinião?
- 7 – Em sua avaliação, quais seriam as responsabilidades e os direitos das pessoas que vivem com HIV em relação à transmissão sexual?
- 8 – Como você lida com a revelação do diagnóstico para os parceiros das PVH? Quais as obrigações legais nesse sentido? Como o serviço de saúde atua nessa questão?
- 9 – Como você lida na sua prática profissional com a questão da transmissão sexual do HIV por parte de pessoas soropositivas? Você já enfrentou algum problema desse tipo?
- 10 – Como os serviços de saúde lidam com esse problema?
- 11 – Qual a importância ou o impacto das normas legais sobre a criminalização da transmissão sexual do HIV?

## APÊNDICE 4

### PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM BIOÉTICA FACULDADE DE CIÊNCIAS DA SAÚDE DA UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA

#### Pesquisa: CRIMINALIZAÇÃO DA TRANSMISSÃO SEXUAL DO HIV: UMA ABORDAGEM BIOÉTICA

#### Roteiro de Grupo Focal – Pessoas vivendo com HIV

- **Abertura:** dinâmica para apresentação e descontração dos participantes.
  
- **Início da discussão:** reforço de explicações fornecidas anteriormente (no momento de recrutamento e assinatura do TCLE) sobre o objetivo e a dinâmica do grupo, compromissos dos pesquisadores e dos componentes do grupo com o sigilo das informações e regras básicas de convivência dentro do grupo.
  
- **Descoberta da soropositividade** (própria ou do parceiro):
  1. Contexto de vida: como descobriram ser HIV +? Em que momento da vida?
  2. Como lidou com a descoberta: reações e emoções?
  3. Como foi infectado: conhece o parceiro, tipo de parceria, sabia do *status* de portador do parceiro, conversaram sobre isso e sobre prevenção? O que sentiu em relação a esse parceiro?
  4. O que mudou em sua vida com a descoberta da soropositividade?
  5. O que mudou nas relações sexuais: mudanças de práticas, sexo seguro, número de parceiros etc?
  6. Vivência de situações de discriminação por ser portador de HIV.
  
- **Revelação do diagnóstico:**
  1. Você revelou o diagnóstico para a família, parceiros sexuais, amigos, colegas de trabalho ou escola?
  2. O que levou a revelar (ou não) o diagnóstico para outras pessoas?
  3. Como se sente (em ter ou não revelado o diagnóstico)?
  4. Para os que revelaram: quais as repercussões da revelação (internamente e na vida concreta)?
  5. Para os que não revelaram: como faz nas relações amorosas e sexuais?
  6. O que acha que um portador de HIV deve fazer em relação à revelação do diagnóstico (quando, como revelar, para quem)?
  7. Vocês recebem ou receberam orientação nos serviços de saúde sobre a necessidade de informar o parceiro sexual sobre seu *status* sorológico?
  
- **Vivência da sexualidade como portador de HIV (ou parceiro de portador)**
  1. A condição de viver com HIV tem criado dificuldades no relacionamento afetivo e sexual?

2. Como lidam com o direito reprodutivo, isto é, o desejo de ter filhos?
  3. Quais os cuidados que vocês adotam quando se sentem atraídos sexualmente por outra pessoa?
  4. Quando o relacionamento é entre pessoas com mesmo *status* sorológico, quais os cuidados que procuram adotar?
  5. Vocês recebem alguma orientação especial sobre sexualidade nos serviços de saúde a que estão vinculados?
- **Criminalização da transmissão do HIV:**
    1. O que você pensa sobre uma pessoa que passa o vírus para outra pessoa? Ela deve ser punida por isso?
    2. Você já ouviu falar ou conhece casos de pessoas soropositivas para o HIV que foram processadas por terem transmitido o vírus?
    3. O que acha sobre isso? [sobre processar criminalmente uma pessoa que tenha passado o HIV para outras pessoas]
    4. Você concorda que essa pessoa deva ser punida criminalmente? Que tipo de pena ela deve receber (prisão, trabalhos comunitários, multa)?
  - **Finalização da discussão:** avaliação do grupo, como foi ter participado do grupo?
  - **Encerramento e agradecimentos finais.**

## **APÊNDICE 5**

### **PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM BIOÉTICA FACULDADE DE CIÊNCIAS DA SAÚDE DA UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA**

**Pesquisa: CRIMINALIZAÇÃO DA TRANSMISSÃO SEXUAL DO HIV: UMA ABORDAGEM BIOÉTICA**

#### **TERMO DE CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO GRUPOS FOCAIS**

O(a) Sr.(a) está sendo convidado(a) a participar de uma pesquisa sobre a criminalização de pessoas que vivem com HIV ou que têm aids, que se chama “CRIMINALIZAÇÃO DA TRANSMISSÃO SEXUAL DO HIV: UMA ABORDAGEM BIOÉTICA”. Esta é uma pesquisa acadêmica que está sendo realizada dentro do Programa de Pós-Graduação em Bioética da Faculdade de Ciências da Saúde da Universidade de Brasília e tem por objetivo conhecer o que as pessoas pensam sobre a punição dos portadores do vírus da aids e sobre a responsabilidade que eles têm ao transmitir o vírus para outras pessoas.

Esta pesquisa foi aprovada pelo Comitê de Ética da Secretaria de Estado da Saúde do Distrito Federal (SES/DF) e da Faculdade de Ciências da Saúde (FS) da Universidade de Brasília (UnB).

Esta pesquisa será realizada por meio do estudo de documentos e por meio da realização de discussão em grupos com pessoas HIV positivo ou que tenham parceiros sexuais que são portadores do vírus. O(a) Sr.(a) está sendo convidado a participar de um desses grupos.

Caso aceite participar, o(a) Sr.(a) irá conversar com outras pessoas convidadas como você, sobre esse tema, para compartilhar suas idéias e suas experiências. O grupo será realizado em um local fechado, de forma a não permitir que a discussão seja ouvida por outras pessoas que não estejam participando do grupo. A conversa no grupo terá a duração de mais ou menos duas horas, será coordenada pelos pesquisadores e será gravada, para depois ser transcrita e analisada. O seu nome não aparecerá em nenhum momento, fora do grupo, e nada do que o(a) Sr.(a) disser durante a reunião será identificado. Assim, os pesquisadores se comprometem com o total sigilo sobre todas as informações que forem fornecidas durante a discussão do grupo e com o anonimato dos participantes. Também será solicitado que todos os participantes do grupo mantenham o sigilo sobre o que for conversado durante a reunião. As informações e as gravações dos grupos serão utilizadas exclusivamente para os fins da pesquisa.

A pesquisa não acarretará nenhuma despesa para o(a) Sr.(a) e será de responsabilidade dos pesquisadores o pagamento de seu transporte até o local do grupo e o fornecimento de lanche durante a realização do grupo.

Se o(a) Sr.(a) não quiser participar, isso não vai lhe trazer qualquer prejuízo e não vai afetar em nada o seu atendimento nos serviços de saúde. Mesmo que tenha

concordado em participar, se desejar, o(a) Sr.(a) poderá desistir a qualquer momento de continuar participando, sem que isso lhe traga qualquer prejuízo.

O(a) Sr.(a) poderá obter mais informações sobre a pesquisa, inclusive esclarecer outras dúvidas que surgirem, telefonando ou escrevendo para o pesquisador principal da pesquisa ou para os Comitês de Ética, por meio dos seguintes contatos:

**Pesquisadora principal: Alcinda Maria Machado Godoi.**

**Telefone:                      Endereço eletrônico:**

**Comitê de Ética em Pesquisa da SES/DF: 3325-4955**

**Comitê de Ética em Pesquisa da FS da UnB: 3107-1947**

Caso o(a) Sr.(a) concorde em participar desta pesquisa, por favor, preencha os seus dados e assine as duas vias do consentimento de participação (uma via ficará com o Sr.(a) e a outra ficará com a pesquisadora responsável).

#### **DADOS DE IDENTIFICAÇÃO DO PARTICIPANTE DA PESQUISA**

Nome: \_\_\_\_\_

Documento de Identidade Nº: \_\_\_\_\_ Sexo: M ( ) F ( )

Data Nascimento: ...../...../.....

Endereço: \_\_\_\_\_

Bairro: \_\_\_\_\_ Cidade: \_\_\_\_\_

CEP: \_\_\_\_\_ - \_\_\_\_\_ Telefone: ( ) \_\_\_\_\_

#### **CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO**

Declaro que, após ter lido as informações acima sobre a pesquisa “CRIMINALIZAÇÃO DA TRANSMISSÃO SEXUAL DO HIV: UMA ABORDAGEM BIOÉTICA”, esclarecido minhas dúvidas com o pesquisador e entendido o que me foi explicado, concordo em participar desta pesquisa.

Brasília, \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2011.

\_\_\_\_\_

Participante da pesquisa

\_\_\_\_\_

Alcinda Maria Machado Godoi  
Pesquisadora principal

## APÊNDICE 6

### PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM BIOÉTICA FACULDADE DE CIÊNCIAS DA SAÚDE DA UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA

**Pesquisa: CRIMINALIZAÇÃO DA TRANSMISSÃO SEXUAL DO HIV: UMA ABORDAGEM BIOÉTICA**

#### TERMO DE CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO Entrevistas individuais

O(a) Sr.(a) está sendo convidado(a) a participar da pesquisa “CRIMINALIZAÇÃO DA TRANSMISSÃO SEXUAL DO HIV: UMA ABORDAGEM BIOÉTICA”. Esta é uma pesquisa acadêmica que está sendo realizada dentro do Programa de Pós-Graduação em Bioética da Faculdade de Ciências da Saúde da Universidade de Brasília e tem por objetivo conhecer o que pensam os portadores do vírus e seus parceiros sexuais, os profissionais de saúde, os operadores do Direito e as pessoas do movimento social sobre a punição da transmissão do HIV. Esta é uma pesquisa qualitativa com base em análise documental e na realização de grupos focais e de entrevistas com informantes-chave (profissionais de saúde, operadores do Direito e pessoas do movimento social).

Esta pesquisa foi aprovada pelo Comitê de Ética em Pesquisa da Secretaria de Estado da Saúde do Distrito Federal (SES/DF).

O(a) Sr.(a) está sendo convidado(a) a realizar uma entrevista individual sobre o tema da criminalização da transmissão do HIV e sobre a sua experiência profissional nessa área. A entrevista tem previsão de duração de cerca de quarenta minutos e será gravada para posterior transcrição e análise. Os pesquisadores se comprometem com o total sigilo sobre todas as informações que forem fornecidas durante a entrevista e com o anonimato dos entrevistados. As informações e gravações das entrevistas serão utilizadas exclusivamente para os fins da pesquisa. A pesquisa não acarretará nenhuma despesa ao(a) Sr.(a).

Se o(a) Sr.(a) não quiser participar, isso não vai lhe acarretar qualquer prejuízo ou dano. Mesmo que concorde em participar, o(a) Sr.(a) poderá desistir a qualquer momento, sem que isso lhe traga qualquer prejuízo.

Caso deseje, o(a) Sr.(a) poderá obter mais informações sobre a pesquisa mediante contato com a pesquisadora principal da pesquisa, ou com o Comitê de Ética em Pesquisa, pelos seguintes meios:

**Pesquisadora principal:** Alcinda Maria Machado Godoi.

**Telefone:**

**Endereço eletrônico:**

**Comitê de Ética em Pesquisa da SES/DF: 3325-4955**

**Comitê de Ética em Pesquisa da FS da UnB: 3107-1947**

Caso o(a) Sr.(a) concorde em participar desta pesquisa, por favor, preencha os seus dados e assine as duas vias do consentimento de participação (uma via ficará com o Sr(a) e a outra ficará com a pesquisadora responsável).

### DADOS DE IDENTIFICAÇÃO DO PARTICIPANTE DA PESQUISA

NOME: \_\_\_\_\_

DOCUMENTO DE IDENTIDADE Nº: \_\_\_\_\_ SEXO: M ( ) F ( )

DATA NASCIMENTO: ...../...../.....

PROFISSÃO: \_\_\_\_\_

LOCAL DE TRABALHO: \_\_\_\_\_

ENDEREÇO: \_\_\_\_\_

BAIRRO: \_\_\_\_\_ CIDADE: \_\_\_\_\_

CEP: \_\_\_\_\_ - \_\_\_\_\_ TELEFONE:(.....) \_\_\_\_\_

### CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO

Declaro que, após ter lido as informações acima sobre a pesquisa “CRIMINALIZAÇÃO DA TRANSMISSÃO SEXUAL DO HIV: UMA ABORDAGEM BIOÉTICA”, ter esclarecido minhas dúvidas com o pesquisador e ter entendido o que me foi explicado, concordo em participar desta pesquisa.

Brasília, \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_.

\_\_\_\_\_  
**Participante da pesquisa**

\_\_\_\_\_  
Alcinda Maria Machado Godoi  
**Pesquisadora principal**

# ANEXO 1



GOVERNO DO DISTRITO FEDERAL  
SECRETARIA DE ESTADO DE SAÚDE  
Fundação de Ensino e Pesquisa em Ciências da Saúde



COMITÊ DE ÉTICA EM PESQUISA/SES-DF

PARECER Nº 0254/2011

**PROTOCOLO Nº DO PROJETO: 191/2011 – CRIMINALIZAÇÃO DA TRANSMISSÃO DO HIV: UMA ABORDAGEM BIOÉTICA.**

**Instituição Pesquisada: Secretaria de Saúde do Distrito Federal/SES-DF.**

**Área Temática Especial: Grupo III (não pertencente à área temática especial), Ciências da Saúde.**

**Validade do Parecer: 05/07/2013**

Tendo como base a Resolução 196/96 CNS/MS, que dispõe sobre as diretrizes e normas regulamentadoras em pesquisa envolvendo seres humanos, assim como as suas resoluções complementares, o Comitê de Ética em Pesquisa da Secretaria de Estado de Saúde do Distrito Federal, após apreciação ética, manifesta-se pela **APROVAÇÃO DO PROJETO**.

Esclarecemos que o pesquisador deverá observar as responsabilidades que lhe são atribuídas na Resolução 196/96 CNS/MS, inciso IX.1 e IX.2, em relação ao desenvolvimento do projeto. **Ressaltamos a necessidade de encaminhar o relatório parcial e final, além de notificações de eventos adversos quando pertinentes.**

Brasília, 06 de julho de 2011.

Atenciosamente,

  
Maria Rita Carvalho Garbi Novaes  
Comitê de Ética em Pesquisa/SES-DF  
Coordenadora

AL/CEP/SES-DF

Fundação de Ensino e Pesquisa em Ciências da Saúde - SES  
Comitê de Ética em Pesquisa  
Fone/Fax: 3325-4955 - e-mail: cepesdf@saude.df.gov.br  
SMHN - Q. 501 - Bloco "A" - Brasília - DF - CEP: 70.710-907  
BRASILIA - PATRIMONIO CULTURAL DA HUMANIDADE