



UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA
JOÃO SUSINI MAERSK

**A ADEQUAÇÃO DO DIREITO PENAL BRASILEIRO EM RELAÇÃO À
RESPONSABILIZAÇÃO CRIMINAL NA TRANSMISSÃO DO VÍRUS HIV**

Florianópolis

2016

JOÃO SUSINI MAERSK

**A ADEQUAÇÃO DO DIREITO PENAL BRASILEIRO EM RELAÇÃO À
RESPONSABILIZAÇÃO CRIMINAL NA TRANSMISSÃO DO VÍRUS HIV**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
ao Curso de Graduação em Direito, da
Universidade do Sul de Santa Catarina, como
requisito parcial para obtenção do título de
Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof. Maria Lúcia Pacheco Ferreira Marques, Dr^a.

Florianópolis

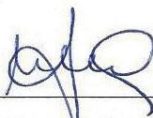
2016

JOÃO SUSINI MAERSK

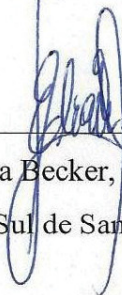
**A ADEQUAÇÃO DO DIREITO PENAL BRASILEIRO EM RELAÇÃO À
RESPONSABILIZAÇÃO CRIMINAL NA TRANSMISSÃO DO VÍRUS HIV**

Este Trabalho de Conclusão de Curso foi julgado adequado à obtenção do título de bacharel em Direito e aprovado em sua forma final pelo Curso de Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina.

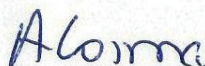
Florianópolis, 29 de junho de 2016.



Prof. e orientador Maria Lúcia Pacheco Ferreira, Dra.
Universidade do Sul de Santa Catarina



Prof. Eliana Becker, Esp.
Universidade do Sul de Santa Catarina



Prof. Andréia Catine Cosme, Msc.
Universidade do Sul de Santa Catarina

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

A ADEQUAÇÃO DO DIREITO PENAL BRASILEIRO EM RELAÇÃO À RESPONSABILIZAÇÃO CRIMINAL NA TRANSMISSÃO DO VÍRUS HIV

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico e referencial conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Sul de Santa Catarina, a Coordenação do Curso de Direito, a Banca Examinadora e o Orientador de todo e qualquer reflexo acerca deste Trabalho de Conclusão de Curso. Estou ciente de que poderei responder administrativa, civil e criminalmente em caso de plágio comprovado do trabalho monográfico.

Florianópolis, 08 de junho de 2016.



JOÃO SUSINI MAERSK

Dedico a todos aqueles que lutam pelo direito à uma vida digna e que são vitimados pelo enorme impacto do preconceito e da intolerância, que são as piores doenças que assolam o nosso meio social e as nossas instituições.

“Toda revolução de idéias começa com alguém que ousa pensar fora do comum, entendendo que nada deve parecer impossível de mudar.” (Bertold Brecht).

RESUMO

Propõe-se aqui um trabalho que objetiva apresentar uma problemática na proteção de direitos humanos diante da forma autoritária que o Direito Penal brasileiro vem tratando os casos de transmissão do vírus HIV através de relações sexuais, definindo uma adequação do atual contexto do ordenamento jurídico brasileiro. Utiliza-se o método de abordagem dedutivo, partindo de uma premissa geral para uma premissa específica, possuindo uma natureza qualitativa e utilizando o procedimento monográfico, fazendo um estudo de conceitos. A técnica de pesquisa aplicada foi a bibliográfica, por meio de artigos científicos, livros doutrinários, revistas e sites, bem como a técnica de pesquisa documental, por meio de estudos de legislação e jurisprudência, referentes ao tema. A pesquisa é fundamentada na forma exploratória, através da coordenação de informações, instruindo melhor o assunto a fim de facilitar futuras pesquisas. Percorre-se pelas informações acerca dos aspectos biológicos e científicos do vírus HIV, da abordagem do ordenamento jurídico penal brasileiro em relação à transmissão do vírus, tal como os efeitos do autoritarismo do senso comum estigmatizado e a consequência do medo de transmissão, propondo-se uma adequação às formas de responsabilização criminal nos casos de transmissão do vírus HIV.

Palavras-chave: HIV. AIDS. Descriminalização.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	11
2	O VÍRUS HIV E SEUS ASPECTOS BIOLÓGICOS E CIENTÍFICOS.....	13
2.1	A DISTINÇÃO ENTRE SOROPOSITIVO E PORTADOR DA AIDS	13
2.1.1	Vírus da Imunodeficiência Humana (HIV)	13
2.1.2	Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (AIDS ou SIDA).....	14
2.2	AS FORMAS DE PREVENÇÃO.....	15
2.2.1	Preservativo	15
2.2.2	Profilaxia Pré-Exposição (PrEP)	17
2.2.3	Profilaxia Pós-Exposição (PEP)	18
2.2.4	Tratamento como Prevenção (TASP ou TcP).....	19
2.3	A CARGA VIRAL COMO ELEMENTO CRUCIAL NA TRANSMISSÃO.....	19
2.3.1	Carga viral	20
2.3.2	Risco de transmissão	20
2.3.3	Estratégia mundial da supressão viral no combate à transmissão	21
2.4	A INFECÇÃO PELO VÍRUS	21
2.4.1	Transmissão vertical	21
2.4.2	Transmissão horizontal.....	21
2.4.3	O diagnóstico da infecção pelo HIV	22
2.4.4	A intransmissibilidade do HIV pelos soropositivos com carga viral indetectável.....	22
2.5	O TRATAMENTO E OS MEDICAMENTOS ANTIRRETROVIRAIS (ARV)	24
2.5.1	Tratamento com ARV	24
2.5.2	Distribuição dos medicamentos ARV	24
2.5.3	A vacina contra o HIV	25
3	A TRANSMISSÃO DO VÍRUS HIV E O DIREITO PENAL BRASILEIRO	26
3.1	FORMAS DE RESPONSABILIZAÇÃO NA ESFERA PENAL.....	26
3.1.1	Tentativa de Homicídio Simples.....	27
3.1.2	Tentativa de Homicídio Qualificado por meio insidioso	28
3.1.3	Crime de Lesão Corporal (Gravíssima) por Transmissão de Enfermidade Incurável.....	28
3.1.4	Crime de Lesão Corporal Seguida de Morte	29

3.1.5 Crime de Perigo de Contágio de Moléstia Grave.....	30
3.1.6 Crime de Perigo para a Vida ou Saúde de outrem.....	31
3.1.7 Crime de Perigo de Contágio de Moléstia Venérea.....	31
3.2 AS JURISPRUDÊNCIAS E OS ENTENDIMENTOS	32
3.3 DA RESPONSABILIZAÇÃO CRIMINAL	34
3.3.1 Aspectos essenciais de direito penal.....	35
3.3.1.1 Teoria finalista da ação	35
3.3.1.2 Fato típico.....	36
3.3.1.3 Conduta.....	36
3.3.1.4 Omissão	37
3.3.1.5 Resultado	37
3.3.2 Da tentativa.....	38
3.3.2.1 Do crime impossível.....	38
3.3.3 Praxis do crime doloso	39
3.4 OS CONFLITOS E AS DIVERGÊNCIAS NA RESPONSABILIZAÇÃO CRIMINAL	40
3.4.1 Implicações gerais acerca legislação	40
3.4.2 A tipificação como crime contra a vida	41
3.4.3 Diferença entre Moléstia e Enfermidade incurável.....	42
3.5 O PROJETO DE LEI (PL) 198/2015.....	42
3.5.1 A tipificação da transmissão do HIV como um crime hediondo.....	43
3.5.2 As Diretrizes internacionais sobre HIV/AIDS e Direitos Humanos	44
3.5.3 A tipificação criminal acerca do tema	45
3.5.4 A aprovação do PL 198/2015	45
4 A DISSEMINAÇÃO DO MEDO COMO TENTATIVA DE COMBATE À	
TRANSMISSÃO.....	47
4.1 BREVE ESTUDO HISTÓRICO	47
4.1.1 O surgimento do vírus HIV	47
4.1.2 O primeiro caso no Brasil.....	48
4.2 DIREITOS HUMANOS, DIREITOS FUNDAMENTAIS E A LEGISLAÇÃO	
VIGENTE.....	48
4.2.1 Direitos humanos.....	48
4.2.2 Direitos Fundamentais.....	50

4.2.3	Legislação Vigente	52
4.3	MITOS, ESTIGMAS E PRECONCEITO DO SENSO COMUM	52
4.3.1	O surgimento	53
4.3.2	Desconhecimento e amedrontamento	54
4.3.3	Consequências e efeitos	55
4.4	A VIOLÊNCIA INSTITUCIONALIZADA CONTRA OS SOROPOSITIVOS	56
4.4.1	A invisibilização do soropositivo	57
4.4.2	A transformação do soropositivo em algoz	57
4.4.3	A segregação do outro como finalidade do autoritarismo	59
4.4.4	A privação da liberdade como efeito do autoritarismo.....	61
4.4.5	O direito e a criminalização do outro	64
4.5	DESCRIMINALIZAÇÃO	65
5	CONCLUSÃO	68
	REFERÊNCIAS	70
	ANEXOS	81
	ANEXO A – Second International Consultation on HIV/AIDS and Human Rights (E/CN.4/1997/37).....	82
	ANEXO B – Anotações para voto oral do RE 635.659 acerca da descriminalização do porte de drogas para consumo próprio	141
	ANEXO C – 10 razões para se opor à criminalização da exposição ou transmissão do HIV.....	158

1 INTRODUÇÃO

O tema do presente trabalho de conclusão de curso foi escolhido pela necessidade de se demonstrar que os operadores do direito devem ter a capacidade de buscar o conhecimento a fim de transcender e lutar para transformar a sociedade que vivem, pois somente desta forma se desconstroem relações de poder que impõem comportamentos e que influenciam nos direitos sexuais alheios.

Esta pesquisa é composta de um problema e hipóteses a fim de gerar conhecimento a partir das características de uma pesquisa básica, constituída a partir de conclusões lógicas, referenciais teóricos e documentos existentes, de forma experimental, considerando-se as buscas de informações em outras pesquisas realizadas sobre este tema.

O problema de pesquisa trata de uma grande controvérsia em relação aos tipos penais aplicados na transmissão do Vírus da Imunodeficiência Humana (HIV) como crime doloso, tendo em vista que os critérios vigentes utilizados na responsabilização criminal dos soropositivos são desatualizados em nosso ordenamento jurídico, não fazendo jus às características biológicas e nem aos grandes avanços científicos relacionados ao tema, cabendo um estudo crítico aprofundado da saída via criminalização que é almejada como solução dos problemas da temática em questão, que não obstante é um tabu polêmico e corrente na sociedade atual.

O tema é de relevante importância para a sociedade por ser uma questão de direitos humanos e saúde pública, pois existem recomendações no sentido de que a criminalização da transmissão não deve ser um intento de solucionar a questão da epidemia do HIV.

O objetivo desta pesquisa é definir uma adequação do atual contexto do ordenamento jurídico brasileiro em relação à responsabilização criminal nos casos de transmissão do vírus HIV através de relações sexuais, descrevendo aspectos biológicos e científicos do vírus, fazendo esclarecimentos acerca da transmissão, além de expor e contrapor os critérios utilizados no tratamento dado pelo ordenamento jurídico brasileiro na atualidade em relação a este tema, discutindo-se acerca das controvérsias dos tipos penais aplicados buscando-se, por fim, definir uma adequação em relação à forma de responsabilização criminal, tendo em vista todo o estudo feito a partir deste tema.

A presente pesquisa busca na literatura formal o fundamento para estudar as condições existentes do atual ordenamento jurídico penal brasileiro, relativamente às normas legais e jurisprudências, expondo-se o que consta a respeito das digressões médicas e

científicas a respeito do vírus HIV, seu funcionamento e distinção da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (AIDS) propriamente dita, além das técnicas de tratamento atualmente vigentes, no sentido de buscar reestruturar o ordenamento jurídico e legislativo brasileiro quanto à tipificação da transmissão do vírus como um crime doloso.

Utiliza-se o método de abordagem dedutivo, que parte de uma premissa geral para uma premissa específica, possuindo uma natureza qualitativa, utilizando o procedimento monográfico, a fim de fazer um estudo de conceitos, com o intuito de elaborar a proposição de uma sugestão em relação à adequação do ordenamento jurídico penal brasileiro acerca do tema.

A técnica de pesquisa aplicada foi a bibliográfica, por meio de artigos científicos, livros doutrinários, revistas e sites, bem como a técnica de pesquisa documental, por meio de estudos de legislação e jurisprudência referentes à temática em questão. Desta maneira, a presente pesquisa tem a sua fundamentação em forma exploratória, sendo feita através da coordenação de informações, instruindo melhor acerca do assunto e facilitando futuras pesquisas relacionadas a este estudo.

O primeiro capítulo de desenvolvimento trata dos aspectos biológicos e científicos do vírus HIV, fazendo-se a distinção de soropositivo e portador da síndrome da imunodeficiência adquirida, transmissão do vírus, métodos preventivos, carga viral como elemento crucial na transmissão e tratamento com medicamentos antirretrovirais.

O segundo capítulo de desenvolvimento trata da abordagem do Direito Penal brasileiro em relação à transmissão do vírus HIV, especificando as formas de responsabilização na esfera penal, desvelando-se acerca da criminalização sob a perspectiva do conceito de crime doloso contra a vida, aprofundando-se no que diz respeito aos entendimentos e jurisprudências, bem como o desfibramento dos conflitos e das divergências nas tipificações como crime e, também, fazendo algumas considerações acerca do PL 198/2015 que, atualmente, tramita no sentido de tipificar a transmissão do vírus como um crime hediondo.

Por fim, o terceiro capítulo de desenvolvimento trata acerca da sociedade autoritária de senso comum reprodutora de estigmas, bem como a consequência do medo de transmissão, fazendo-se um breve estudo histórico do surgimento do vírus HIV, dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, em contrapartida aos efeitos do senso comum, estigmas, sociedade punitiva e a violência institucionalizada em relação aos soropositivos sob uma perspectiva crítica.

2 O VÍRUS HIV E SEUS ASPECTOS BIOLÓGICOS E CIENTÍFICOS

Neste capítulo serão tratados os aspectos biológicos e científicos acerca do vírus HIV.

2.1 A DISTINÇÃO ENTRE SOROPOSITIVO E PORTADOR DA AIDS

Existe uma grande confusão em torno das siglas HIV e AIDS, pois a falta de informação em relação às distinções leva a uma confusão crônica em relação aos assuntos.

Ser portador do Vírus HIV é diferente de ter AIDS. Um soropositivo necessariamente é portador do Vírus HIV, mas não significa que seja detentor da AIDS. (FUNDAÇÃO INSTITUTO OSWALDO CRUZ, 2016)

Assim sendo necessários os devidos esclarecimentos a respeito destas distinções.

2.1.1 Vírus da Imunodeficiência Humana (HIV)

Segundo o Ministério da Saúde, o HIV é a sigla em inglês do 'Vírus da Imunodeficiência Humana e é um retrovírus, classificado na subfamília dos *lentiviridae* que, ao entrar em contato com o organismo humano, invade e se instala dentro de células do sistema imunológico, que são encarregadas na defesa do organismo comandando respostas imunológicas diante de agentes externos. (BRASIL, 2014c)

As células mais atingidas pelo vírus são os linfócitos T CD4+, que são os glóbulos brancos do sistema imunológico. O vírus leva um longo período para a incubação antes do surgimento de possíveis sintomas. (DIFERENÇAS..., 2015)

O médico infectologista Ricardo Hayden, coordenador do programa DST-AIDS da Secretaria Municipal de Santos, afirma que “O HIV possui um genoma bastante simples: são apenas nove genes, uma quantidade insignificante se considerarmos os milhares do genoma humano, e são esses genes que ele usa para replicar-se, isto é, para fazer cópias de si mesmo.” (HAYDEN, 2011)

Ao se instalar no organismo dentro dos glóbulos brancos do sistema imunológico, ele consegue se multiplicar e se espalhar pela corrente sanguínea podendo, com o passar do tempo, iniciar um processo de diminuição na capacidade de defesa do organismo pela depreciação dos linfócitos T CD4+, possibilitando eventualmente o surgimento de possíveis sintomas indicadores da sua presença, não possuindo um tempo específico para isto, o HIV

pode levar vários anos dentro de um organismo sem qualquer manifestação. (DIFERENÇAS..., 2015; REZENDE, 2013)

Todavia ele pode, em alguns casos, vir a se manifestar através de febre, fadiga, dor de cabeça, tosse, dor de garganta, diarreia e o surgimento de discretos nódulos palpáveis sob a pele, que são pequenos inchaços ocasionados devido à infecção dos gânglios linfáticos (linfonodos), que são responsáveis pela circulação da linfa e onde se estabelecem os linfócitos, células de defesa do corpo. (LABORATÓRIO CENTRAL, 2010; REZENDE, 2013; SANJAR; QUEIROZ; MIZIARA, 2011)

2.1.2 Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (AIDS ou SIDA)

Já a *Acquired Immune Deficiency Syndrome* (AIDS) também chamada de síndrome de imunodeficiência adquirida (SIDA) é uma “condição de deficiência do sistema imunológico, adquirida por via sexual, transfusão de sangue contaminado ou uso coletivo de drogas injetáveis.” (AIDS, 2004)

Ela representa o mais avançado estágio pela infecção do vírus HIV, pela ação de uma alta carga viral e com o comprometimento do sistema imunológico, podendo surgir doenças oportunistas e neoplasia. (GORI; LEITE, 2003)

Neste momento faz-se necessário destacar que a AIDS “[...] não tem uma manifestação única e caracteriza-se pelo aparecimento de várias doenças sucessivas e/ou simultâneas, devido ao enfraquecimento das defesas do organismo.” (RODRIGUES et al., 2011).

A AIDS não é causada espontaneamente, mas sim pela decorrência da ação do vírus HIV dentro do organismo. (FUNDAÇÃO DRACENENSE DE EDUCAÇÃO E CULTURA, 2015)

A síndrome de perfil crônico, que ainda não possui cura, possui tratamento efetivo e é um quadro de enfermidades ocasionado pela não adesão ou ausência do tratamento que ocasiona a diminuição das células de defesa, podendo “[...] aparecer entre oito e dez anos após a infecção pelo HIV [...]. Esse tempo, porém, varia de pessoa para pessoa. Há casos em que a aids demora mais tempo para se manifestar, podendo a presença do HIV passar despercebida por vários anos.” (LABORATÓRIO CENTRAL, 2010).

Ela leva algum tempo para surgir, pois o que definirá a possível detecção desta síndrome será uma série de fatores como, por exemplo, o volume de Carga Viral e a deficiência de linfócitos T CD4+ no organismo do portador, que podem ser mensurados e

analisados mediante exames específicos. (FUNDAÇÃO DRACENENSE DE EDUCAÇÃO E CULTURA, 2015)

O médico infectologista Ricardo Hayden (2011), coordenador do programa DST-AIDS da Secretaria Municipal de Santos, afirma que “existem pessoas não progressoras da infecção que, mesmo sem tomar medicamentos, mantêm o vírus controlado e as células CD-4 num nível adequado.”

O tratamento serve para impedir o avanço do vírus, impedindo que possivelmente “[...] atinja estágios mais complicados. Por isso, ele é a grande arma no combate à AIDS.” (HAYDEN, 2011).

O fato é que a AIDS, quando não devidamente tratada, inviabiliza a defesa contra micro-organismos invasores, deixando o organismo mais vulnerável a infecções por doenças oportunistas. (FUNDAÇÃO DRACENENSE DE EDUCAÇÃO E CULTURA, 2015)

Segundo o Ministério da Saúde, “Há alguns anos, receber o diagnóstico de AIDS era uma sentença de morte. Mas, hoje em dia, é possível ser soropositivo e viver com qualidade de vida. Basta tomar os medicamentos indicados e seguir corretamente as recomendações médicas.” (BRASIL, 2014b).

Pois quanto maior for a deficiência de linfócitos T CD4+, maior será a vulnerabilidade do paciente. Portanto, o que caracteriza a AIDS é o estágio avançado da infecção pelo vírus HIV, no qual se instalam as doenças oportunistas. (REZENDE, 2013)

2.2 AS FORMAS DE PREVENÇÃO

Existem algumas formas de prevenção, sendo a mais comum a utilização de preservativos nas relações sexuais. (BRASIL, 2015d; REZENDE, 2013)

2.2.1 Preservativo

O intento desta seção é prestar esclarecimentos acerca dos preservativos.

O preservativo é um tipo de método contraceptivo de barreira que, segundo a Bayer Pharma AG (2013):

É uma cobertura de látex muito fina que deve ser colocada sobre o pênis em ereção antes da penetração na vagina, durante o ato sexual. O preservativo evita que o esperma atinja a vagina. Alguns preservativos são cobertos por uma substância espermaticida, que ajuda a inativar os espermatozoides. É imprescindível que se utilize sempre um preservativo novo a cada relação sexual, sendo que cada um deve

ser utilizado apenas uma vez. O índice de eficácia depende da forma como é utilizado (60-80%). A prescrição médica não é necessária.

Basicamente existem dois tipos de preservativos, o preservativo masculino (camisinha masculina) e o preservativo feminino (camisinha feminina). (REZENDE, 2013)

Segundo o Departamento de DST, AIDS e Hepatites Virais, a camisinha masculina é uma espécie de capa de borracha (látex) que ao ser utilizada corretamente no ato sexual ajuda a prevenir nas infecções do vírus HIV, hepatites virais e outras doenças sexualmente transmissíveis (DST), bem como a prevenção de gravidez indesejável. (BRASIL, 2015b).

De acordo com o Ministério da Saúde, a camisinha feminina é mais lubrificada e é feita de poliuretano, material mais fino que o látex. (BRASIL, 2015a)

A camisinha feminina é uma espécie de:

[...] “bolsa” de 15 centímetros de comprimento e oito de diâmetro e possui dois anéis flexíveis. Um é móvel e fica na extremidade fechada, servindo de guia para a colocação da camisinha no fundo da vagina. O segundo, na outra ponta, é aberto e cobre a vulva (parte externa da vagina). (BRASIL, 2015a).

Os preservativos, se corretamente utilizados, reduzem em média 80% o risco de transmissão do vírus HIV, pois:

Como tal, não é realmente apropriado estimar a eficiência do preservativo em 80%. Ao mesmo tempo que 80% é a melhor estimativa singular de eficácia, também é justo dizer que verdadeira medida do efeito poderia ser tão baixa quanto 35% ou tão alta quanto 94% [...].¹ (WILKINSON, 2002, tradução nossa)

Os preservativos apesar de não garantidores de relações sexuais absolutamente seguras em todo e qualquer tipo de relação sexual, eles consideravelmente reduzem o risco de infecção quando ocorre o uso perfeito. (BIBLIOMED, 2015)

Segundo o Ministério da Saúde "o preservativo masculino é distribuído gratuitamente em toda a rede pública de saúde" (BRASIL, 2015b).

Todavia, apesar da divulgação e distribuição gratuita dos preservativos, seu uso ainda é repleto dos mais inúmeros equívocos e preconceitos por parte da sociedade. (HOMENS..., 2009)

¹ “As such, it is not really appropriate to estimate condom effectiveness at 80%. While 80% is the best single estimate of effectiveness, it is also fair to say that the true measure of the effect could be as low as 35% or as high as 94% [...]” (WILKINSON, 2002)

2.2.2 Profilaxia Pré-Exposição (PrEP)

Outrossim, nos últimos anos, estamos tendo uma inegável aceleração no ritmo dos avanços científicos, uma delas tão em voga é a utilização das profilaxias, que são usos de medicamentos específicos por pessoas saudáveis para prevenir a infecção pelo vírus, em casos de exposição de risco.

A Profilaxia Pré-Exposição (PrEP), do inglês *Pre-exposure prophylaxis*, é a ferramenta de prevenção mais poderosa contra a transmissão do vírus HIV que existe na atualidade. (RYAN, 2014; UNITED STATES OF AMERICA, 2015b)

A *Centers for Disease Control and Prevention* (CDC) define que:

Profilaxia pré-exposição, ou PrEP, é uma opção de prevenção para as pessoas que estão em alto risco de contrair HIV. Deve ser usada de forma consistente, como uma pílula tomada diariamente, e para ser usado com outras opções de prevenção, como preservativos.² (UNITED STATES OF AMERICA, 2015b)

A PrEP “[...] é uma estratégia que envolve o uso de medicamentos anti-retrovirais (ARVs) para reduzir o risco de infecção pelo HIV em pessoas que são HIV-negativo)”³ (AVAC GLOBAL ADVOCACY FOR HIV PREVENTION, 2015, p. 1).

Os mais recentes testes evidenciaram que o uso oral diário de medicamentos anti-retrovirais por soronegativos reduz efetivamente o risco de infecção pelo HIV entre homens e mulheres que o tomarem conforme indicação médica:

Os testes clínicos recentes têm mostrado claramente que o uso diário dos medicamentos antirretrovirais tenofovir e emtricitabina da profilaxia pré-exposição oral (PrEP) reduzem drasticamente o risco de infecção pelo HIV entre homens e mulheres, que o tomarem como indicado⁴ (AVAC GLOBAL ADVOCACY FOR HIV PREVENTION, 2014).

Segundo a Agência de Notícias da AIDS (2015):

a PrEP já está em uso nos Estados Unidos desde 2012 e foi endossada pela Organização Mundial de Saúde (OMS) em 2014. No Brasil, está em avaliação por

2 “Pre-exposure prophylaxis, or PrEP, is a prevention option for people who are at high risk of getting HIV. It’s meant to be used consistently, as a pill taken every day, and to be used with other prevention options such as condoms.” (UNITED STATES OF AMERICA, 2015b)

3 “[...] is a strategy that involves use of antiretroviral medications (ARVs) to reduce the risk of HIV infection in people who are HIV-negative.” (AVAC GLOBAL ADVOCACY FOR HIV PREVENTION, 2015, p. 1)

4 “Recent clinical trials have shown clearly that daily, oral pre-exposure prophylaxis (PrEP) using the antiretroviral drugs tenofovir and emtricitabine dramatically reduces the risk of HIV infection for men and women who take it as directed.” (AVAC GLOBAL ADVOCACY FOR HIV PREVENTION, 2014)

meio de uma pesquisa conduzida em conjunto pela Fundação Oswaldo Cruz, USP e o Centro de Referência e Treinamento em Aids do Estado de São Paulo (CRT).

Atualmente, o projeto PREP Brasil que vem se estendendo pelo Brasil está disponibilizando os medicamentos antirretrovirais para soronegativos mediante voluntariado em algumas cidades do Brasil. Todavia, a disponibilização e regulamentação da PreP pelo SUS ainda é um pouco restrita, mas sua ampliação seria uma medida inovadora e teria como objetivo diminuir o aumento da incidência da transmissão do HIV, visando a proteção das pessoas que se expõem a altos riscos de infecção. (AGENCIA DE NOTÍCIAS DA AIDS, 2015; BRASIL, 2015f)

2.2.3 Profilaxia Pós-Exposição (PEP)

Ademais, temos a Profilaxia Pós-Exposição (PEP), do inglês *post-exposure prophylaxis*, que é outra poderosa ferramenta contra a infecção do vírus HIV e um procedimento que qualquer pessoa sexualmente ativa pode um dia precisar. (UNITED STATES OF AMERICA, 2015a)

A Centers for Disease Control and Prevention (CDC) explica que:

PEP é o uso de drogas anti-retrovirais após um evento de alto risco que objetiva parar o HIV de fazer cópias de si mesmo e de se espalhar por seu corpo. PEP deve ser iniciada o mais cedo possível para ser eficaz—e sempre no prazo de até 3 dias após uma possível exposição.⁵ (UNITED STATES OF AMERICA, 2015a)

A PEP é utilizada em casos de exposição de risco, a fim de evitar a contaminação da pessoa exposta, bem como pelos próprios profissionais da saúde na atividade laboral em decorrência de acidentes no manuseio de seringas e agulhas. E apesar de pouca divulgação, estes medicamentos para a profilaxia pós-exposição (PEP) já são distribuídos gratuitamente pelo SUS desde 2010. (BRASIL, 2013a; SOCIEDADE BRASILEIRA DE FARMÁCIA HOSPITALAR E SERVIÇOS DE SAÚDE, 2016)

5 “PEP is the use of antiretroviral drugs after a single high-risk event to stop HIV from making copies of itself and spreading through your body. PEP must be started as soon as possible to be effective—and always within 3 days of a possible exposure.” (UNITED STATES OF AMERICA, 2015a)

2.2.4 Tratamento como Prevenção (TASP ou TcP)

Por fim, dentre as estratégias para a prevenção da transmissão do HIV destaca-se o *Treatment as Prevention* (TASP), ou Tratamento como Prevenção (TcP), em português. (AVERT, 2016)

O Programa Conjunto das Nações Unidas sobre o HIV/AIDS do Brasil (UNAIDS BRASIL) esclarece que o TcP é o uso de medicamentos antirretrovirais dos portadores do vírus HIV que os fazem alcançar a carga viral indetectável. Em decorrência disso, é cientificamente demonstrado que pessoas que vivem com o HIV e que possuem a carga viral indetectável, além de ter uma melhora na qualidade de vida, evitam a transmissão do vírus, estando sob efetivo tratamento. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2015a).

A adesão ao TcP é uma estratégia primordial na prevenção da transmissão do vírus, pois impede a proliferação do vírus. Desde o final de 2013 qualquer portador do vírus HIV, independente do estágio da infecção, têm acesso ao tratamento e aos medicamentos antirretrovirais gratuitamente pelo SUS. (BRASIL, 2013a)

Segundo o Ministério da Saúde:

A oferta com antirretrovirais é uma medida inovadora, com impacto na saúde individual porque garante a melhoria da qualidade de vida das pessoas infectadas pelo HIV e reduz a transmissão do vírus. Isso porque a pessoa em tratamento com antirretrovirais, ao diminuir a carga viral, reduz a propagação do HIV. (BRASIL, 2013a)

Portanto, a adesão ao tratamento, fazendo o uso de medicamentos antirretrovirais sob acompanhamento médico, também é uma forma de proteção não só da própria saúde do soropositivo porém do parceiro sexual e da sociedade como um todo, pois é uma forma alternativa de prevenção extremamente eficaz.

2.3 A CARGA VIRAL COMO ELEMENTO CRUCIAL NA TRANSMISSÃO

A ausência de tratamento pelo portador resultará na potencialidade de risco de transmissão, tendo em vista que o HIV é um vírus multiplicável que gradualmente combate as os linfócitos, que são células sanguíneas responsáveis pelo combate a agentes externos. (REZENDE, 2013)

Em havendo detectabilidade de uma relevante carga viral, quanto maior for a carga viral, maior a probabilidade de transmissão sendo, portanto, o elemento crucial para a transmissão. (AIDS VANCOUVER, 2014)

2.3.1 Carga viral

A carga viral do HIV é uma avaliação quantitativa do RNA do HIV que relata o número de cópias do vírus em 1 (um) mililitro de sangue, determinando a quantidade da população viral existente no organismo de um paciente soropositivo, bem como a sua taxa de replicação. Em outras palavras, a carga viral é a quantidade de HIV no corpo fluido. (BRASIL, 2013; SOUZA, 2015b; UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA, 2016)

2.3.2 Risco de transmissão

O risco da transmissão do vírus HIV se dá quando não se tem uma carga viral controlada, ou seja, quando o soropositivo não está sob efetivo tratamento, que é a ingestão regular de medicamentos antirretrovirais. (CAIRNS, 2015; VASCONCELOS, 2015)

Ocorre que com a devida ingestão regular de medicamentos antirretrovirais a carga viral torna-se indetectável, pois os medicamentos antirretrovirais têm a função de reduzir a quantidade de vírus presente no sangue até que não seja mais detectável pelos exames laboratoriais, significando que o vírus não estará mais se multiplicando e nem sofrendo mutações, não se tornando resistente às composições dos medicamentos. A carga viral indetectável também pode ser chamada de supressão viral. (CAIRNS, 2015; SOUZA, 2015b; VASCONCELOS, 2015)

O soropositivo de carga viral indetectável possui uma função imunológica não-comprometida, tem uma expectativa de vida normal como qualquer outra pessoa e não é um potencial transmissor sexual do vírus. (AIDS VANCOUVER, 2014)

Todavia, isto não significa que ele está isento de ter o vírus recluso dentro de algumas células do organismo, mas ele está eximido da multiplicação viral, da ocorrência de danos ao sistema imunológico e do risco de transmissão. (AIDS VANCOUVER, 2014)

2.3.3 Estratégia mundial da supressão viral no combate à transmissão

Uma das metas pactuadas pela UNAIDS, cujos objetivos até 2020 são testar, em todo o mundo, ao menos 90% das pessoas que vivem com vírus HIV, tratar 90% delas e que 90% destas alcancem uma carga viral indetectável. E, segundo o Ministério da Saúde, 91% dos brasileiros adultos que vivem com HIV e AIDS, com pelo menos 6 meses de tratamento, já possuem carga viral indetectável, não sendo mais, portanto, transmissores do vírus. (BRASIL, 2016a; ROCHA, 2016)

Portanto, em termos de saúde pública, o Brasil já obteve um grande avanço quanto à prevenção da transmissão do vírus.

2.4 A INFECÇÃO PELO VÍRUS

O vírus HIV está presente no sangue e nos fluidos corporais como o sêmen, secreção vaginal e leite materno e a infecção se dará a partir da transmissão do vírus, podendo ocorrer nas formas vertical ou horizontal. (BRASIL, 2016b; NEGRA, 2004)

2.4.1 Transmissão vertical

De acordo com a UNICEF (FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A INFÂNCIA, 2016b), a transmissão vertical ocorre na geração de descendentes quando a gestora soropositiva desconhece o seu status sorológico, não estando sob o devido tratamento preventivo, podendo ocorrer através da gestação, parto ou amamentação.

Os portadores do vírus podem se reproduzir normalmente, porém é indispensável que a gestora faça “acompanhamento pré-natal e profilaxia específicos, além de cuidados especiais durante o parto e o aleitamento da criança.” (FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A INFÂNCIA, 2016a), a fim de evitar a transmissão e cuidar da própria saúde.

2.4.2 Transmissão horizontal

A transmissão horizontal ocorre através de relações sexuais, transfusão de sangue, uso de seringa ou agulha contaminadas e instrumentos que furam ou cortam sem a devida esterilização. (NEGRA, 2004)

Cumpra esclarecer que a infecção através de relações sexuais pode ocorrer através do sexo oral, vaginal e anal sem o uso de preservativos, da PREP ou, no caso de parceiros sorodiscordantes, quando o soropositivo não realiza adequadamente o TcP. (SOUZA, 2012)

Todavia, na decorrência de ter havido uma exposição de risco de contaminação, pode-se, ainda, recorrer ao uso da PEP como prevenção de infecção. (UNITED STATES OF AMERICA, 2015a)

2.4.3 O diagnóstico da infecção pelo HIV

O diagnóstico da infecção pelo vírus HIV é regulamentado pela Portaria 29 de 17 de dezembro de 2013, que aprovou o Manual Técnico para o Diagnóstico da Infecção pelo HIV em Adultos e Crianças, autorizando que as testagens de infecção pelo vírus sejam efetuadas gratuitamente em laboratórios especializados, como os Centros de Testagem e Aconselhamento (CTA), atendimentos em Unidades de Testagem, ONGs, dentre outros. (BRASIL, 2013b)

Após suspeita de risco de infecção pelo HIV, deve-se considerar o tempo necessário para que o exame detecte a presença do HIV no sangue ou fluido corporal utilizado para o diagnóstico da infecção. A duração desse período depende do tipo do teste, da sensibilidade e do método utilizado para detectar o marcador, seja ele RNA viral, DNA pró-viral, antígeno p24 ou anticorpo. Por isso, é preciso estar atento a esse período em casos de risco de infecção recente e resultado negativo de sorologia anti-HIV. (BRASIL, 2016b)

Quando uma pessoa é diagnosticada portadora do vírus ela é prontamente encaminhada para a Unidade Básica de Saúde (UBS) do Sistema Único de Saúde (SUS) ou para algum Serviço de Assistência Especializada. (BRASIL, 2016b)

O Brasil oferece tratamento gratuito e de qualidade para o HIV/AIDS, além de ser considerado uma referência mundial pela ONU. (BRASIL, 2015e)

2.4.4 A intransmissibilidade do HIV pelos soropositivos com carga viral indetectável

O problema da epidemia se dá ao fato de desconhecer efetivamente a sorologia do parceiro com o qual se relaciona.

Segundo o Boletim dos médicos suíços:

uma pessoa soropositiva que não sofra de qualquer outra DST e que esteja sob tratamento antirretroviral (ARV), com completa supressão viral (condição designada

como «terapêutica e eficaz» não é transmissora do vírus HIV através de contato sexual⁶ (VERNAZZA, 2008, p. 165)

Segundo Cairns (2015) a PARTNER, que é um estudo observacional com foco no risco sexual de transmissão do vírus HIV feito pela *Centre for Health & Infectious Disease Research* (CHIP) sediado no Rigshospitalet da University of Copenhagen, constatou que ninguém com carga viral indetectável, seja heterossexual ou homossexual, é transmissor do vírus HIV.

Em outras palavras, quando uma pessoa soropositiva está sob tratamento, a quantidade de vírus de dentro do seu organismo cai a ponto de tornar-se indetectável, não estando mais onde se faz possível transmitir e, em consequência disso, ela não é mais uma transmissora. (VERNAZZA, 2008)

Este estudo foi apresentado na *21st Conference on Retroviruses and Opportunistic Infections* que ocorreu em 2014 e veio assegurar que manter relações sexuais com parceiros soropositivos de carga viral indetectável é, de fato, seguro. (CAIRNS, 2015)

E Carter (2015) explica que:

Muitas transmissões de HIV em casais sorodiscordantes ocorrem quando o parceiro soropositivo tem uma contagem alta de CD4 e poderia, portanto, ser inelegível para a terapia antirretroviral em locais onde as diretrizes recomendam o tratamento com CD4 abaixo de 500 ou abaixo de 350, segundo relatam os pesquisadores na Plos One.⁷

Consequentemente, constata-se que é inseguro relacionar-se com um parceiro que acredita ser soronegativo e desconhece de sua sorologia, pois se for portador do vírus, naturalmente poderá deter uma carga viral relevante pela ausência de tratamento sendo, portanto, um potencial transmissor.

Todavia, recomenda-se que não se deve abrir mão do uso de preservativos, pois também evitam a transmissão de hepatites virais e outras doenças sexualmente transmissíveis (DST), bem como a prevenção de gravidez indesejada, sem falar do risco de transmissão de um vírus mais resistente ao soropositivo de carga viral indetectável. (BRASIL, 2015b)

6 “Une personne séropositive ne souffrant d’aucune autre MST et suivant un traitement antirétroviral (TAR) avec une virémie entièrement supprimée (condition désignée par «TAR efficace» ci-après) ne transmet pas le VIH par voie sexuelle, c’est-à-dire qu’elle ne transmet pas le virus par le biais de contacts sexuels” (VERNAZZA, 2008, p. 165)

7 “Many HIV transmissions in sero-discordant couples occur when the HIV-infected partner has a high CD4 count and may therefore be ineligible for antiretroviral therapy (ART) in settings where guidelines recommend treatment at CD4 counts below 500 or below 350, investigators report in PLOS ONE” (CARTER, 2015)

2.5 O TRATAMENTO E OS MEDICAMENTOS ANTIRRETROVIRAIS (ARV)

O tratamento antirretroviral objetiva suprimir a quantidade de HIV no corpo fluido do paciente até que não seja mais detectável. (SOUZA, 2015b)

Os medicamentos antirretrovirais surgiram por volta de 1980 a fim de impedir a multiplicação do vírus no organismo, evitando a deterioração do sistema imunológico. Eles são distribuídos gratuitamente pelo SUS desde 1996, sendo o Brasil um dos países mais combativos em relação à epidemia, ao facilitar o seu acesso para a população. (GRUPO DE INCENTIVO À VIDA, 2016c; REZENDE, 2013)

2.5.1 Tratamento com ARV

Há alguns anos, um soropositivo sob tratamento tomava um coquetel de medicamentos, diariamente, que consistia em até 18 comprimidos. (SOUZA, 2015a)

Todavia, com os diversos progressos científicos na área da indústria farmacêutica no que dizem respeito à efetividade dos medicamentos antirretrovirais, atualmente basta um único comprimido diariamente para os soropositivos. (TRATAMENTO..., 2015)

E no que diz respeito à efetividade do tratamento antirretroviral, a qualidade e a expectativa de vida de quem vive com HIV tornaram-se equivalentes às de pessoas soronegativas. (HOSEIN, 2014)

Outrossim, devido a todos estes avanços científicos, já se fala nos medicamentos antirretrovirais como uma espécie de cura funcional. (TRATAMENTO..., 2013)

2.5.2 Distribuição dos medicamentos ARV

A Lei 9.313/96 foi responsável por tornar gratuita a distribuição de medicamentos antirretrovirais aos portadores do HIV e doentes de AIDS. (BRASIL, 1996)

Todavia, o medicamento apenas era disponibilizado aos soropositivos a partir de um determinado estágio após a infecção pelo HIV. E, em dezembro de 2013, o Ministério da Saúde anunciou uma medida que estendeu o tratamento a todo e qualquer portador do vírus, com a ampliação da distribuição de medicamentos antirretrovirais, independente do estágio da infecção pelo vírus, a fim de que o tratamento pudesse se iniciar com a confirmação da presença do vírus no organismo. (BRASIL, 2013a)

Esta medida foi responsável por tornar o Brasil o primeiro país a implantar o TcP em um sistema público de saúde, pois possui o objetivo maior de diminuição da incidência de transmissão, tendo em vista que o tratamento é uma das estratégias de prevenção mais efetivas, além da garantia da qualidade de vida aos portadores do vírus. (BRASIL, 2013a)

2.5.3 A vacina contra o HIV

No ano de 2015, uma empresa norueguesa de biotecnologia anunciou mundialmente a vacina contra o HIV. Ela é semestral e foi denominada de cura funcional e comprovadamente já obteve bons resultados. A vacina é mais efetiva que os medicamentos antirretrovirais, pois o portador poderá abandonar o tratamento ARV, permanecendo suprimida a sua carga viral. (POUJOULAT, 2015)

A ONU estima que a vacina poderá estar disponível para distribuição ainda no ano de 2016. (SOUZA, 2015a)

Explicitados todos estes aspectos, passa-se a tratar acerca do tratamento dado pelo Direito Penal brasileiro em relação aos casos de transmissão do vírus HIV.

3 A TRANSMISSÃO DO VÍRUS HIV E O DIREITO PENAL BRASILEIRO

Neste capítulo serão tratados os aspectos do Direito Penal brasileiro em relação à conduta da transmissão do vírus HIV, passando-se a evidenciar, a partir de então, uma conduta de prática sexual sem preservativo entre parceiros sexuais sorodiscordantes, ou seja, entre um soropositivo ciente e não divulgador de sua condição de portador e um soronegativo, o qual alegaria ter sido infectado na prática do ato sexual pelo portador do vírus em questão.

Importante ressaltar que ser portador do vírus HIV ou ter AIDS não significa mais sentença de morte. (REZENDE, 2014)

Além disso, é necessário enfatizar que a soronegatividade pode ser apenas uma suposta alegação da parte ofendida, tendo em vista que não existe uma forma de se comprovar, cientificamente, que o vírus transmitido ao ofendido partiu especificamente do suposto ofensor.

Na conduta em tese, existem outros critérios também a serem observados como, por exemplo, a inobservância do lapso de tempo de sua última auto testagem ou até mesmo a ausência dela em relação à data da exposição de risco que se submeteu, haja vista que, ainda assim, isto não indicaria uma certeza concreta na transmissão do vírus por parte do alegado agente soropositivo, considerando-se que o ofendido pode ser apenas um mero desconhecedor de seu status até o momento em que descobrira o seu status de soropositivo após a data do ato da conduta sexual desprotegida em questão com o portador do vírus.

3.1 FORMAS DE RESPONSABILIZAÇÃO NA ESFERA PENAL

Apesar de ponderar-se os mais diversos aspectos negativos em relação à criminalização da transmissão do vírus HIV, existem formas de se responsabilizar criminalmente mesmo sem a existência de uma norma específica para o caso. (REZENDE, 2013)

Em consulta ao Código Penal, existem algumas possibilidades de possivelmente responsabilizar criminalmente a conduta da transmissão do vírus HIV, apesar de que elas nutram uma série de indagações e contradições em relação a todos os avanços científicos. (BRASIL, 1940)

3.1.1 Tentativa de Homicídio Simples

Dentro da Parte Especial do Código Penal, no rol de “Crimes contra a vida” do Capítulo I, a primeira tipificação está no art. 121, caput combinado com o art. 14, inciso II, possibilitando a caracterização da conduta transmissiva como uma Tentativa de Homicídio Simples. (BRASIL, 1940; GUIMARÃES, 2011)

Acerca do homicídio, Cezar Roberto Bitencourt (2008, p. 28, grifo do autor) expõe que “*Matar alguém* é o enunciado mais conciso, objetivo, preciso e inequívoco de todo o Código Penal brasileiro [...].”

Apesar de homicídio ser um tipo penal fechado, o autor Fernando Capez (2012, p.25) explica que:

[...] o delito de homicídio é crime de ação livre, pois o tipo não descreve nenhuma forma específica de atuação que deva ser observada pelo agente. Desse modo, o agente pode lançar mão de todos os meios, que não só materiais, para realizar o núcleo da figura típica.

Damásio de Jesus (2012) esclarece que o crime de homicídio consiste na destruição da vida de um homem praticada por um outro.

Para Capez (2012) há possibilidade de se matar alguém por meios patogênicos, ou seja, com a transmissão de vírus letais como o vírus HIV, muito embora Rezende (2014) ressalte que ser portador do vírus HIV ou ter AIDS não seja mais uma sentença de morte, conforme já explicitado anteriormente.

Em casos em que sobrevier a morte conjugada a outro crime, o evento morte não pode ser doloso, pois seria qualificada pelo resultado, porque neste caso haveria um crime doloso contra a vida em concurso com um outro crime. (BITENCOURT, 2008)

Acerca do tipo penal em questão, Capez (2012, p. 35-36, grifo do autor) ainda explica que:

[...] A consumação do delito nada mais é que a última fase das várias pelas quais passa o crime (é o chamado *iter criminis* [...]). No caso dos crimes materiais, como o homicídio, a consumação se dá com a produção do resultado naturalístico morte. Trata-se de **crime instantâneo de efeitos permanentes**.

Esta incriminação é rotineira nos casos de transmissão e a sua pena é de reclusão de 6 a 20 anos, podendo-se diminuir a pena de um a dois terços. (GUIMARÃES, 2011)

3.1.2 Tentativa de Homicídio Qualificado por meio insidioso

Também no rol de “Crimes contra a vida” do mesmo capítulo, dentro da Parte Especial, a tipificação está no art. 121, §2º, inciso III combinado com o art. 14, inciso II do CP, gerando uma possibilidade de caracterizar a conduta como uma Tentativa de Homicídio Qualificado por meio insidioso, ou seja, sem que a suposta vítima tenha conhecimento da condição do portador do vírus HIV. (BRASIL, 1940; GUIMARÃES, 2011)

Rogério Greco (2013) ressalta a admissibilidade da modalidade dolosa para a tentativa e explica que a tentativa poderá ser amoldada ao tipo do art. 121, mesmo que a vítima não venha a falecer após infecção pelo vírus, tendo em vista que há medicamentos que sejam capazes de garantir sobrevida aos portadores.

Cumprе ressaltar que a aplicação do tipo homicídio para a conduta de transmissão é uma forma desproporcional e antecipada de aplicação de pena sob a ótica da tese do Direito Penal do Inimigo, formulada pelo penalista alemão Günther Jakobs, que é um resultado do pânico famigerado pelo medo social, onde se busca a obtenção do controle social sobre questões que escapam de controle. (WERMUTH, 2011 apud REZENDE, 2013; REZENDE, 2013)

Ao falar em tentativa, Damásio de Jesus (2012) explica que o seu conceito se extrai do art. 14, II, do CP, pois é quando uma execução é iniciada, todavia ela não se consuma por causa de circunstâncias alheias à vontade do agente. (BRASIL, 1940)

Esta também é uma incriminação frequente, cuja pena é de reclusão de 12 a 30 anos, podendo-se diminuir a pena de um a dois terços. (GUIMARÃES, 2011)

3.1.3 Crime de Lesão Corporal (Gravíssima) por Transmissão de Enfermidade Incurável

No rol “Das lesões corporais”, Capítulo II, dentro da Parte Especial do Código Penal, o art. 129, §2º, inciso II do CP viabiliza a designação da conduta como crime de Lesão Corporal (Gravíssima) por Transmissão de Enfermidade Incurável. (BRASIL, 1940; GUIMARÃES, 2011)

Fernando Capez (2012, p.179) explica que “O Código Penal não menciona a expressão ‘lesão corporal gravíssima’; contudo, para diferenciar esses resultados qualificadores daqueles previstos no § 1º, a doutrina e a jurisprudência fazem uso dessa nomenclatura.”

Rogério Greco (2013, p.320, grifo do autor) define lesão corporal gravíssima como “*Incapacidade permanente para o trabalho.*”

Cezar Roberto Bitencourt (2008, p.171, grifo do autor) explica que “Enfermidade, segundo os especialistas, se trata de um processo patológico em curso” e que “*Enfermidade incurável* é a doença cuja curabilidade não é conseguida no atual estágio da Medicina [...].”

E Damásio de Jesus (2012) ressalta que mesmo que quanto a incurabilidade da enfermidade, seja ela absoluta ou relativa, restará ainda assim configurada a qualificadora.

Nas palavras de Rogério Greco (2013, p.321), “Mais do que uma enfermidade incurável, a Aids é considerada uma doença mortal [...].”

Ressalta-se com a devida vênia que o autor faz uma afirmação completamente fora do contexto científico atual, pois conforme já discorrido anteriormente, ser portador do vírus HIV ou ter AIDS não significa mais uma sentença de morte. (REZENDE, 2014)

O tipo usualmente tem sido uma alternativa à Tentativa de Homicídio e a pena é de Reclusão de 2 a 8 anos para o crime consumado. (GUIMARÃES, 2011)

3.1.4 Crime de Lesão Corporal Seguida de Morte

Também no rol “Das lesões corporais”, Capítulo II, dentro da Parte Especial do Código Penal, o art. 129, §3º do CP enquadra uma designação da conduta como crime de Lesão Corporal Seguida de Morte. (BRASIL, 1940; GUIMARÃES, 2011)

Tendo em vista a publicação feita pela Associação Brasileira Interdisciplinar de AIDS (ABIA), este tipo constitui uma das possibilidades elencadas no rol de tipificações da conduta de ato sexual, sem preservativo com portadores do vírus HIV, mesmo que consensual, com amparo em decisões da justiça. (GUIMARÃES, 2011)

Damásio de Jesus (2012) explica que este é um homicídio preterintencional ou preterdoloso, ou seja, um misto de dolo e culpa onde se pune a lesão corporal a título de dolo e também a morte, resultado qualificador pela conduta culposa do sujeito. E é necessário que fique evidenciado que o sujeito não quis o resultado morte da vítima e nem eventualmente, assumindo o risco da sua produção.

Cezar Roberto Bitencourt (2008, p.174) afirma que “Se houver dolo eventual quanto ao resultado mais grave, o crime será de homicídio.”

Rogério Greco (2013) aduz que para que se possa caracterizar o crime é indispensável que seja estabelecida uma segura relação de causa e efeito entre a agressão e o evento qualificador.

Por sua vez, Capez (2012) explica que na não existência de vontade consciente dirigida ao resultado morte não se admitiria uma tentativa de lesão corporal seguida de morte.

Entretanto, é de extrema relevância ressaltar, mesmo que repetidamente, que portar o vírus HIV não caracteriza mais sentença de morte. (REZENDE, 2014)

A pena é de Reclusão de 4 a 12 anos para a sua consumação. (GUIMARÃES, 2011)

3.1.5 Crime de Perigo de Contágio de Moléstia Grave

No rol “Da periclitación da vida e da saúde”, Capítulo II, dentro da Parte Especial do Código Penal, o art. 131 do CP enquadra o portador no crime de Perigo de Contágio Moléstia Grave. (BRASIL, 1940; GUIMARÃES, 2011)

Nas palavras de Fernando Capez (2012, p. 213), o tipo consiste em um “[...] ato capaz de produzir o contágio de moléstia grave. Ao contrário do art. 130, o tipo penal não exige a prática de relações sexuais ou atos libidinosos como meios de transmitir a moléstia. Trata-se, aqui, de crime de ação livre. ”

Damásio de Jesus (2012) explica que é necessário que o agente pratique com a finalidade de transmitir a outrem a moléstia grave de que se encontra contaminado, ou seja, a fim de produzir a transmissão.

Rogério Greco (2013) explica que o elenco de moléstias graves deve ser buscado no órgão competente, no caso, o Ministério da Saúde, e que se trata de norma penal em branco. Ele também explica que, em relação à consecução da transmissão, o agente pode se valer de meios diretos ou indiretos. Os meios diretos são os que englobam os contatos físicos, que segundo classificação do autor são, por exemplo, o aperto de mão, o beijo, abraço e etc. E meios indiretos são os decorrentes da utilização de quaisquer instrumentos que possibilitem a transmissão.

Cezar Roberto Bitencourt (2008) aduz que o bem jurídico protegido se trata da integridade física e da saúde da pessoa e que a ação típica punível é a prática da transmissão de moléstia grave.

Todavia, no entendimento de Greco (2013), o dolo do agente na transmissão do vírus HIV se trata de homicídio e não do delito em questão.

A pena para este tipo é de reclusão de 1 a 4 anos e multa e tem usualmente sido uma alternativa à Tentativa de Homicídio (GUIMARÃES, 2011)

Importante ressaltar que, no caso de o sujeito passivo estar contaminado pela mesma moléstia do agente, com base no art. 17 do Código Penal, haverá crime impossível, pois não existe possibilidade de se contaminar alguém que já esteja contaminado. (BITENCOURT, 2008)

3.1.6 Crime de Perigo para a Vida ou Saúde de outrem

Ainda no rol “Da periclitção da vida e da saúde”, Capítulo II, dentro da Parte Especial do Código Penal, o art. 132, caput do CP tem embasado decisões do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro nas exposições sexuais do vírus HIV como crime de Perigo para a Vida ou Saúde de outrem. (BRASIL, 1940; GUIMARÃES, 2011)

Cezar Roberto Bitencourt (2008) explica que este tipo consiste em crime essencialmente subsidiário que só se tipifica se o fato não constituir um crime mais grave.

O crime consiste em expor a vítima em perigo de dano, seja por ação ou omissão, devendo o perigo ser direto (ocorrendo à pessoa certa e determinada) e iminente (de efetivação imediata do dano). (JESUS, 2012)

A ação tipificada é expor, pois o crime consiste no surgimento efetivo do perigo para a vida ou para a saúde de pessoa humana. (BITENCOURT, 2008)

Por se tratar de crime de perigo concreto, requer a comprovação de que o comportamento do agente trouxe, efetivamente, perigo para a vida ou para a saúde da vítima. (GRECO, 2013)

Damásio de Jesus (2012, p. 200) ainda ressalta que “O consentimento da vítima não exclui o crime. Trata-se de objetividade jurídica indisponível (vida ou saúde física e mental).”

Esta incriminação possui uma pena de detenção de 3 meses a 1 ano. (GUIMARÃES, 2011)

3.1.7 Crime de Perigo de Contágio de Moléstia Venérea

No mesmo rol, do Capítulo III, dentro da Parte Especial do Código Penal, outra forma de tipificação seria no art. 130, caput do CP qual enquadraria o portador no crime de Perigo de Contágio de Moléstia Venérea, cuja pena é de detenção de 3 meses a 1 ano ou multa. (BRASIL, 1940; GUIMARÃES, 2011).

Esse tipo também constitui uma das elencadas possibilidades de tipificação da conduta de ato sexual sem preservativo com portadores do vírus HIV, mesmo que consensual, estando amparada em decisões da justiça. (GUIMARÃES, M., 2011)

Este é um tipo penal aberto, pois a sua definição compete à medicina. (BITENCOURT, 2008)

O tipo aberto não contém a definição completa do crime e o magistrado complementa a sua tipicidade através de um juízo valorativo. (BARROS, 2011)

Bitencourt (2008) explica que o bem jurídico tutelado se trata da incolumidade física e a saúde da pessoa.

A exposição é o núcleo da infração penal em estudo, pois trata-se de crime de perigo, não exigindo que ocorra uma efetiva transmissão de moléstia venérea. (GRECO, 2013)

Bitencourt (2008) ressalta que em relação à exposição da moléstia consiste em perigo direto e iminente, devendo ser demonstrado e não presumido.

O delito pode ser praticado por qualquer pessoa que esteja efetivamente contaminada por uma doença venérea. (GRECO, 2013)

Importante esclarecer que o termo Moléstia Venérea não é mais utilizado, pois foi substituído pelo termo doenças sexualmente transmissíveis (DST). Todavia, o termo ainda utilizado na esfera penal se referia às doenças que são unicamente contraídas por via sexual, mas o vírus HIV possui diversas possibilidades de transmissão, não possuindo uma ligação única e direta com as relações sexuais, conforme já esclarecido anteriormente. (REZENDE, 2013)

A doutrina tenta resolver a transmissão do vírus HIV sob o enfoque do dolo do agente, ou seja, quando o agente almeja a morte da vítima, o que não corresponde a este tipo penal. (GRECO, 2013)

Esta tipificação já se encontra completamente afastada nos dias de hoje por posição pacífica da doutrina e da Jurisprudência. (REZENDE, 2013)

3.2 AS JURISPRUDÊNCIAS E OS ENTENDIMENTOS

Tendo em vista a jurisprudência e a doutrina, é notório que a tipificação das condutas capazes de transmitir o vírus HIV é inexoravelmente imprecisa e ainda fomenta dúvidas.

Em relação à imprecisão e dúvidas, Salo de Carvalho (2015, p. 28) explica que “Não restam dúvidas de que entre o direito legislado e o direito vivo existem lacunas e contradições muitas vezes insuperáveis.”

Diante da existência de uma variação na atribuição de crime sobre a conduta de transmissão como ora eventualmente crime tentado de homicídio, ora lesão corporal de natureza grave ou gravíssima, ou crime de perigo de contágio de moléstia grave, ou crime de perigo para a vida ou saúde de outrem ou etc., faz-se necessário evidenciar que “As decisões dos Tribunais ganham cada vez mais força no campo jurídico. [...] na atualidade o discurso da jurisprudência adquire maior legitimidade que as proposições doutrinárias.” (CARVALHO, S., 2015, p. 35)

No Habeas Corpus 98.712 de São Paulo, julgado em 05/10/2010 pelo Supremo Tribunal Federal (STF), ficou rejeitada a conduta de transmissão de HIV como crime doloso contra a vida, tendo em vista que, até aquele momento, se tinha bastante aplicabilidade tendo em vista a posição majoritária da jurisprudência. (REZENDE, 2013)

Eis a ementa do julgado:

MOLÉSTIA GRAVE – TRANSMISSÃO – HIV – CRIME DOLOSO CONTRA A VIDA VERSUS 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. Considerações (BRASIL, 2010)

Todavia, no Habeas Corpus 160.982/DF, julgado no Superior Tribunal de Justiça em maio de 2012, o Tribunal enquadrou a conduta como crime de lesão corporal de natureza gravíssima, tipo penal do art. 129, § 2º, inciso II, do Código Penal, conforme demonstrado na ementa explicitada a seguir:

HABEAS CORPUS. ART. 129, § 2.º, INCISO II, DO CÓDIGO PENAL. PACIENTE QUE TRANSMITIU ENFERMIDADE INCURÁVEL À OFENDIDA (SÍNDROME DA IMUNODEFICIÊNCIA ADQUIRIDA). VÍTIMA CUJA MOLÉSTIA PERMANECE ASSINTOMÁTICA. DESINFLUÊNCIA PARA A CARACTERIZAÇÃO DA CONDUTA.

PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA UM DOS CRIMES PREVISTOS NO CAPÍTULO III, TÍTULO I, PARTE ESPECIAL, DO CÓDIGO PENAL. IMPOSSIBILIDADE.

SURSIS HUMANITÁRIO. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO DAS INSTÂNCIAS ANTECEDENTES NO PONTO, E DE DEMONSTRAÇÃO SOBRE O ESTADO DE SAÚDE DO PACIENTE. HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, DENEGADO.

1. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 98.712/RJ, Rel.

Min. MARCO AURÉLIO (1.ª Turma, DJe de 17/12/2010), firmou a compreensão de que a conduta de praticar ato sexual com a finalidade de transmitir AIDS não configura crime doloso contra a vida. Assim não há constrangimento ilegal a ser reparado de ofício, em razão de não ter sido o caso julgado pelo Tribunal do Júri.

2. O ato de propagar síndrome da imunodeficiência adquirida não é tratado no Capítulo III, Título I, da Parte Especial, do Código Penal (art. 130 e seguintes), onde não há menção a enfermidades sem cura. Inclusive, nos debates havidos no julgamento do HC 98.712/RJ, o eminente Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, ao excluir a possibilidade de a Suprema Corte, naquele caso, conferir ao delito a classificação de "Perigo de contágio de moléstia grave" (art. 131, do Código Penal), esclareceu que, "no atual estágio da ciência, a enfermidade é incurável, quer dizer, ela não é só grave, nos termos do art.131".

3. Na hipótese de transmissão dolosa de doença incurável, a conduta deverá ser apenada com mais rigor do que o ato de contaminar outra pessoa com moléstia grave, conforme previsão clara do art. 129, § 2.º inciso II, do Código Penal.

4. A alegação de que a Vítima não manifestou sintomas não serve para afastar a configuração do delito previsto no art. 129, § 2, inciso II, do Código Penal. É de notória sabença que o contaminado pelo vírus do HIV necessita de constante acompanhamento médico e de administração de remédios específicos, o que aumenta as probabilidades de que a enfermidade permaneça assintomática. Porém, o tratamento não enseja a cura da moléstia.

5. Não pode ser conhecido o pedido de sursis humanitário se não há, nos autos, notícias de que tal pretensão foi avaliada pelas instâncias antecedentes, nem qualquer informação acerca do estado de saúde do Paciente.

6. Habeas corpus parcialmente conhecido e, nessa extensão, denegado (BRASIL, 2012)

Diante desta decisão cumpre reiterar, com a devida vênia, que não se transmite AIDS e sim o vírus HIV, com fulcro a partir da distinção feita no capítulo anterior deste trabalho, pois ficou ressaltada a frequente confusão acerca destas questões uma vez que a AIDS é uma síndrome que pode vir a surgir mediante a presença do vírus HIV no organismo humano.

Outra questão latente do julgado é que “não é suficiente para se poder concluir pelo delito do art. 129 do Código Penal sem quedar-se estreme de dúvidas. Isso porque o simples fato de a AIDS ser enfermidade incurável não acarreta o automático afastamento de sua caracterização como moléstia grave. Os dois tipos objetivos são adequados à doença em estudo.” (REZENDE, 2013)

E, também, há de se falar da falha na lógica empregada na argumentação desta decisão, quando se fala de enfermidade incurável como uma extensão de moléstia grave, assunto que será tratado mais adiante.

3.3 DA RESPONSABILIZAÇÃO CRIMINAL

O intuito desta seção é discorrer acerca da responsabilização criminal tendo em consideração a transmissão do vírus HIV.

Neste momento, é imprescindível afirmar que “O Direito é espelho da sociedade, na medida em que o pensamento coletivo afeta o que há de ser decidido sobre determinada matéria trazida à análise jurisdicional.” (REZENDE, 2013)

Paulo Queiroz (2008) simplifica que o direito penal (ou direito criminal) é elemento do ordenamento jurídico que determina os crimes e contravenções, impondo-lhes penas ou medidas de segurança.

De acordo com Amilton Bueno de Carvalho e Salo de Carvalho (2005, p.12), “[...] a lei é limite à dominação do mais forte. ”

E, no caso do surgimento do vírus HIV, denota-se que houve uma acentuada extensão dos efeitos nas dimensões sociais, éticas e políticas, que ocasionam uma série de medos, ansiedades e problemas na sociedade. (REZENDE, 2013; WEEKS, 1989)

E o direito penal representa “[...] a forma mais violenta de intervenção do Estado na vida dos cidadãos, tal intervenção, por consequência, há de ter lugar diante de ações especialmente lesivas de bens jurídicos, isto é, quando socialmente intoleráveis.” (QUEIROZ, 2008, p. 227)

Neste sentido, Julio Fabbrini Mirabete (2002) elucida que não se pode apenas viver dos estudos dos sistemas normativos, pois o Direito Penal não deve ser distanciado dos estudos da Criminologia.

A criminalização da transmissão do HIV proporciona uma enorme insegurança jurídica à população de soropositivos, além de contribuir com agravamento dos estigmas. Ela só se justificaria nas raras exceções que decorrem do exposto objetivo de causar danos, quando ocorrem de forma maliciosa e intencional. (GLOBAL COMMISSION ON HIV AND THE LAW, 2012)

Outrossim, não se pode falar em punir alguém que desconhece a sua condição sorológica, pela ausência de dolo em virtude da não consciência do agente em incorrer nos termos dos tipos legais. (REZENDE, 2013)

3.3.1 Aspectos essenciais de direito penal

Para compreender e discutir melhor as questões da responsabilização criminal se faz necessário considerar algumas questões essenciais do direito penal, afim de desobscurecer possíveis considerações.

3.3.1.1 Teoria finalista da ação

André Estefam (2005) deixa claro que, de acordo com a teoria finalista da ação, não há tipicidade sem a existência de dolo.

De acordo com Flávio Augusto Monteiro de Barros (2011) a teoria finalista, criada pelo jurista alemão Hans Welzel, consiste na conduta como um acontecimento humano, voluntário e consciente, que é dirigido a um fim.

A teoria compreende que os meios empregados pelo agente são para alcançar um objetivo, estando estes meios utilizados vinculados às consequências, bem como o objetivo pretendido, porque a conduta será finalista e dirigida de forma consciente. (BARROS, 2011)

3.3.1.2 Fato típico

Em razão do princípio da legalidade, se dá o nome de tipo à descrição legal dos elementos do crime, pois típica será toda conduta humana que corresponda a um tipo penal. (QUEIROZ, 2008)

Doravante cumpre, portanto, conceituar fato típico, ou seja, esclarecer que um crime se trata de uma conduta típica, desde que seja ilícita e culpável. (PRADO, 2010)

Nas palavras de David Medina da Silva (2005, p. 24), tipicidade “Diz respeito à adequação da conduta a um tipo penal determinado. Em não havendo essa adequação, fala-se em atipicidade. Sem tipicidade, não há fato típico.”

No Direito Penal, atipicidade é quando uma conduta não está enquadrada em leis penais. (ACQUAVIVA, 2011)

3.3.1.3 Conduta

Cumprir neste momento elucidar aspectos relacionados à conduta.

Para Silva (2005, p. 27), “[...] a palavra 'conduta' é, também, a forma genérica de identificação da atividade penalmente relevante, que se pode traduzir numa ação ou numa omissão.”

Barros (2011) elucida que ela é o comportamento dominado pela vontade humana, podendo ser contrária ou estar em conformidade com o direito, de acordo com a atitude subjetiva do agente.

A conduta será típica quando ela se ajustar à descrição da norma penal incriminadora. (QUEIROZ, 2008)

São requisitos da conduta, a existência de uma vontade dirigida a um fim e a eventual exteriorização dessa vontade por meio de uma ação ou de uma omissão, sendo esta dominada pela vontade. (BARROS, 2011)

Silva (2005) estabelece que não existe conduta quando não há vontade e representação.

E é relevante elucidar que ela está inserida na essência do fato típico, integrando-o e sendo seu pressuposto. (GOMES, 2007; SILVA, 2005)

3.3.1.4 Omissão

Existe uma equivalência na ação com o movimento para fazer com a omissão, que é deixar de se fazer algo quando deveria fazê-lo. (SILVA, 2005)

Não obstante, Günther Jakobs (2003) elucida que a omissão só será relevante se for determinante para o resultado.

Barros (2011) classifica como crime omissivo impróprio a conduta daquele que não evitar um resultado quando existir um dever jurídico de impedir determinado resultado.

De acordo com o §2º do art. 13 do Código Penal, “A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado.” (BRASIL, 1940)

Todavia, o parágrafo mencionado elenca em seus incisos, em rol taxativo, a quem é atribuído, neste caso, o dever de agir, não podendo, portanto, ser ampliado ou atribuir hipóteses que não estejam ali contempladas. (BARROS, 2011)

3.3.1.5 Resultado

De acordo com Mirabete (2002), para que o crime exista não basta apenas a existência da conduta, mas a existência de outro elemento que se chama resultado.

Silva (2005, p. 19-20) explica que “Para a concepção normativa ou jurídica não há crime sem resultado, pois todos os delitos implicam a violação de um bem jurídico, material ou não.”

E Mirabete (2002) deslinda que o art. 13 do Código Penal elucida que depende-se do resultado para que haja crime.

Consequentemente, Barros (2011) expõe que inexistente, desta forma, a antijuridicidade, que é um dos componentes essenciais de um crime.

3.3.2 Da tentativa

De acordo com o art. 14, II do Código Penal, um crime é considerado tentado quando, apesar do início de sua execução, não se consuma pela decorrência de circunstâncias alheias à vontade do agente. (ESTEFAM, 2005)

O crime tentado se distingue do crime consumado tendo em vista a interrupção do *iter criminis* por fato alheio à vontade do agente e não pela vontade do agente. (QUEIROZ, 2002)

Para Rogério Greco (2003), a tentativa sequer é compatível com o dolo eventual, pois o dolo eventual possui estrutura de imprudência, sendo tratado assim por razões de política criminal.

Nem todos os crimes admitem tentativa. Não se admite nos crimes culposos, que são sempre consumados, podendo-se apenas cogitar nos casos de crimes dolosos. (QUEIROZ, 2002)

Queiroz (2002), com base no art. 14, parágrafo único do Código Penal, explica que quando há punição por tentativa a pena é a do crime consumado, todavia com a diminuição de um a dois terços.

3.3.2.1 Do crime impossível

Esta seção possui o intuito de discorrer acerca do crime impossível, com o intuito de se aprofundar na questão da tentativa.

Dispõe o art. 17 do Código Penal que “Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime.” (BRASIL, 1940)

O crime impossível é inibidor da aplicação do tipo penal aberto da tentativa. (REZENDE, 2014)

Silva (2005) explica que o firmamento da imputação se baseia nas circunstâncias objetivas que compreendem a conduta e a produção do resultado, não dependendo da subjetividade do agente.

De acordo com o Grupo de Incentivo à Vida (2016b), o que determina objetivamente uma possível transmissão é a detectabilidade de carga viral, pois quando não há, não se oportuniza a transmissão, conseqüentemente não há nexo causal que ligue o ato do agente em questão com tal resultado.

Portanto, o crime impossível ocorre quando se verificar a impossibilidade da consumação do crime. (QUEIROZ, 2008)

3.3.3 Praxis do crime doloso

Esta seção objetiva elucidar questões que dizem respeito ao crime doloso a partir de uma exemplificação prática.

O art. 18, I do Código Penal explica que crime doloso é “[...] quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo.” (BRASIL, 1940).

Barros (2011) expõe que o dolo se trata especificamente da vontade consciente da realização de um crime.

Todavia Silva (2005, p. 126) elucida que “[...] não existe dolo de tentativa e dolo de consumação. O crime tentado é apenas um crime que deveria ter se consumado.”

Se, por exemplo, alguém alegar ter contraído o vírus HIV por ter se relacionado sexualmente sem o uso de preservativo com um agente soropositivo, sob tratamento antirretroviral e completa supressão viral (carga viral indetectável), sabendo ou não (a suposta “vítima”) acerca da soropositividade do agente portador do vírus, trata-se de uma nítida redução do alcance do nexo causal ou pelo menos uma existência de risco permitido.

Silva (2005, p. 41) ainda instrui que, “Não há imputação quando o agente tiver atuado dentro das margens do risco permitido, pois o risco permitido exclui o tipo.”

Doravante, é asseverado que “implica saber se o resultado deriva, efetivamente, do risco criado pelo autor.” (SILVA, 2005, p. 42)

Importante ressaltar que se uma pessoa se relaciona sexualmente sem fazer o uso de preservativo, ela oportuniza a si a possibilidade de ser infectada.

E é evidente que o resultado em questão é decorrido de um ato sexual com algum outro agente que possuía uma carga viral relevante, cuja detectabilidade naturalmente deriva-se do desconhecimento da soropositividade, uma vez que decorre por ausência de tratamento.

Sabendo-se que o dolo se efetiva na concretização do resultado final, baseando-se na afirmação de Silva (2005, p. 45), que diz que “[...] no dolo, existe uma finalidade conduzida para o mal.”

Imagine-se, portanto, a hipótese de um agente soropositivo, sob tratamento antirretroviral e completa supressão viral, conduzido pelo seu desejo de transmitir para outrem o vírus. Neste caso, o julgador deve entender que este agente desconhece que a sua indetectabilidade impede a transmissão, pois por mais que ele tenha a vontade de produzir um

resultado (transmitir o vírus) apenas por ser um soropositivo que está agindo com o objetivo de prejudicar, ele não terá êxito, pois ele não produzirá este resultado, sendo apenas uma vontade frustrada.

Apesar do dolo ser concebido como vontade dirigida ao resultado, a teoria que limita o juízo de imputação reduz o alcance do nexos e da causalidade, não bastando a mera representação ou o conhecimento do fato. (SILVA, 2005)

Indo mais além, no caso da suposta vítima haver descoberto ser soropositiva posteriormente ao ocorrido, é fatídico que ela contraiu o vírus em uma relação sexual com pessoa diversa que possuía carga viral relevante para transmissão, e não com o primeiro agente de completa supressão viral que teria tido a vontade de transmitir.

3.4 OS CONFLITOS E AS DIVERGÊNCIAS NA RESPONSABILIZAÇÃO CRIMINAL

Com objetivo de elucidar alguns conflitos e divergências busca-se elucidar as questões expostas a seguir.

3.4.1 Implicações gerais acerca legislação

Conforme elucidado no capítulo anterior, o risco de transmissão está relacionado com a concentração viral no organismo humano.

E o risco de transmissão sexual se dá pela concentração da carga viral nas secreções genitais, que já foi comprovado cientificamente que o tratamento eficaz, além de reduzir a carga viral sanguínea à indetectabilidade, também elimina o HIV das secreções genitais, fazendo com que não haja risco de transmissão. (VERNAZZA, 2008)

Importante ressaltar que o Presidente do Fórum de ONGs/Aids de São Paulo (Foaesp) ressalta que “[...] muitas pessoas com HIV desconhecem que estão infectadas. Assim, a responsabilidade pelas relações sexuais consensuais é das pessoas envolvidas, independentemente de sua sorologia e desta forma que deve ser encarada.” (PINHEIRO, 2015)

De acordo com a *Global Commission on HIV and the Law* (2012), as leis penais por si só não conseguem erradicar o HIV.

E a Comissão Federal Suíça para HIV/AIDS, de autoria de quatro dos especialistas de maior renome na Suíça, diz que os tribunais devem levar em consideração que soropositivos sob tratamento efetivo não transmitem o HIV sexualmente em casos de

exposição do vírus, pois o sexo desprotegido entre um portador do HIV sob terapia antirretroviral e um soronegativo não obedece os critérios da tentativa de propagação de DST e nem da tentativa de gerar lesões corporais graves, que são previstos no Código Penal Suíço. (GRUPO DE INCENTIVO À VIDA, 2016b)

Entretanto, o ordenamento jurídico brasileiro ainda possibilita que o soropositivo seja responsabilizado criminalmente nestes casos nos tipos penais trabalhados anteriormente.

Cumpramos ressaltar, portanto, a contribuição dada pelo ordenamento jurídico no agravamento dos estigmas, assunto que está mais aprofundado no próximo capítulo e que também trata da tendência da sociedade em culpabilizar o outro, transformando vítimas em algozes, mesmo quando se trata de soropositivo sob tratamento efetivo.

3.4.2 A tipificação como crime contra a vida

Cumpramos esclarecer que homicídio é um tipo penal fechado, ou seja, é aquele que possui uma definição precisa da conduta criminosa, não se exigindo nenhum juízo de valor. (BARROS, 2011; MARTINS, 2008)

Com o julgamento do HC 98.712 pelo Supremo Tribunal Federal, essa questão restou pacificada na jurisprudência, não podendo mais se falar em tipificação como homicídio. Contudo, notou-se que a controvérsia ganhou contornos ainda mais nebulosos, notadamente por não ter sido dada uma especial atenção ao caso tanto pelos Tribunais superiores quanto pela doutrina. Desta forma, padeceram dúvidas sobre qual tipo penal era mais adequado à hipótese: se o do art. 129, §2º, II, do Código Penal (lesão corporal de natureza gravíssima pela contração de enfermidade incurável) ou se o tipo penal do art. 131 do mesmo Diploma (crime de perigo de contágio de moléstia grave). (REZENDE, 2013)

Não se pode falar em transmissão incerta do vírus HIV como meio idôneo à perseguição da morte de alguém, pois configura crime impossível, inibidor da aplicação do tipo penal aberto da tentativa. (REZENDE, 2014)

Mirabete (2002) explica que o agente e o delito devem ser estudados a partir de observações e experimentações sob os mais diversos enfoques.

Reitera-se que portar o vírus HIV não denota sentença de morte, tendo em vista todos os avanços abordados no capítulo anterior. (REZENDE, 2014)

E “[...] os doutrinadores clássicos, ao tratarem do crime do art. 131 do Código Penal, acabaram classificando a AIDS também como moléstia grave, mas, logo após, pugnaram pela tipificação como lesão corporal gravíssima pela contração de enfermidade incurável.” (REZENDE, 2013).

Todavia, a maioria dos estudos no campo do direito que tratam acerca da responsabilização criminal pela transmissão do vírus HIV deixa à margem os últimos avanços científicos da pesquisa médica do tratamento do vírus. (REZENDE, 2014)

3.4.3 Diferença entre Moléstia e Enfermidade incurável

Existe um conflito entre a configuração como crime de perigo e dolo eventual na lesão corporal, ou seja, respectivamente, um se trata da intenção de se transmitir a moléstia e o outro do dolo eventual de se contrair a enfermidade incurável. (REZENDE, 2014)

Neste momento, cumpre esclarecer as diferenças entre enfermidade e moléstia.

De acordo com material apresentado e discutido na pós-graduação estrito senso da Disciplina História de Doenças da Fiocruz, a moléstia advém do latim, *molestia*, de onde se exprime desassossego, enfado, incômodo e inquietação, que significam um conjunto de fenômenos que evoluem sob a influência da mesma causa, refletindo na sensação de desconforto e mal-estar que acompanha o estado mórbido. (FUNDAÇÃO INSTITUTO OSWALDO CRUZ, 2006)

E a enfermidade, palavra também originada do latim *infirmas*, *atis*, de *infirmus*, que é resultado da fusão entre o prefixo de negação *in* com *firmus*, que significa firme, robusto e saudável. A enfermidade indica debilidade, fraqueza, perda de forças, ou seja, é um desarranjo na disposição material do corpo, caracterizando a debilitação e enfraquecimento do organismo. (FUNDAÇÃO INSTITUTO OSWALDO CRUZ, 2006)

Neste momento, retoma-se a questão tratada anteriormente acerca do Habeas Corpus 160.982/DF, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que se fala da enfermidade incurável como uma extensão de moléstia grave, pois com a devida vênia, não pode ser tratado como algo necessariamente verdadeiro, uma vez que ambas estão em planos distintos, dado que não se excluem entre si. Basta compreender simplesmente que uma determinada doença que pode ser qualificada como incurável sem necessariamente ser considerada grave. (REZENDE, 2014)

3.5 O PROJETO DE LEI (PL) 198/2015

Em 2016, a Câmara dos Deputados analisa o PL 198/2015, do deputado Pompeo de Mattos, PDT-RS, que objetiva tornar crime hediondo a transmissão consciente e deliberada

do vírus HIV, que pode levar à AIDS. O PL 198/2015 possui mesmo teor do PL 130/99, arquivado no início de 2015. (SIQUEIRA, 2015)

Importante ressaltar neste momento que o que se chama de transmissão consciente pode ser enquadrado como crime sob a perspectiva de uma confusão recorrente que ainda é feita a partir de um comportamento chamado de exposição de risco. Além de ser recorrentemente não observado criteriosamente pelo nosso ordenamento jurídico atual, tendo em vista que não se deveria deixar de levar em conta que pessoas soropositivas sob tratamento efetivo correm o risco de terem o seu comportamento sexual enquadrado pelo ordenamento jurídico como um comportamento determinante para se justificar uma alegada transmissão por qualquer pessoa que possa vir a fazer uma acusação, seja lá por quaisquer motivos que venha alegar ter sido infectada por uma pessoa sabidamente soropositiva, independentemente da observação da indetectabilidade da sua carga viral no momento da alegada exposição, o que, na verdade, impossibilitaria a pessoa acusada de ter sido a transmissora.

Soropositivos sob tratamento efetivo podem vir por alguma circunstância manter relações sexuais sem nenhum tipo de preservativo, todavia reitero que fatores relevantes como a carga viral do portador no momento de uma alegada transmissão ainda são ignorados pelo nosso ordenamento jurídico, sendo esta uma questão essencial a ser tratada no que diz respeito ao que se chama de transmissão consciente. A título de exemplo, pode-se evidenciar que o fato de casais de pessoas sorodiscordantes, ou seja, um soronegativo que mantém um relacionamento com uma pessoa soropositiva podem vir a ter filhos normalmente como qualquer outro casal, sendo isto algo amplamente desconhecido ou ignorado, pois não se pode deixar de ressaltar que, por exemplo, a mãe soropositiva sob tratamento efetivo e acompanhamento médico impede que haja a transmissão para os filhos durante a gestação, ou seja, o tratamento impede o nascimento dos filhos com o vírus, o que faz com que eles nasçam absolutamente saudáveis.

3.5.1 A tipificação da transmissão do HIV como um crime hediondo

Cumpramos esclarecer que crimes hediondos são aqueles considerados de maior potencial ofensivo tendo, portanto, penas asseveradas. A prisão se inicia no regime fechado e os condenados não podem receber graça ou anistia. (SIQUEIRA, 2015)

O objetivo dos legisladores em criminalizar a transmissão do HIV, de fato, não se trata apenas da transmissão intencional em si, mas constitui como foco principal a criminalização da vida sexual dos soropositivos, porque se baseiam em fundamentações de

um passado menos informado. E buscar deter soropositivos em relação às suas intimidades sexuais e prazer é uma forma derrotista e cínica quanto à incapacidade no enfrentamento da epidemia. (GLOBAL COMMISSION ON HIV AND THE LAW, 2012)

O deputado, autor do projeto, avalia que os portadores do vírus que possuem conhecimento do seu status sorológico devem ser responsabilizados rigorosamente ao transmitir o vírus para terceiros. (SIQUEIRA, 2015)

3.5.2 As Diretrizes internacionais sobre HIV/AIDS e Direitos Humanos

A ONU adotou as “Diretrizes Internacionais sobre HIV/AIDS e Direitos Humanos” no início de 1997 a fim de orientar que as pessoas que vivem com HIV devem ter os seus direitos humanos respeitados, não sendo submetidas a penalização e nem outras medidas coercitivas, somente com base em seu status sorológico. (GRUPO DE INCENTIVO À VIDA, 2016a)

Além de ser necessário destacar que, apesar de todos os avanços científicos e de todo o acesso às informações quanto à prevenção, diagnóstico e tratamento, hoje já facilmente tangíveis, conforme elucidado anteriormente no presente trabalho, com fulcro no anexo A, que trata do documento de diretrizes internacionais, *Second International Consultation on HIV/AIDS and Human Rights* (E/CN.4/1997/37), resta claro que, em respeito aos direitos humanos, pessoas soropositivas não devem ser submetidas a qualquer necessidade de discussão que fomenta criminalização, nem penalização ou quaisquer medidas coercitivas, unicamente com base em status sorológico, pois o fato de qualquer pessoa sexualmente ativa estar exposta ao HIV, bem como na persistência dos estigmas, discriminação em relação às pessoas que vivem com o vírus e a atual legislação punitivista, findam por instaurar obstáculos sérios (principalmente às populações chaves) em relação ao enfrentamento da epidemia e ao acesso de todos aos serviços e mecanismos que, de forma efetiva, já possuem condições de efetuar amplamente tanto a prevenção quanto o tratamento. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1996)

No que diz respeito à tolerância e dignidade da pessoa humana, a Corte Europeia de Direitos Humanos, na decisão do caso *Christine Goodwin versus United Kingdom*, ficou garantido que a sociedade deve tolerar e permitir que todos indivíduos vivam de forma digna e valorosa. (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2002)

Dessarte, “Os Estados têm a obrigação específica de protegerem e promoverem os direitos humanos, mas apenas um esforço concertado do conjunto da sociedade permitirá

fazer progredir a saúde pública e a justiça social.” (GLOBAL COMISSION ON HIV AND THE LAW, 2012, p. 14)

Portanto, diante disso, não se deve aventar a possibilidade de suscitar questões penais, pois resta claro que toda e qualquer matéria relacionada à HIV/AIDS é um assunto atinente à área da saúde e aos direitos humanos. (BRASIL, 2008)

3.5.3 A tipificação criminal acerca do tema

A repressão pelo Direito Penal é apenas uma busca de estigmatizar o problema, pois é necessário que se compreenda o escopo acerca do tema, porque a aprovação dessa matéria poderá interferir gravemente piorando os estigmas sociais acerca dos soropositivos, podendo resultar em sérios danos à sociedade.

Peter Singer (2009, p. 10) ensina que “[...] a primeira coisa que a ética não pode é ser definida como uma série de proibições ligadas ao sexo. Mesmo na era da AIDS, o sexo não coloca, absolutamente, nenhuma questão moral específica.”

Marconi Pequeno (2016) explica que se deve procurar sempre o que há de racional nas ações dos sujeitos, pois a sensibilidade emocional nem sempre é capaz de explicar o sentido das atitudes morais.

Leis que objetivam criminalizar a transmissão do HIV ou até mesmo a sua mera exposição, especialmente pelas relações sexuais, são fundamentalmente injustas, moralmente perigosas e virtualmente impossíveis de pôr em prática com qualquer aparência de justiça, pois impõem regimes de vigilância e castigo a pessoas sexualmente ativas que vivem com o vírus. (GLOBAL COMISSION ON HIV AND THE LAW, 2012)

E a punição, por ser uma forma imediata e mais fácil de se tentar resolver casos, é uma forma tentadora para políticos e autoridades de apresentarem uma “solução” a ser bem recebida pelo povo. (MAZZILLI NETO, 2007)

3.5.4 A aprovação do PL 198/2015

O Estado, ao fabricar leis penais em larga escala, busca mostrar-se protetor da integridade dos indivíduos sociais, que estão diante da penúria dos serviços de educação, desemprego e etc. Desta forma, ele deixa de lado a verdadeira solução dos problemas, reforçando a veiculação da ideia de controle punitivo. (MAZZILLI NETO, 2007)

No momento, o projeto de lei ainda está sendo analisado pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, inclusive quanto ao seu mérito. Ela ainda será votada pelo Plenário da Câmara. (SIQUEIRA, 2015)

A UNAIDS emitiu uma Nota Técnica e encaminhou ao Congresso Nacional solicitando a rejeição e o arquivamento do PL 198/2015 à Comissão de Constituição de Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados, se opondo de forma argumentada e reforçando o seu posicionamento contrário à sua aprovação, pelo fato de não ser vantajosa e nem benéfica à saúde pública, além de desprezar os avanços científicos, arruinando as respostas eficazes ao HIV que já foram consolidadas no Brasil, intensificará a estigmatização em relação aos portadores, além de poder levar à uma conjuntura de graves erros no judiciário. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2015b)

A Foaesp, também, através de nota, solicitou o arquivamento do PL 198/2015 ao deputado Marco Tebaldi (PSDB/SC), relator do projeto, manifestando preocupação acerca do teor do projeto, ressaltando que o Código Penal atual já prevê punição para transmissão de qualquer doença sexualmente transmissível. (PINHEIRO, 2015)

Cumprе ressaltar que a redução significativa da infecção se dá pela terapia antirretroviral e não pela criminalização da transmissão. (GLOBAL COMMISSION ON HIV AND THE LAW, 2012)

À vista disso, os avanços científicos alcançados até a atualidade, que consistem em um conjunto de estratégias eficazes e adequadas à prevenção e ao tratamento, bem como o respeito aos direitos humanos, são fatores determinantes na possibilidade da humanidade vislumbrar o fim da epidemia, enquanto ameaça à saúde pública, em 2030. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2015b)

Tendo em vista todas as explicitações feitas neste capítulo, passa-se a fazer um estudo crítico acerca da disseminação do medo como tentativa de combate à transmissão do HIV e os seus impactos.

4 A DISSEMINAÇÃO DO MEDO COMO TENTATIVA DE COMBATE À TRANSMISSÃO

Neste capítulo serão tratados aspectos históricos acerca da disseminação de estigmas que se perpetuam na atualidade, bem como a necessidade da atenção aos direitos humanos e direitos fundamentais, elaborando um estudo sob uma perspectiva crítica.

4.1 BREVE ESTUDO HISTÓRICO

É imprescindível falar de aspectos históricos para se obter respostas a fim de compreender-se o contexto do senso comum atual que ainda se perpetuam na sociedade e nas instituições.

4.1.1 O surgimento do vírus HIV

Estudos concluem que a primeira transmissão do vírus HIV em humanos ocorreu por volta de 1920 na República Democrática do Congo, no entanto o vírus só foi reconhecido oficialmente em meados de 1981, nos Estados Unidos da América, devido ao elevado número de pacientes adultos, do sexo masculino, de idade jovem e homossexuais que apresentaram o Sarcoma de Kaposi, pneumonia por *Pneumocystis carinii* e comprometimento do sistema imunológico em Nova Iorque e na Califórnia. Todavia, posteriormente, alguns casos ocorridos nos anos 70 acabaram por serem identificados como tendo sido AIDS. (AVERT, 2015)

No início, a doença foi chamada de todos os tipos de nomes relacionados a palavra 'gay'. [...] Quando os casos de AIDS começaram a surgir nos EUA a maioria dos casos foram entre homens que fazem sexo com homens (homossexuais), hemofílicos e usuários de heroína.⁸ (AVERT, 2015, tradução nossa)

A partir daí surgiram as mais inúmeras teorias, dentre elas a teoria dos grupos de riscos que por consequência ocasionou o surgimento de alguns estigmas em relação aos portadores do vírus e mitos acerca da transmissão, que serão tratados mais adiante.

8 “At first the disease was called all sorts of names relating to the word 'gay'. [...] When cases of AIDS started to emerge in the USA the majority of cases were among men who have sex with men (homosexuals), haemophiliacs and heroin users.” (AVERT, 2015)

4.1.2 O primeiro caso no Brasil

Segundo o Ministério da Saúde, o primeiro caso de infecção pelo HIV no Brasil foi reconhecido retrospectivamente no Estado de São Paulo no ano de 1982. (BRASIL, 2015c).

4.2 DIREITOS HUMANOS, DIREITOS FUNDAMENTAIS E A LEGISLAÇÃO VIGENTE

A busca de fundamentação nos estudos dos direitos humanos e direitos fundamentais objetiva contextualizar a legislação protetiva e firmar conhecimentos no sentido de se poder fazer indagações e buscar saídas mais prudentes, tendo em vista as diversas questões ultrapassadas que ainda persistem no direito penal.

4.2.1 Direitos humanos

O Brasil é um dos países integrantes da Organização das Nações Unidas, cumpridor de boa-fé dos compromissos da Carta de Direitos Humanos:

Em 1948, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, foi idealizada como uma carta de princípios básicos que deveria ser acolhida por todos os Estados-Membros da Organização das Nações Unidas, com o objetivo de garantir os direitos à liberdade individual, à igualdade perante a lei, à liberdade de pensamento, de religião, de reunião, à vida privada, à participação política e à liberdade econômica. (TRIDAPALLI, 2003, p. 44)

Fábio Konder Comparato (2010, p. 226) explica que “[...] as Nações Unidas nasceram com a vocação de se tornarem a organização da sociedade política mundial, a qual deveriam pertencer portanto, necessariamente, todas as nações do globo empenhadas na defesa da dignidade humana.”

E, na busca de atender normas mundiais a fim de combater o preconceito e a discriminação dos cidadãos o Brasil, por ser um dos países integrantes das Nações Unidas, vem exercendo os princípios ditados. (TRIDAPALLI, 2003)

Marconi Pequeno (2016) elucida que a pessoa humana é o sujeito central dos direitos humanos. E que por ser apresentado sob a forma de pessoa humana, ele tem um instrumento privilegiado de defesa, promoção e realização de sua dignidade.

Eugène Enriquez (2006) afirma que “Pela Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, da ONU, de 1948, o homem é reconhecido, na sua eminente dignidade, como tendo direito a ter direitos.”

Paul Ricoeur (1985 apud PEQUENO, 2016) elucida que:

Os direitos humanos estão alicerçados na idéia de dignidade. Esta noção representa aquilo que define a essência da pessoa humana, ou ainda indica o valor que confere humanidade ao sujeito. Portanto, a dignidade refere-se a uma qualidade diretamente ligada à essência do homem, à sua natureza fundamental. Trata-se daquilo que existe no ser humano pelo simples fato de ele ser humano.

Em 20 de dezembro de 1993, a Assembleia Geral das Nações Unidas através da sua Resolução n. 48/181 criou o posto de Alto Comissário das Nações Unidas para os Direitos Humanos, com o objetivo da promoção pelo respeito universal de todos os direitos humanos, consubstanciando, por intermédio da ONU, em atos concretos a vontade e a determinação da comunidade internacional. (COMPARATO, 2010)

Marconi Pequeno (2016) aduz que o ser humano antes de ser um signo de sua animalidade representa, através da emoção, o que confere ao homem um caráter de humanidade.

E Ricardo Cunha Chimenti e outros (2009, p. 46) esclarecem que:

Por direitos humanos ou direitos do homem não se entendem as prerrogativas inerentes à dignidade da espécie humana e que são reconhecidas na ordem constitucional. Os direitos humanos visam também regular as relações entre desiguais, de forma a proteger e promover os hipossuficientes.

Comparato (2010) ainda ressalta que as consciências passaram a entender que a sobrevivência da humanidade exigia, com base no respeito incondicional à dignidade humana, a colaboração de todos os povos, na reorganização das relações internacionais.

Para que o indivíduo pudesse tornar-se um ser histórico, foi preciso naturalmente que ele se tornasse um ser de direito, ou seja, alguém que desfrute de direitos (direitos políticos, direitos civis e, mais recentemente, direitos sociais) e sobretudo que seja reconhecido como tendo o direito, como ser humano e como cidadão de um país, de gozar da totalidade dos direitos acordados (ou arrancados) ao conjunto dos cidadãos nacionais ou ao conjunto dos homens residentes num território. O sujeito de direito é, pois, um indivíduo considerado, respeitado frente a todos os outros e que está sob a proteção de uma lei semelhante para todos. (ENRIQUEZ, 2006)

Tendo em vista que todos os indivíduos humanos são sujeitos portadores de direito ficou estabelecido, de acordo com o art. 2º da Declaração dos Direitos Humanos, que:

Todos os seres humanos podem invocar os direitos e as liberdades proclamados na presente Declaração, sem distinção alguma, nomeadamente de raça, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política ou outra, de origem nacional ou social, de

fortuna, de nascimento ou de qualquer outra situação. Além disso, não será feita nenhuma distinção fundada no estatuto político, jurídico ou internacional do país ou do território da naturalidade da pessoa, seja esse país ou território independente, sob tutela, autônomo ou sujeito a alguma limitação de soberania. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948)

Neste sentido, Marconi Pequeno (2016) assenta que “[...] a idéia de sujeito não apenas revela nossa capacidade de pensar, agir e se relacionar com o mundo físico e social, como também define nossa condição de portadores de direitos. ”

E, com fulcro no art. 12 da Declaração dos Direitos Humanos, fica disposto que “Ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação. Contra tais intromissões ou ataques toda a pessoa tem direito a protecção da lei.” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948)

Desta forma, é importante ressaltar que:

O sujeito dos direitos humanos deve ser valorizado em seus aspectos racionais e emocionais. É preciso, pois, não apenas cultivar a capacidade de o homem usar o intelecto para bem agir. É fundamental, sobretudo, prepará-lo para se colocar no lugar do outro e sentir também a sua dor. (PEQUENO, 2016)

E assim, a Organização Mundial de Saúde (OMS), em 1988, iniciou a tomada de decisões efetivas com o objetivo de proteger os direitos humanos de pessoas portadoras do HIV com a Resolução 41.24, reconhecendo os valores referentes aos direitos humanos das pessoas vivendo com HIV, tal como de grupos que sejam mais vulneráveis à infecção e admitindo a necessidade de incorporação de programas nacionais de prevenção e controle da doença, através de estratégias globais dos Estados. (OLIVEIRA, 2006)

4.2.2 Direitos Fundamentais

Ricardo Cunha Chimenti e outros (2009) elucidam que os direitos do homem, ou seja, os direitos humanos, bem como os direitos públicos subjetivos são formas de expressões que são empregadas pela doutrina a fim de designar os direitos fundamentais da pessoa humana.

Elidia Tridapalli (2003) explica que com o surgimento do HIV, a sociedade como um todo passou a questionar mais acerca dos princípios que regem as garantias fundamentais do cidadão.

Os direitos fundamentais têm como características a historicidade, universalidade, limitabilidade, concorrência e a irrenunciabilidade. (CHIMENTI et al., 2009)

Dentre as características dos direitos fundamentais, Pedro Lenza (2014) elenca a irrenunciabilidade, a inalienabilidade e a imprescritibilidade.

E tendo em vista que “Em Direito Constitucional, ‘direitos’ são dispositivos declaratórios que imprimem existência ao direito reconhecido.” (CHIMENTI et al., 2009, p. 56)

O reconhecimento do direito à igualdade objetiva no combate de quaisquer práticas de inferiorização e estigmatização por parte da sociedade, pois a igualdade é uma cláusula constitucional que veda a discriminação. (BRASIL, 1988)

Neste sentido, o art. 5º da Constituição Federal assegura o direito de igualdade de todos perante a lei, sem qualquer distinção de natureza, tornando o princípio da igualdade um preceito fundamental dos direitos fundamentais do ser humano, bem como a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade. (CHIMENTI et al., 2009)

Sendo assim, toda pessoa deve poder desfrutar de forma igualitária o conjunto de direitos constitucionais, destacando-se o direito à dignidade e à igualdade, tendo, portanto, igual direito ao respeito e à consideração por quaisquer grupos da sociedade.

Outrossim, o art. 5º, inciso XLI, da Constituição Federal, ainda determina que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais.” (BRASIL, 1988)

Ricardo Cunha Chimenti e outros (2009) ainda esclarecem que o direito à vida é o direito de não ser privado de viver, ou seja, o direito de continuar vivo e o direito a tratamento digno por parte do Estado, ou seja, tendo garantia à integridade física, sendo proibidas as penas degradantes, cruéis e de tortura, além de garantir condições mínimas de sobrevivência, decorrendo deste direito, o direito à saúde.

Salo de Carvalho (2015, p. 29) entende que “[...] a crise do direito, que é a crise da interpretação do direito, está intimamente relacionada com a despotencialização dos princípios. ”

Neste sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello (2015) ensina que a violação de um princípio é mais grave que a transgressão de qualquer norma, sendo a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade. E os princípios constitucionais, por possuírem imensa força normativa, transcendem qualquer doutrina positivista das normas programáticas, ou seja, normas aquelas que norteiam a atuação dos órgãos estatais. E, além de conduzirem as garantias fundamentais do cidadão, norteiam e definem papéis e compromissos que o Estado Democrático de Direito está incumbido em relação à defesa dos direitos elementares e

indispensáveis de todo e qualquer cidadão constituindo, portanto, fonte do direito e do nosso ordenamento jurídico.

4.2.3 Legislação Vigente

Diante do exposto anteriormente, há de se falar acerca da legislação protetiva aos portadores, tendo em vista que o status sorológico é uma intimidade não só do portador, bem como de qualquer pessoa.

E no que diz respeito a soropositivos que venham sofrer alguma exposição ou divulgação de seu status sorológico, pode suceder a criação de rótulos desnecessários a eles e quaisquer argumentos referentes à violação de direitos a terceiros não se sustentam, pois tratando-se das pessoas que desafortunadamente se viram infectadas pelo vírus, denota-se que elas apenas buscam manter suas vidas nas mesmas condições dos demais seres humanos, inexistindo qualquer fundamentação para suprir expectativas de outros particulares, no que diz respeito ao direito de conhecimento do status sorológico alheio. (MACEDO, 2016; TRIDAPALLI, 2003)

Com fulcro na Lei nº 12.984, sancionada no dia 02 de junho de 2014, ficou definindo como crime a discriminação contra os portadores do vírus HIV e as pessoas doentes de AIDS. (BRASIL, 2014a)

A legislação supracitada assegura o direito à não divulgação da condição de portador do vírus, bem como qualquer que seja o seu status sorológico.

4.3 MITOS, ESTIGMAS E PRECONCEITO DO SENSO COMUM

Com o surgimento da teoria de grupos de riscos desde o princípio da epidemia, tendo em vista a associação ao sexo e à incurabilidade, originaram-se as mais diversas vertentes de estigmas e mitos acerca da soropositividade e transmissão que suscitam até hoje em condenações sociais.

São decorrentes de uma percepção coletiva falsa e inadequada que findam por obstacularizar na conscientização de uma sociedade repetidamente desinteressada em discussões e na obtenção de informações científicas e verídicas acerca do assunto, pois tornou-se um assunto extremamente desconfortável e cheio de tabus que findam por fomentar, mais ainda, o preconceito, bem como traumas, medos e inseguranças a todos. Todavia, é

evidente que não deveria haver separação entre soropositivos e soronegativos, pois todos são humanos e iguais. (MACEDO, 2016)

4.3.1 O surgimento

Susan Sontag (1989) já alertava que a sociedade desde sempre sustentou o medo do HIV, alimentando fantasias terríveis sobre o vírus e impulsionando uma idealização de ameaça social e castigo.

Rodrigo Guimarães e Aidê Ferreira Ferraz (2002) conceituam que “O estigma é uma construção social, eminentemente de natureza relacional, legitimada pelo olhar do outro.”

O estigma é algo tão perverso porque:

[...] a pessoa estigmatizada carrega uma identidade marcada e deteriorada, associada a atributos que levam ao descrédito. Logo, os estigmas de uma pessoa ou grupo acabam detonando reações e comportamentos de evitação e repulsa, e até mesmo reações violentas. Tal questão é fruto de um processo social e histórico das relações sociais que se utiliza para analisar as pessoas consideradas menos valorizadas, criando assim, rótulos que estigmatizam, discriminam e excluem certos grupos. (ALMEIDA; LABRONICI, 2007, p. 265)

A autora Maria Berenice Dias (2016a) esclarece que o grande preconceito contra a liberdade sexual derivou-se das religiões ao reputar a sodomia como uma perversão. E isto ensejou no surgimento da homofobia o que, por coincidência ou oportunismo, passou-se, portanto, a alegar que a epidemia do vírus era um mal que apenas atingira os homossexuais, sendo uma espécie de castigo dos céus contra a sodomia, vista como uma aberração da natureza, transgressão à ordem natural e perversão.

Há alguns anos, Joel Birman (1994 apud FERREIRA, 1999) já explicava que o HIV/AIDS desde o princípio foi associado à morte, desejo homossexual, consumo de drogas e promiscuidade, a fim de promover uma espécie de reprovação social para culpabilizar as vítimas, havendo, portanto, uma perpetuação da ideia de pecado para atribuir uma espécie de merecimento da infecção pelo vírus.

O HIV/AIDS foi uma espécie de manancial no que diz respeito à fobia e medos, advindo o surgimento de um grande estigma, porque além da associação da culpa sexual houve uma idealização de que apenas afetava um determinado grupo de pessoas, e que elas o transmitiam. (SONTAG, 1989)

Em um primeiro momento, os homossexuais, os usuários de drogas injetáveis e aqueles que dispunham de uma vida sexual promíscua foram identificados como população de risco. (DIAS, 2016c)

Hoje em dia, não há de se falar mais em grupos de risco, ainda que a herança dos mitos do passado tenha instaurado o medo e o estigma social, fazendo com que o portador do vírus HIV ainda permaneça ligado à homossexualidade dentro do imaginário social, sendo ainda considerado por muitos uma espécie de pecado, vício ou um crime, estando sempre ligado à promiscuidade. (DIAS, 2016b)

Todavia, este estigma é ultrapassado, pois o vírus não discrimina, ele age sem distinção e ataca todo e qualquer ser humano, podendo ele contrai-lo independentemente da sua idade, raça, classe social, estado civil ou orientação sexual. (BARBIERI, 2015)

E quanto aos dados estatísticos, a transmissão heterossexual vem sendo a mais incidente, onde mulheres casadas têm representado o maior grupo entre os portadores do vírus HIV e de doenças sexualmente transmissíveis. (DIAS, 2016d; REZENDE, 2013)

4.3.2 Desconhecimento e amedrontamento

A intenção desta seção é discorrer mais acerca da existência dos mitos, estigmas e preconceito do senso comum.

Tendo em vista a marcante estigmatização sobre os portadores do vírus HIV, é notório salientar que:

Além de enfrentarem doenças que causam sintomas negativos e incapacidades sociais que impedem que essas pessoas desempenhem muitos dos papéis sociais e alcancem objetivos de vida, os portadores dessas condições ainda precisam enfrentar as reações sociais às formas severas de algumas doenças as quais podem ser igualmente devastadoras. (SILVEIRA; SOARES, 2009)

Além disso, são obstáculos que ainda dificultam a conscientização da sociedade, uma vez que só podem ser efetivamente vencidos através da disseminação de informações fidedignas, principalmente na educação formal das novas gerações. É indispensável um investimento vigoroso a fim de esclarecer e conscientizar a população acerca desta questão de saúde pública, fazendo-se uma abordagem de forma aberta e séria, a fim de abrir espaços para novas discussões, resolver princípios, dogmas, preconceitos e mudar valores, conduzindo os cidadãos e evitando os recorrentes comportamentos de risco. (DIAS, 2016b)

E são os comportamentos de risco que, de fato, aumentam a probabilidade de transmissão, pois:

[...] o que deve ser considerado é o comportamento das pessoas e esse comportamento pode variar muito. Uma mesma pessoa pode ter períodos nos quais seu comportamento a coloca em maior risco e outros períodos nos quais ela corre pouco ou nenhum risco. É muito importante que a pessoa saiba muito bem o que a coloca em maior risco e o que a pode proteger quando essas situações acontecerem. Cada um de nós precisa ter um plano sobre o que fazer se uma situação dessas acontecer. Conhecimento sobre prevenção do HIV é fundamental para quem tem vida sexual ativa e esse conhecimento não pode ficar restrito ao meio acadêmico. Se as pessoas não se apropriarem do conhecimento gerado pela pesquisa, qual o valor da pesquisa? Os resultados das pesquisas precisam ser apresentados a população de forma simples e de fácil compreensão. (BRASIL, 2015f)

O problema da transmissão deve ser combatido com informação e conscientização e não com a disseminação de medo através de mitos que reforçam preconceitos, pois o preconceito e o medo além de induzirem à discriminação criam, inclusive, barreiras ao tratamento.

A exemplo disso destaca-se um dos principais mitos, ainda reproduzidos pelo senso comum desde o surgimento do vírus, que é de que os homossexuais constituem um grupo de risco. Este pensamento além de oprimir os vitima também os heterossexuais que deixam de fazer os testes por não entenderem a sua igual vulnerabilidade ao vírus, bem como pelo medo que sentem em serem tachados de homossexuais por conta da sua sorologia. (AYRES; GUERRIERO; HEARST, 2002)

A partir disso, observa-se a intensidade prejudicial do machismo e da homofobia na sociedade das mais diversas formas. Além de que os estigmas, o senso comum e a má postura institucional são maneiras de buscar blindar maiorias perante os soropositivos, não aceitando a realidade e nem reconhecendo os seus direitos.

Aqueles que se consideram como parte das maiorias vitimam os soropositivos por meio da omissão ou pela disseminação dos mais inúmeros mitos que alimentam os receios de extratos hegemônicos da sociedade. (SILVEIRA; SOARES, 2009)

Em consequência disso, a campanha de 2002/2003 da UNAIDS teve o intuito prevenir, reduzir e eliminar o estigma e a discriminação em todas as suas formas. (OLIVEIRA, 2006)

4.3.3 Consequências e efeitos

O intuito desta seção consiste em elucidar no que diz respeito às consequências e efeitos ocasionados pela existência dos mitos, estigmas e preconceito do senso comum.

Em relação às consequências e efeitos, Rosa Maria Rodrigues de Oliveira (2006) afirma que:

O estigma e a discriminação relacionados ao HIV/Aids são processos sociais que compõem uma teia complexa de significados e discursos de poder que opera sobre as demandas e respostas em torno da epidemia, desenvolvida num período histórico de rápidas mudanças sociais e econômicas.

Ela ainda explica que o *National AIDS Programmes – A Guide to Monitoring and Evaluation* esclarece que o estigma e a discriminação podem ser insuportáveis para soropositivos, também afetando-lhes em relação aos esforços de prevenção e assistência. (OLIVEIRA, 2006)

Tendo em vista as reações impositivas da sociedade, muitos dos portadores optam por silenciarem-se ocultando o seu diagnóstico, pois os sentimentos das mais diversas reações alimentam a crença de que a revelação da soropositividade provocaria retaliações, chegando, até mesmo, a sofrerem sentimentos de repulsa. (PALAZUELOS et al., 2012)

4.4 A VIOLÊNCIA INSTITUCIONALIZADA CONTRA OS SOROPositIVOS

É evidente que restringir a dignidade sexual dos soropositivos em razão de potenciais argumentos relacionados a quaisquer abusos perpetrados pela sociedade e pelas instituições é o mesmo que transferir o ônus de uma dita conduta abusiva em relação a uma minoria que frequentemente é hostilizada pelo seu status sorológico, ou seja, é o mesmo que transformar vítimas em algozes.

A violência institucionalizada é aquela que decorre da própria estrutura social, negando-se a um contingente de cidadão o exercício de seus direitos fundamentais. (MAZZILLI NETO, 2007)

O soropositivo é uma vítima que tem a sua voz emudecida e corre o risco de sofrer acusações absolutamente abomináveis que o culpabilizam e o violentam, pois ele é aquele que já sofre dos estigmas e da discriminação do senso comum, não tendo sequer uma chance honesta de defesa em relação ao veredicto de condenação que é lançado sobre ele, porque *a priori* ele já está condenado às penas simplesmente pela sua condição de portador.

A fim de buscar tratar melhor acerca do comportamento leigo e discriminatório da sociedade em relação a este problema faz-se necessário denominá-lo como uma espécie de doença social que se evidencia a partir do desconhecimento científico acerca da transmissão do vírus HIV, bem como os discursos de ódio que ainda são reproduzidos na atualidade.

4.4.1 A invisibilização do soropositivo

Tendo em vista que o HIV é um problema de saúde pública e direitos humanos, poderá somente ser combatido com a continuidade de políticas de saúde pública de combate ao vírus e não com uma paranoica responsabilização criminal e apenamento que mais inviabilizam o acesso aos direitos fundamentais do portador e reproduzem um estigma que o transforma em algoz enquanto, na verdade, apenas é uma vítima de um problema de saúde pública, que finda por ocasionar uma invisibilização, haja vista a omissão social que o ignora amplamente.

Para Hans Kelsen (2001), o anseio do homem pela justiça é, na verdade, o eterno anseio do homem por felicidade.

E a justiça criminal é uma espécie de sistema que faz uso da linguagem da punição a fim de esconder os reais processos em curso e produzir consenso através de sua errônea apresentação, fazendo uma assimilação aos processos conhecidos e aceitos pelo clamor público. (PASSETTI, 2012)

A invisibilização do soropositivo finda por negá-lo a sua própria existência como pessoa humana e sujeito de direito.

4.4.2 A transformação do soropositivo em algoz

O ódio cordial derivado do medo do outro, que além de oprimir e vitimar o soropositivo perante a sociedade, de forma muito grave, transforma o soropositivo em um vilão social, tanto pelo Sistema Penal quanto pelos estigmas sociais vigentes no senso comum, onde a coletividade reproduz um desejo de vingança por considerá-lo um perigo em potencial de transmissão, ou seja, tornando-o um potencial criminoso.

Para Tiburi (2015, p.46), “[...] o outro é sempre o desconhecido, aquele que ameaça em algum sentido a ‘minha’ realidade, a minha ordem.”

Passetti (2012) explica que em uma sociedade, seja democrática ou ditatorial, qualquer infração à lei (material ou imaterial) é caracterizada como um crime contra todos, que busca combater de modo seletivo e identificar determinados infratores como perigosos, a fim de julgá-los como culpados e, por fim, puni-los. O resultado deste processo é condenar vítimas sociais a penas alternativas ou ao encarceramento em prisões, manicômios, quando não em manicômios judiciários, lugares que são utilizados a confiná-los à uma espécie de

prisão perpétua, estando sob avaliação científica da psiquiatria, por serem considerados incapazes de discernimento ou acusados de crime de comoção pública.

É como se o fato de se portar o vírus fosse um fator negativador havendo, portanto, repressão sobre o portador, pois o simples fato de se afirmar soropositivo perante a sociedade se torna um enorme problema.

Com a criminalização, a sociedade busca distanciar de si os soropositivos, banindo-os do meio social. Com esta isolamento, o ser humano tem a solidão como companheira, podendo se transformar em alguém inútil ao mundo, retomando uma expressão da Idade Média, um excluído definitivo, ou seja, alguém sem esperança de um dia voltar a ser incluído. (ENRIQUEZ, 2006)

Essa lógica comportamental da sociedade, contestável, não deve continuar sendo subvertida em estudos da ciência jurídica, pois o portador acusado de transmitir o vírus pode chegar ao Tribunal do Júri quase condenado, consagrando-se uma espécie de *in dubio contra o réu* consolidando-se, na atualidade, o pior conceito de Justiça já vivenciado em nossa história. Este conceito de Justiça que além de ocultar um forte desejo de vingança prega, em nome da Justiça corretiva, encarcerar e matar o outro, o diferente, o criminalizado. (ANDRADE, 2011)

Já dizia o inesquecível e secular ensinamento de Platão (2011, p.58) que “não há maior perfeição na injustiça do que fazer-se passar por justo sem o ser”, pois a questão da criminalização dos soropositivos como potenciais transmissores do vírus HIV trata-se de uma truculenta ideologia falha do Estado que persiste em tentar remediar uma conduta de esfera individual que se desenvolve em um campo íntimo da vida privada, ou seja, desrespeitando a autonomia dos indivíduos nas suas relações sexuais e naturalizando uma espécie de violência à uma parcela vulnerável da sociedade.

Peter Singer (2002) explica que o respeito pela autonomia é um princípio moral básico, pois a autonomia é a capacidade de escolher, de tomar de decisões e agir de acordo com elas.

Conforme anexo B, nas anotações para voto oral proferido pelo Ministro Luís Roberto Barroso no Recurso Extraordinário nº 635.659, ele afirma que:

A liberdade é um valor essencial nas sociedades democráticas. Não sendo, todavia, absoluta, ela pode ser restringida pela lei. Porém, a liberdade possui um núcleo essencial e intangível, que é a *autonomia individual*. Emanação da dignidade humana, a autonomia assegura ao indivíduo a sua autodeterminação, o direito de fazer as suas escolhas existenciais de acordo com as suas próprias concepções do bem e do bom. [...] A autonomia é a parte da liberdade que não pode ser suprimida pelo Estado ou pela sociedade. (BARROSO, 2015)

E Eugène Enriquez (2006) elucida que “[...] o homem está no caminho de sua autonomia, de ditar a si mesmo as próprias regras e de ter uma visão otimista do futuro.”

Ademais, a estigmatização do assunto e a demonização dos soropositivos introjetam culpa nestas pessoas, além de formar uma consciência coletiva inadequada, pois as relações sexuais consentidas sem métodos de prevenção possuem cabal conduta de caráter bilateral que, no entanto, o Estado entesa em considerar unilateral, culpabilizando os soropositivos.

Maria Lúcia Karam (2012) explica que aquele não é passível de ser processado ou condenado, vive uma sensação de inocência. A imposição de pena a um apontado responsável pela prática de um crime funciona como uma absolvição de todos os não selecionados pelo sistema penal podendo, desta forma, comodamente se auto intitular como cidadãos de bem, diferentes e contrapostos ao outro, àquele que é considerado como delinquente, criminoso e mau.

Zaffaroni (1997, p. 33 apud MAZZILLI NETO, 2007, p.30, grifo do autor) enfatiza que:

As leis penais são um dos meios preferidos do Estado-espetáculo e de seus operadores 'showmen', em razão de serem baratas, de fácil propaganda e pela facilidade e frequência com que enganam a opinião pública sobre sua eficácia. Trata-se de **um recurso que obtém um crédito político com baixo custo**. Daí a reprodução de leis penais, a decodificação, a irracionalidade legislativa e, sobretudo, a condenação de todos os que duvidem da sua eficácia.

E Louk Hulsman (2012, p.53) elucida que “A lei penal e a prática do sistema de justiça criminal não podem ser usadas como padrão absolutamente autorizado para julgar o ‘justo’ ou o ‘errado’ de um comportamento.”

E isto além de estigmatizar e discriminar os soropositivos, também sujeitos de direito, resulta no constrangimento, amedrontamento e privação dos seus direitos fundamentais, como por exemplo a autonomia de se relacionar com outras pessoas, bem como a sua própria auto aceitação.

Além de que o encarceramento é dispendioso para o Estado e não reintegra e nem ressocializa, pois apenas funciona como uma escola para o crime. (PASSETTI, 2012)

4.4.3 A segregação do outro como finalidade do autoritarismo

Ainda que nítida e irrefutável a estigmatização e discriminação por parte do Estado, bem como do desinformado clamor público, onde ambos ocasionalmente intolerantes,

autoritaristas e segregacionistas objetivam pretensiosamente atemorizar os portadores do vírus, mantendo-os segregados socialmente, com a criminalização e punição de condutas de exposição e transmissão do vírus, satisfazendo os sentimentos coletivos paranoicos de vingança.

Márcia Tiburi (2015, p. 26) esclarece que:

Em outras palavras, podemos dizer que o sujeito autoritário "pergunta" e "responde" a si mesmo a partir de um ponto de vista previamente organizado no qual, a cada momento, o outro precisa ser descartado. Como se não existisse "outro" ponto de vista, outro desejo, outro modo de ver o mundo, outro que conhecer, ele procede mentalmente como o paranoico que detém todas as verdades antes de chegar a pesquisar o que as sustenta. [...] o sacerdote das verdades de sua vida e das vidas alheias. [...] Claro que o sacerdote do autoritarismo é, como todo paranoico, alguém que tem muito medo.

O autoritarismo é uma forma de imposição violenta dos desejos e pensamentos individuais sem que haja nenhuma preocupação com o que o outro vive e pensa. É quando se acredita que o modo autocentrado de se ver o mundo está pronto e acabado e quando se esquece que a vida social é, na verdade, uma forma de convivência e de proteção do direito alheio. (TIBURI, 2015)

Seria um fruto de uma sociedade doente pela desinformação, medo, egoísmo e ódio. É um maniqueísmo simplista que divide pessoas entre boas e más, fazendo com que o papel do criminoso seja sempre o papel do mau, do outro, do inimigo, distinto das demais pessoas e pertencente a uma espécie apartada do comum dos indivíduos. (KARAM, 2012)

Tiburi (2015, p. 36) ainda aduz que “O modo como se produz o medo relaciona-se diretamente com a produção do ódio. [...]. Em seu estado enrijecido, o medo pode se tornar paranoia. [...] a paranoia serve à negação do outro a quem o paranoico deseja destruir.”

A desinformação institui a punição como saída para se livrar das pessoas estigmatizadas e este posicionamento não é brilhante, e sim uma resposta fácil e ingênua que permeia o nosso momento histórico, pois se a lei e a justiça ignoram a ciência e os avanços científicos, ela não está dando acesso à saúde, e sim vendendo falsas esperanças e ignorando a existência e a realidade do outro, invalidando-se direito alheio. E a identificação do outro como criminoso, ou seja, como indivíduos isolados e facilmente reconhecíveis, é uma maneira de produzir uma sensação de alívio à sociedade. (KARAM, 2012)

Esta finalidade de segregar produz como efeito a privação da liberdade do outro.

4.4.4 A privação da liberdade como efeito do autoritarismo

Esta seção possui o intuito de discorrer acerca do efeito violento do autoritarismo que vitima os portadores do HIV.

Tiburi (2015) explica que a forma autoritarista de pensamento dos indivíduos suprime a liberdade alheia. E que isso se dá devido ao estímulo do clichê através da reprodução de pensamentos prontos. Ela ainda assevera que, desta forma, “[...] o outro não existe e se existe deve ser eliminado.” (TIBURI, 2015, p. 40)

A lógica de eliminação do outro decorre da insensibilidade de indivíduos apáticos, pois Eugène Enriques (2006) explica que o indivíduo apático é um indivíduo não sente nenhuma emoção. Ele é insensível e vê os demais apenas como “coisas” abstratas que podem ser eliminadas física ou psiquicamente, caso considere necessário, sem sentir nenhuma alegria ou incômodo com isso.

Importante enfatizar que:

O antropólogo Claude Lévi-Strauss explica que as sociedades primitivas incorporam os desvios de seus integrantes de forma antropofágica e já as sociedades civilizadas contrariamente não suportam o diferente e buscam expulsá-los ou confiná-los em arquipélagos repressivos, caracterizando-se como sociedades antropeômicas. (LÉVI-STRAUSS, 1998 apud PASSETTI, 2012, p.24)

Michel Foucault (2014) elucida que pode-se constatar que nos modernos mecanismos da justiça criminal ainda restam resquícios de um fundo supliciante, fundo este que não está inteiramente sob controle, pois ele é envolvido mais amplamente por uma penalidade do incorporal.

E Salete Oliveira (2012, p. 121) alerta que:

[...] A prisão moderna continua sendo o que já era quando surgiu. Um fracasso. Este fiasco tão promissor aos que reclamam e se beneficiam de suas infinitas reformas. Afinal, a prisão é a imagem-representação do medo e a sua fronteira predileta é a esperança na representação, o engano na conveniência.

Maria Lúcia Karam (2012, p.82) elucida que “A dor produzida pela pena atinge dimensões extremas, ao encontrar na privação da liberdade sua forma primordial de materialização.”

Para compreender melhor quanto a esta penalidade do incorporal, Foucault (2014, p. 21) esclarece que:

Se não é mais ao corpo que se dirige a punição, em suas formas mais duras, sobre o que, então, se exerce? [...] Pois não é mais o corpo, é a alma. À expiação que

tripudia sobre o corpo deve suceder um castigo que atue, profundamente, sobre o coração, o intelecto, a vontade, as disposições.

Importante ressaltar que:

O discurso que acena com penas alternativas não deve, pois nos enganar. A lógica que preside as ideias de crimes e de penas e as teorias que as fundamentam e legitimam é a lógica perversa da violência, da submissão e da exclusão, presente, ainda que mitigados, o sofrimento e a dor maiores representados pela privação de liberdade. (KARAM, 2012, p.88)

Foucault (2014, p.32) ainda expõe que:

Não se deveria dizer que a alma é uma ilusão, ou um efeito ideológico, mas afirmar que ela existe, que tem uma realidade, que é produzida permanentemente, em torno, na superfície, no interior do corpo pelo funcionamento de um poder que se exerce sobre os que são punidos - de uma maneira mais geral sobre os que são vigiados, treinados e corrigidos, sobre os loucos, as crianças, os escolares, os colonizados, sobre os que são fixados a um aparelho de produção e controlados durante toda a existência. Realidade histórica dessa alma, que, diferentemente da alma representada pela teologia cristã, não nasce faltosa é merecedora de castigo, mas nasce antes de procedimentos de punição, de vigilância, de castigo e de coação. (FOUCAULT, 2014, p. 32)

A objetificação de um sujeito transcendental, aquele que detém uma alma, sustenta uma deformação abstrata através da projeção violenta de ideias equivocadas que o ofuscam e o reduzem ao individual empírico, ou seja, apenas um mero corpo, não reconhecendo-o e, por fim, esmagando-o. (TIBURI, 2015)

O direito penal não é apenas uma vingança de sangue transformada em uma lei universal de uma forma impessoal, pois o regime de tolerância zero é uma política pública que investe na naturalização dos castigos, no encarceramento perpétuo e no extermínio regular. (PASSETTI, 2012)

Para ilustrar melhor esta situação fazendo uma analogia ao suplício, nas palavras de Foucault (2014, p. 16) “O corpo se encontra aí em posição de instrumento [...]; qualquer intervenção sobre ele pelo enclausuramento [...] visa privar o indivíduo de sua liberdade considerada ao mesmo tempo como um direito e como um bem.”

O castigo nada mais é do que uma forma autoritária de buscar uma vingança pessoal e pública. (FOUCAULT, 2014)

Neste sentido, a prisão é uma forma autoritária de neutralizar e isolar o sujeito de direito a fim de afastá-lo da defesa, amplificando o paradigma lei e ordem que pugna apelar pelo ressentimento popular, o qual exige que a prisão faça da vingança uma política pública. (PASSETTI, 2012)

E o autoritarismo, para Tiburi (2015), é uma forma de imposição violenta dos desejos e pensamentos individuais sem que haja nenhuma preocupação com o que o outro vive e pensa. É quando se acredita que o modo autocentrado de se ver o mundo está pronto e acabado e quando se esquece de que a vida social é, na verdade, uma forma de convivência e de proteção do direito alheio.

Cumpramos evidenciar que “A enganosa publicidade do sistema penal facilita-se pelas profundas e cômodas raízes em que se assenta a arraigada crença na reação punitiva e que permitem o desenvolvimento das nefastas e perversas fantasias que a alimentam.” (KARAM, 2012, p.88)

O Estado deve primar pela proteção e não buscar a privação dos indivíduos em relação aos seus direitos fundamentais, pois a destruição da sociedade se dá na destruição da subjetividade das pessoas. (TIBURI, 2015).

Louk Hulsman (2012) destaca que se quisermos progredir, devemos compreender que situações criminalizáveis são muito diversas para serem julgadas apenas como situações que possuem algo em comum. E para reconhecer e estimular práticas alternativas para o enfrentamento de crimes devemos redefinir autonomamente cada área problemática independentemente das definições dadas pela justiça criminal.

Pois Passeti (2012, p.20) alerta que “[...] é pelo proibicionismo que as corrupções se expandem, multiplicam-se as seguranças, acrescentam-se novas punições.”

O criminoso nasce a partir da seleção de situações de conflito ou de fatos que sejam socialmente negativos, que ao se tornarem objetos da lei penal serão denominados como crimes, construindo apenas uma decisão política, traduzida em manifestação de poder do Estado. (KARAM, 2012)

E para Foucault (2014, p. 56) “[...] a relação verdade-poder é essencial a todos os mecanismos de punição, e se encontra nas práticas contemporâneas da penalidade [...]”

Maria Lúcia Karam (2012, p.75) reforça que “O exercício do poder do Estado de punir apoia-se em um discurso que tem a sua tônica na desinformação e na exacerbação da forte carga emocional, que, desde a linguagem, é passada pelo sistema penal.”

No que diz respeito à forte carga emocional, ou seja, o ódio, ele gera um não lugar, espaço habitado pelo excluído que não é um lugar político, e sim, antipolítico. A luta dos excluídos é justamente sair desse lugar a fim de ganhar voz e uma chance de sobreviver. (TIBURI, 2015)

E quando se fala em crime, se fala de uma forma genérica, pois é como se a expressão pudesse traduzir um conceito natural, partindo de um denominador comum

presente em todo tempo e lugar. Todavia, é apenas uma criação da lei penal, porque não existe um conceito natural que o defina genericamente, ou seja, o que é crime em um determinado lugar, pode não ser em outro e o que é crime hoje, poderá amanhã não mais ser. (KARAM, 2012)

Hulsman (2012) esclarece que a justiça criminal se baseia na atribuição de culpa na figura do criminoso sob um ponto de vista de “juízo universal” do mundo e não fornece informações e nem o contexto de definição e enfrentamento das situações problemáticas de uma forma emancipatória.

4.4.5 O direito e a criminalização do outro

O outro é um alguém tratado como ninguém por indivíduos cheios de ideias prontas e bem encaixadas no mesmo lugar de sempre. (TIBURI, 2015)

Maria Lúcia Karam (2012, p.88-89) explica que:

A acrítica aceitação e a rápida introjeção da imagem de uma realidade assustadora, a ser enfrentada com a intervenção do sistema penal, correspondem a um desejo irracional de castigo sobre alguém que, identificado como um “outro”, aparece como diferente, pertencente a uma espécie apartada do comum dos indivíduos. A reação punitiva encontra neste desejo, por ela prontamente atendido, o amplo espaço assegurado do cumprimento de sua função simbólica de manifestação de poder.

Criminalizar um conjunto de indivíduos é uma forma de invalidar a subjetividade alheia negando-se o outro.

Tiburi (2015, p. 24) ressalta que “Negar o outro vem a ser uma prática totalmente deturpada de produção de verdades.”

Eugène Enriquez (2006) explica que “O mundo atual tende a tornar-se o do crescimento do desprezo, da generalização da desconsideração, do desrespeito, da recusa da diferença a que tem direito todo ser humano.”

A subjetividade é uma palavra que busca expressar o que é próprio de cada sujeito, mas, mais ainda, o que cada um vive na pele. Ela se refere às experiências que independem uns dos outros e que machucam a cada uma das pessoas em níveis diversos. O termo “interioridade” pouco diz acerca da subjetividade, pois implica também a “exterioridade”. E mais ainda, implica o que acontece com cada um, transcendendo o que é de possível compreensão. (TIBURI, 2015)

E o outro, ou seja, esse alguém que tratamos de forma depreciativa, é o desafio ético-político em uma sociedade que trabalha pela garantia de direitos fundamentais e pelo respeito à singularidade. (TIBURI, 2015)

Nas palavras de João Marcos Buch (2015) “O ser humano é uma promessa e jamais uma ameaça.”

A alteridade é uma questão de hermenêutica. Para dizer quem é o outro, é necessário se expressar algo a cerca dele. O problema é que o outro é sempre alguém ou algo que, a princípio, se desconhece. (TIBURI, 2015)

Nas palavras de Ester Kosovski (2007):

[...] o direito penal não é suficiente para fornecer proteção aos bens jurídicos que tutela e que a pena não pode ser mais como em épocas passadas somente retributiva e intimidativa, um “mal necessário”, mas transformada positivamente em garantia dos direitos humanos para as partes envolvidas e ocupada com as causas da criminalidade, atentando para a educação, assistência e respeito mútuo.

E, além de o direito ser responsável por pensar o futuro, lugar onde todos viveremos, a destruição do outro garante o fim de sujeitos de direitos e o fim do direito dos sujeitos. Ademais, a democracia propõe uma sociedade inclusiva para todos. (TIBURI, 2015)

Jesualdo Eduardo de Almeida Júnior e Vinicius de Medeiros Marçal (2009) afirmam que “O ser humano é um ser social e precisa da cooperação de outras pessoas para atingir seus objetivos e viver com qualidade.”

Por isto é tão importante e necessária a garantia das liberdades individuais, pois além de proteger o direito de todos os indivíduos, impede que ele seja atacado pelos interesses dos grupos opressores da sociedade.

4.5 DESCRIMINALIZAÇÃO

A finalidade desta seção é discorrer acerca da possibilidade de afastamento da criminalização da transmissão do vírus HIV como um crime doloso.

Conforme percebe-se, “A cultura do castigo está bastante enraizada na (in) consciência coletiva, e é capaz de encontrar um apoio profundo da sociedade.” (MAZZILLI NETO, 2007, p.43)

O sistema, ao criminalizar a transmissão, torna o portador do HIV um inimigo comum.

E é necessário que se trate os soropositivos com a mesma autonomia, privacidade e dignidade que deve ser conferida a qualquer das demais pessoas da sociedade.

Na leitura de Belletti (2016), a escola humanista da psicologia de Carl Ransom Rogers, de forma resumida, é reproduzida na ideia que “Todo ser humano, sem exceção, pelo mero fato do ser, é digno do respeito incondicional dos demais e de si mesmo; merece estimar-se a si mesmo e que se lhe estime.”

E em uma das sessões da 20ª Conferência Internacional de Aids que ocorreu em Melbourne, na Austrália, ficou evidenciado nas discussões que está mais do que na hora de se substituir a lógica da criminalização pelo fortalecimento dos sistemas de saúde para que haja cada vez mais ações de resposta ao HIV, tendo em vista que, na atualidade, somente o tratamento e a prevenção do vírus possuem efetivamente a capacidade de erradicá-lo. (AGENCIA DE NOTÍCIAS DA AIDS, 2014)

Com base no Anexo C, divulgado pela *Open Society Institute* em parceria com a *United Nations Development Programme* (UNDP), que trata de uma exposição de razões para não se criminalizar a exposição ou transmissão do HIV, deixa claro que a criminalização não possui capacidade de diminuir a propagação do HIV mas, na verdade, ignora os reais desafios da prevenção do HIV, minando esforços de prevenção, promovendo o estigma, medo e opressão, pois pela sua demasiada amplitude, finda por punir comportamentos que não merecem punição, sendo muitas vezes aplicados de forma injusta, seletiva e ineficiente. (JÜRGENS et al., 2008)

A Suprema Corte canadense, em 2012, descriminalizou a ocultação do vírus antes das relações sexuais, absolvendo uma mulher que possuía carga viral indetectável no momento da alegada exposição do vírus, pois para a Corte, à medida que não se existir possibilidades reais de transmissão, não se constitui fraude que adultera o consentimento nas relações sexuais. (JUSTIÇA..., 2012)

Tendo em vista que existem pressões motivadas pelo clamor público do senso comum no que diz respeito à aplicação do direito penal em casos de exposição e transmissão do HIV, cumpre corroborar que aqueles indivíduos que não agem com uma intenção estritamente específica de causar um dano e prejudicar a alguém não devem ser criminalizados, porque a justiça deve sempre adotar premissas baseadas em evidências científicas e fidedignas. (JÜRGENS et al., 2008)

E conforme já tratado anteriormente cumpre reiterar, neste momento, fato já explicitado anteriormente, de que a Comissão Federal Suíça para HIV/AIDS afirmou, por meio de seus especialistas de maior renome, que se deve levar em conta que os soropositivos, sob tratamento efetivo, não transmitem o vírus HIV sexualmente em casos de exposição, pois o sexo desprotegido entre um portador do HIV sob terapia antirretroviral e um soronegativo

não obedece critérios de tentativa de propagação de DST e nem de tentativa de gerar lesões corporais graves. (GRUPO DE INCENTIVO Á VIDA, 2016b)

Além disso, Mazzilli Neto (2007, p. 27) salienta que “A cadeia é uma fábrica de 'delinqüentes' e não é crível que esta realidade possa modificar-se [...]”

Todavia, em vez de descriminalizar, os legisladores insistem fazer reformas nas leis a fim de agravar a criminalização, motivados a partir de pressupostos do senso comum, que findam por provocar retrocessos, dificultando na prevenção e no tratamento, pois é inequívoco que as respostas ao HIV baseadas nos direitos humanos são de fato eficazes no combate à epidemia. (JÜRGENS et al., 2008)

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho oportuniza a percepção da magnitude de um cenário polêmico e de grande obscurantismo que se tem na atualidade, transpassando por momentos que corroboram em alertar a necessidade de uma ampla e plena compreensão acerca do tema, buscando sempre aperfeiçoar o progresso da alteridade, decorrendo na possibilidade da concessão de uma transformação favorável à sociedade.

Na atualidade, os vastos avanços científicos obtidos pela medicina que concernem às pesquisas médicas, métodos preventivos e tratamento, no que dizem respeito ao HIV, são extremamente essenciais para solucionar questões relacionadas a este tabu corrente na sociedade atual.

Ademais, o tratamento além de proporcionar qualidade de vida ao portador do vírus HIV é eficaz no bloqueio da transmissão e atualmente determinante para o fim da epidemia do vírus, enquanto ameaça à saúde pública.

E, além do fato que os avanços científicos contribuem para que o Brasil seja liderança mundial no combate ao HIV/AIDS através de uma saúde pública gratuita e universal, eles propõem um gigantesco avanço legislativo e jurídico no que diz respeito a um novo e amplo entendimento a fim de se adequar o ordenamento jurídico penal brasileiro, em especial, a legislação penal, em relação à responsabilização criminal na transmissão do vírus HIV.

O Direito Penal brasileiro ainda apresenta aspectos que divergem no momento em que confrontam esta realidade de avanços científicos obtidos pelos esforços da medicina em conjunto com as políticas de saúde e Direitos Humanos, nutrindo uma série de indagações que surgem no decorrer da exposição dos conflitos e divergências apresentadas.

Em casos de transmissão, quando um soropositivo, conhecedor de seu status, estando sob tratamento efetivo, o fato de ele ser soropositivo sequer deve ser uma prova particularmente forte de que a transmissão tenha partido dele, pois consequentemente pode levá-lo a uma condenação injusta, de modo que o tratamento que é dado pelo sistema penal o discrimina e o vitima, dificultando na comprovação da sua inocência.

É lampejante que a legislação vigente que se aplica ao criminalizar o assunto se trata de um verdadeiro limbo, todavia a ausência de doutrinas e jurisprudências comprometidas com a realidade atual engendra uma monstruosa e preocupante insegurança jurídica aos sujeitos de direito que são vítimas de um sistema perverso, partindo de pressupostos frágeis e leves, resultantes de um processo historicamente discriminatório.

E a estigmatização acerca do tema, que parte de um senso comum pré-estabelecido, se evidencia como um dos fatores determinantes no momento em que se conglomera ao autoritarismo, aspecto basilar na construção das relações de poder e que impõem uma reprodução de uma série de comportamentos sociais que findam por dissipar mitos, fobias e preconceitos, criando estereótipos criminalizáveis, transformando vítimas em algozes.

Tendo em vista as constatações realizadas neste trabalho de conclusão de curso, ficou demonstrado que elas implicam na necessidade de uma ampla e profunda consideração tanto por parte dos legisladores quanto operadores do direito, a fim de evoluir no que diz respeito aos entendimentos jurisprudenciais e doutrinários, com o objetivo principal de se evidenciar a necessidade real de imperiosas retificações legislativas que objetivem descriminalizar a transmissão do vírus HIV.

REFERÊNCIAS

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Dicionário acadêmico de direito**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Método, 2011.

AGENCIA DE NOTÍCIAS DA AIDS. **Às vésperas da chegada da PrEP, SUS terá de se reinventar para prevenir HIV**. 10 abr. 2015. Disponível em: <http://agenciaaids.com.br/home/noticias/noticia_detalhe/23320#.VkV5LdKrTrd>. Acesso em: 05 nov. 2015.

AGENCIA DE NOTÍCIAS DA AIDS. **Descriminalização, prevenção e direitos humanos: terceiro dia da AIDS 2014**. 22 jul. 2014. Disponível em: <http://agenciaaids.com.br/home/noticias/noticia_detalhe/22505#.V0_CujUrLV0>. Acesso em: 02 jun. 2016.

AIDS VANCOUVER. **A new resource exploring what it means to be Undetectable**. 2014. Disponível em: <<http://www.aidsvancouver.org/undetectable>>. Acesso em: 10 nov. 2015.

AIDS. In: BORBA, Francisco S. (Org.) **Dicionário UNESP do português contemporâneo**. São Paulo: UNESP, 2004. p. 41. Disponível em: <<https://books.google.com.br/books?id=RFRcN3hCsHoC>>. Acesso em: 01 nov. 2015.

ALMEIDA JÚNIOR, Jesual do Eduardo de; MARÇAL, Vinicius de Medeiros. Sujeito de direito: personalidade e capacidade perante a sociedade. In: ENCONTRO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA; ENCONTRO DE EXTENSÃO UNIVERSITÁRIA, 4.; ENCONTRO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA PARA O ENSINO MÉDIO, 1. 2009, Presidente Prudente. **Anais eletrônicos...** Disponível em: <<http://intertemas.toledoprudente.edu.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/2059/2130>>. Acesso em 29 mar. 2016.

ALMEIDA, Maria Rita de Cassia Barreto de; LABRONICI, Liliana Maria. A trajetória silenciosa de pessoas portadoras do HIV contada pela história oral. **Ciênc. saúde coletiva**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 1, p. 263-274, Mar. 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232007000100030&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 01 jun. 2016.

ANDRADE, Lédio Rosa de. **Direito ao Direito III**. 2. ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

AVAC GLOBAL ADVOCACY FOR HIV PREVENTION. **Pre-Exposure Prophylaxis (PrEP)**. mar. 2015. Disponível em: <http://www.avac.org/sites/default/files/resource-files/PrEP_factsheet.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2015.

AVAC GLOBAL ADVOCACY FOR HIV PREVENTION. **PrEP**. 2014. Disponível em: <<http://www.avac.org/prevention-option/prep>>. Acesso em: 05 nov. 2015.

AVERT. **Origin of HIV & AIDS**. 01 maio 2015. Disponível em: <<http://www.avert.org/professionals/history-hiv-aids/origin>>. Acesso em: 05 nov. 2015.

AVERT. **TREATMENT AS PREVENTION (TASP)**. 10 maio 2016. Disponível em: <<http://www.avert.org/professionals/hiv-programming/prevention/treatment-as-prevention>>. Acesso em: 29 maio 2016.

AYRES, José Ricardo CM; GUERRIERO, Iara; HEARTST, Norman. Masculinidade e vulnerabilidade ao HIV de homens heterossexuais. **Revista de Saúde Pública**, v. 36, n. 4. 2002. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rsp/article/view/31480/33365>> Acesso em: 06 mar. 2016.

BARBIERI, Roberta Mendonça. **Vidas Posithivas: medo, preconceito e esperança na luta contra o vírus da aids**. São Paulo: USP, 2015. Disponível em: <<https://drive.google.com/file/d/0B0fwiFSxYf7KeDFNRnBtRHFhNDhORmdiWnVhOHFM MHFPQnNB/view>>. Acesso em: 04 jan. 2016.

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Direito penal: parte geral**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1.

BARROSO, Luís Roberto. **Anotações para voto oral do RE 635.659 acerca da descriminalização do porte de drogas para consumo próprio**. 10 set. 2015. Disponível em: <<http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2015/09/Anota%C3%A7%C3%B5es-para-o-voto.pdf>>. Acesso em: 19 abr. 2016.

BAYER PHARMA AG. **Método de Barreira**. 29 jan. 2013. Disponível em: <<http://www.bayerpharma.com.br/pt/areas-terapeuticas/saude-de-a-a-z/contracepcao/outros-metodos/metodos-barreira/index.php>>. Acesso em: 04 nov. 2015.

BELLETTI, Juliana. **Autoestima e sua consideração psicológica**. Disponível em: <<http://www.resumosetrabalhos.com.br/autoestima-e-sua-consideracao-psicologica.html>>. Acesso em: 13 abr. 2016.

BIBLIOMED. **05 - Qual é a eficácia dos preservativos?** 2015. Disponível em: <<http://www.bibliomed.com.br/lib/showdoc.cfm?LibDocID=12839&ReturnCatID=-1&titulo=05-qual-e-a-eficacia-dos-preservativos.html>> Acesso em: 05 nov. 2015.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: dos crimes contra a pessoa**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 2.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 30 nov. 2015.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em: 06 nov. 2015.

BRASIL. **Lei nº 12.984, de 2 de junho de 2014a**. Define o crime de discriminação dos portadores do vírus da imunodeficiência humana (HIV) e doentes de aids. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12984.htm>. Acesso em: 04 abr. 2016.

BRASIL. **Lei nº 9.313, de 13 de novembro de 1996.** Dispõe sobre a distribuição gratuita de medicamentos aos portadores do HIV e doentes de AIDS. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9313.htm>. Acesso em: 02 jun. 2016.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Camisinha feminina.** Disponível em: <<http://www.aids.gov.br/pagina/camisinha-feminina>>. Acesso em: 05 nov. 2015a.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Camisinha masculina.** Disponível em: <<http://www.aids.gov.br/pagina/camisinha-masculina>>. Acesso em: 05 nov. 2015b.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Direitos Humanos e HIV/AIDS:** avanços e perspectivas para o enfrentamento da epidemia no Brasil. Brasília, DF, 2008. Disponível em: <http://www.aids.gov.br/sites/default/files/DIREITOS_HUMANOS.pdf>. Acesso em: 05 abr. 2016.

BRASIL. Ministério da Saúde. **História da aids.** Disponível em: <<http://www.aids.gov.br/pagina/historia-da-aids>>. Acesso em: 11 nov. 2015c.

BRASIL. Ministério da Saúde. **HIV/AIDS: País registra recorde de pessoas em tratamento contra o HIV e Aids.** 28 jan. 2016a. Disponível em: <<http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/o-ministerio/principal/secretarias/job/webradio/21919-hiv-aids-pais-registra-recorde-de-pessoas-em-tratamento-contr-hiv-e-aids>>. Acesso em: 31 jan. 2016.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Ministério da Saúde estende tratamento para todos com HIV.** 03 dez. 2013a. Disponível em: <<http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/profissional-e-gestor/vigilancia/noticias-vigilancia/7668-ministerio-da-saude-estende-tratamento-para-todos-com-hiv>>. Acesso em: 07 nov. 2015.

BRASIL. Ministério da Saúde. **O conceito de grupo de risco não é um conceito já ultrapassado?** 2015f. Disponível em: <<http://prepbrasil.com.br/duvidas-frequentes/>>. Acesso em: 06 nov. 2015.

BRASIL. Ministério da Saúde. **O que é aids.** 28 jan. 2014b. Disponível em: <<http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/links-de-interesse/286-aids/9049-o-que-e-aids>>. Acesso em: 04 nov. 2015.

BRASIL. Ministério da Saúde. **O que é HIV.** 28 jan. 2014c. Disponível em: <<http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/links-de-interesse/286-aids/9053-o-que-e-hiv>>. Acesso em: 30. out. 2015.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Por que usar a camisinha.** Disponível em: <<http://www.aids.gov.br/pagina/por-que-usar>>. Acesso em: 05 nov. 2015d.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria n. 29, de 17 de dezembro de 2013b.** Aprova o Manual Técnico para o Diagnóstico da Infecção pelo HIV em Adultos e Crianças e dá outras providências. Disponível em: <http://www.aids.gov.br/sites/default/files/anexos/legislacao/2014/56078/portaria_n_29_pdf_18265.pdf> Acesso em: 01 mar. 2016.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Testagem para HIV.** Disponível em: <<http://www.aids.gov.br/pagina/testagem-para-hiv>>. Acesso em: 15 fev. 2016b.

BRASIL. Ministério da Saúde. Unidade de Articulação com a Sociedade Civil e de Direito Humanos. **Legislação sobre DST e AIDS no Brasil**. 3. ed. Brasília, 2003, v.1. Disponível em: <<http://www.aids.gov.br/sites/default/files/legislacao.pdf>>. Acesso em: 05 nov. 2015.

BRASIL. Planalto. **Brasil oferece tratamento gratuito para HIV/Aids e é referência mundial no setor, diz ONU**. 25 set. 2015e. Disponível em: <<http://blog.planalto.gov.br/brasil-oferece-tratamento-gratuito-para-hiv-aids-e-e-referencia-mundial-no-setor-diz-onu/>>. Acesso em: 08 dez. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 160.982/DF. Relator: Min. Laurita Vaz. Brasília, DF, 28 de maio de 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=201000169273&dt_publicacao=28/05/2012> Acesso em: 23 maio 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 98.712. Relator: Min. Marco Aurélio de Mello. Brasília, DF, 17 de dezembro de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=617972>>. Acesso em: 23 maio 2016.

BUCH, João Marcos. **O ser humano é uma promessa, jamais uma ameaça**. 2 set. 2015. Disponível em: <<http://justificando.com/2015/09/02/o-ser-humano-e-uma-promessa-jamais-uma-ameaca/>>. Acesso em: 08 nov. 2015.

CAIRNS, Gus. **No-one with an undetectable viral load, gay or heterosexual, transmits HIV in first two years of PARTNER study**. NAM Publications. 04 mar. 2014. Disponível em: <<http://www.aidsmap.com/page/2832748/>>. Acesso em: 08 nov. 2015.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: dos crimes contra a pessoa a dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos (arts. 121 a 212)**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 2.

CARTER, Michael. **Many HIV transmissions in sero-discordant couples occurring at CD4 cell counts above ART eligibility threshold**. NAM Publications. 03 nov. 2015. Disponível em: <<http://www.aidsmap.com/Many-HIV-transmissions-in-sero-discordant-couples-occurring-at-CD4-cell-counts-above-ART-eligibility-threshold/page/3009365/>>. Acesso em: 08 nov. 2015.

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. **Reformas penais em debate**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

CARVALHO, Salo de. **Como não se faz um trabalho de conclusão: provocações úteis para orientadores e estudantes de Direito**. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

CHIMENTI, Ricardo Cunha et al. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DIAS, Maria Berenice. **A AIDS e o Direito**. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/1_-_a_aids_e_o_direito.doc>. Acesso em: 18 jan. 2016a.

DIAS, Maria Berenice. **AIDS**: uma questão também de justiça. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/3_-_aids_-_uma_quest%E3o_tamb%E9m_de_justi%E7a.doc>. Acesso em: 18 jan. 2016b.

DIAS, Maria Berenice. **Direitos Humanos & AIDS**. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/2_-_direitos_humanos_e_aids.doc>. Acesso em: 18 jan. 2016c.

DIAS, Maria Berenice. **Sexo, amor e medo**. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/4_-_sexo%2C_amor_e_medo.doc>. Acesso em: 18 jan. 2016d.

DIFERENÇAS entre AIDS e HIV. 25 abr. 2015. Disponível em: <<http://vivercomhiv.com.br/2015/04/25/diferencas-entre-aids-e-hiv/>>. Acesso em: 10 abr. 2016.

ENRIQUEZ, Eugène. O homem do século XXI: Sujeito autônomo ou indivíduo descartável. **RAE-eletrônica**, v. 5, n. 1, Art. 10, jan./jun. 2006. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/raeel/v5n1/29568.pdf>>. Acesso em: 29 mar. 2016.

ESTEFAM, André. **Direito Penal**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 1.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Case of Christine Goodwin v. United Kingdom**. Strasbourg, 11 julho 2002. Disponível em: <[http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60596#{\"itemid\":\"001-60596\"}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60596#{\)>. Acesso em: 10 abr. 2016.

FERREIRA, Margarete de Paiva Simões. **AIDS: da violência aos direitos humanos à construção da solidariedade, do Programa de Pós Graduação em Saúde Pública da Fundação Oswaldo Cruz - Escola Nacional de Saúde Pública**. Mar. 1999. 144 f. Dissertação (Mestrado em Saúde Pública) - Fundação Oswaldo Cruz, Rio de Janeiro, 1999. Disponível em: <<http://arca.icict.fiocruz.br/handle/icict/4774>>. Acesso em: 24 mar. 2016.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. 42. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014.

FUNDAÇÃO DRACENENSE DE EDUCAÇÃO E CULTURA. **AIDS**. Disponível em: <<http://www.fundec.edu.br/cipa/aids.html>>. Acesso em: 08 nov. 2015

FUNDAÇÃO INSTITUTO OSWALDO CRUZ. Departamento de Bioquímica e Biologia Molecular. **Síndrome de imunodeficiência humana AIDS (ou SIDA)**. Disponível em: <<http://www.dbbm.fiocruz.br/hec/epidem/4aids.html>>. Acesso em: 10 abr. 2016.

FUNDAÇÃO INSTITUTO OSWALDO CRUZ. Departamento de Pesquisa da Disciplina História de Doenças. **Afecção, doença, enfermidade, moléstia**. 2006. Disponível em: <http://www5.ensp.fiocruz.br/biblioteca/dados/txt_875215057.ppt>. Acesso em: 23 maio 2016.

FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A INFÂNCIA. **Existe o risco da mulher que tem HIV passar o vírus para seu bebê durante a amamentação. Mulheres que vivem com HIV/aids, ou que suspeitem ter o vírus, devem procurar auxílio médico para ser testadas, aconselhadas e orientadas sobre como proceder para evitar a contaminação da**

criança. Disponível em: <http://www.unicef.org/brazil/pt/activities_10018.htm>. Acesso em: 10 abr. 2016b.

FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A INFÂNCIA. **Prevenção da transmissão vertical.** Disponível em: <http://www.unicef.org/brazil/pt/activities_10153.htm>. Acesso em: 10 abr. 2016a.

GLOBAL COMMISSION ON HIV AND THE LAW. **Riscos, direitos e saúde.** jul. 2012. Disponível em: <<http://www.hivlawcommission.org/resources/report/FinalReport-Risks,Rights&Health-PT.pdf>> Acesso em: 01 jun. 2016.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal:** parte geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. v. 2.

GORI, Renata Machado de Assis; LEITE, Gislaine Emilia. Atividade física para portadores do vírus HIV: investigando a realidade jataiense. **Revista Pensar a Prática.** v. 7, n. 1, dez. 2003. Disponível em: <<http://revistas.ufg.emnuvens.com.br/fe/article/view/63/2954>>. Acesso em: 04 abr. 2016.

GRECO, Rogério. **Código Penal:** comentado. 7. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2013.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal.** Rio de Janeiro: Impetus, 2003.

GRUPO DE INCENTIVO À VIDA. **Direitos Humanos:** Criminalização? Disponível: <<http://giv.org.br/HIV-e-AIDS/Medicamentos/index.html>>. Acesso em: 04 abr. 2016a.

GRUPO DE INCENTIVO À VIDA. **Especialistas suíços afirmam que os indivíduos com carga viral indetectável e sem DST não podem transmitir o HIV por via sexual.**

Disponível em: <<http://giv.org.br/HIV-e-AIDS/Indetect%C3%A1vel=Intransmiss%C3%ADvel/15-A-transmiss%C3%A3o-por-via-sexual.html>>. Acesso em: 04 abr. 2016b.

GRUPO DE INCENTIVO À VIDA. **Medicamentos Anti-HIV.** Disponível: <<http://giv.org.br/HIV-e-AIDS/Medicamentos/index.html>>. Acesso em: 04 abr. 2016c.

GUIMARÃES, Marclei. **HIV/AIDS não é sentença de morte: uma análise crítica sobre a tendência à criminalização da exposição sexual e transmissão sexual do HIV no Brasil.**

Rio de Janeiro: ABIA, 2011. Disponível em: <[http://www.abiaids.org.br/_img/media/Cole%C3%A7%C3%A3o%20ABIA%20-%20Criminaliza%C3%A7%C3%A3o%20\(site\).pdf](http://www.abiaids.org.br/_img/media/Cole%C3%A7%C3%A3o%20ABIA%20-%20Criminaliza%C3%A7%C3%A3o%20(site).pdf)>. Acesso em: 19 dez. 2015.

GUIMARÃES, Rodrigo; FERRAZ, Aidê Ferreira. A interface AIDS, estigma e identidade: algumas considerações. **REME**, Belo Horizonte, v. 6, n.1/2, p. 77-85, jan./dez., 2002. Disponível em: <<http://www.reme.org.br/exportar-pdf/802/v6n1a14.pdf>>. Acesso em: 01 jun. 2016.

HAYDEN, Ricardo. **Tratamento da AIDS.** 31 ago. 2011. Entrevista concedida a Drauzio Varella. Disponível em: <<http://drauziovarella.com.br/sexualidade/tratamento-da-aids/>>. Acesso em: 30 out. 2015.

HOMENS têm preconceito e não usam preservativo. **Tribuna do Norte**, Natal, 19 jun. 2009. Disponível em: <<http://tribunadonorte.com.br/noticia/homens-tem-preconceito-e-nao-usam-preservativo/113063>>. Acesso em: 05 nov. 2015.

HOSEIN, Sean R. **Longer Life Expectancy for HIV-Positive People in North America**. jan. 2014. Disponível em: <<http://www.thebodypro.com/content/73885/longer-life-expectancy-for-hiv-positive-people-in-.html>>. Acesso em: 02 jun. 2016.

HULSMAN, Louk. Alternativas à justiça criminal. In: PASSETTI, Edson (org.). **Curso livre de abolicionismo penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012. p. 35-68.

JAKOBS, Günther. **Fundamentos do direito penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

JESUS, Damásio de. **Direito penal**: Crimes contra a pessoa a crimes contra o patrimônio. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 2.

JESUS, Damásio de. **Direito penal**: parte geral. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1.

JÜRGENS, Ralf et al. **10 razões para se opor à criminalização da exposição ou transmissão do HIV**. 2008. Disponível em: <https://www.opensocietyfoundations.org/sites/default/files/portuguese10_20081205_0.pdf>. Acesso em: 02 jun. 2016.

JUSTIÇA do Canadá descriminaliza ocultação de HIV antes do sexo. **Hoje em dia**, Belo Horizonte, 05 out. 2012. Disponível em: <<http://hojeemdia.com.br/primeiro-plano/justi%C3%A7a-do-canad%C3%A1-descriminaliza-oculta%C3%A7%C3%A3o-de-hiv-antes-do-sexo-1.46709>> Acesso em: 02 jun. 2016.

KARAM, Maria Lúcia. Pela abolição do sistema penal. In: PASSETTI, Edson (org.). **Curso livre de abolicionismo penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012. p. 69-108.

KELSEN, Hans. **O que é justiça?** 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

KOSOVSKI, Ester. Prefácio. In: MAZZILLI, Neto. **Os caminhos do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 09-10.

LABORATÓRIO CENTRAL. **Principais dúvidas sobre HIV (aids)**. 2010. Disponível em: <<http://www.laboratoriocentral.com.br/wp/principais-duvidas-hiv-aids/>>. Acesso em: 03 nov. 2015.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 18. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

MACEDO, Israel. **Artista plástico usa a arte para falar sobre o HIV e combater preconceito**. 05 maio 2016. Entrevista concedida a Felipe Canale. Disponível em: <<http://eaconteudo.com.br/blog/artista-plastico-usa-a-arte-para-falar-sobre-o-hiv-e-combater-preconceito/>>. Acesso em: 06 maio 2016.

MARTINS, Juliana Nogueira Galvão. Tipicidade: Conceito e classificação. **Conteúdo Jurídico**, Brasília. 13 dez. 2008. Disponível em:

<<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.22427&seo=1>>. Acesso em: 23 maio 2016.

MAZZILLI, Neto. **Os caminhos do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**: parte geral – arts. 1º a 120 do CP. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2002.

NEGRA, Marinella Della. **A diferença entre quem se infectou pelo HIV por transmissão vertical ou horizontal**. jan. 2004. Disponível em: <<http://saberviver.org.br/publicacoes/a-diferenca-entre-quem-se-infectou-pelo-hiv-por-transmissao-vertical-ou-horizontal/>>. Acesso em: 10 abr. 2016.

OLIVEIRA, Rosa Maria Rodrigues de. Gênero, direitos humanos e impacto socioeconômico da Aids no Brasil. **Rev. Saúde Pública**, São Paulo, v. 40, supl. p. 80-87, abr. 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89102006000800011&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 24 mar. 2016.

OLIVEIRA, Salete. Linguagem-fronteira e linguagem-percurso. In: PASSETTI, Edson (org.). **Curso livre de abolicionismo penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012. p. 117-130.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 10 dez. 1948. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 02 maio 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Programa Conjunto das Nações Unidas sobre o HIV/AIDS do Brasil. **Prevenção Combinada**. 2015a. Disponível em: <<http://unaids.org.br/prevencao-combinada/>>. Acesso em: 07 nov. 2015.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Second International Consultation on HIV/AIDS and Human Rights**. Genebra, 23-25 set. 1996. Disponível em: <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G97/102/19/PDF/G9710219.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 15 abr. 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **UNAIDS se opõe ao Projeto de Lei 198/2015 que "torna crime hediondo a transmissão deliberada do vírus da AIDS"**. 02 abr. 2015b. Disponível em <<https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/frontpage/2015/04/02-UNAIDS-se-opoe-ao-Projeto-de-Lei-198-2015-que-torna-crime-hediondo-a-transmissao-deliberada-do-virus-da-AIDS.html>>. Acesso em: 05 jun. 2016.

PALAZUELOS, Sâmara et al. Em tempos de HIV/AIDS: o silêncio de adolescentes soropositivos IN: Simpósio de Ensino, Pesquisa e Extensão: APRENDER E EMPREENDER NA EDUCAÇÃO E NA CIÊNCIA, 16. 2012. Santa Maria. **Anais eletrônicos...** Disponível em: <<http://www.unifra.br/eventos/sepe2012/Trabalhos/6957.pdf>>. Acesso em: 01 jun. 2016.

PASSETTI, Edson. A atualidade do abolicionismo penal. In: PASSETTI, Edson (org.). **Curso livre de abolicionismo penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

PASSETTI, Edson. Curso livre. In: PASSETTI, Edson (org.). **Curso livre de abolicionismo penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

PEQUENO, Marconi. **O sujeito dos direitos humanos**. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/dados/cursos/edh/redh/01/03_marconi_pequeno_sujeito_dos_dh.pdf>. Acesso em: 29 mar. 2016.

PINHEIRO, Rodrigo. **Foaesp pede arquivamento do projeto que criminaliza a transmissão do HIV**. 24 mar. 2015. Disponível em: <http://agenciaaids.com.br/home/noticias/noticia_detalhe/23264#.V0zWODUrLrc>. Acesso em: 30 maio. 2016.

PLATÃO. **A República**. Ed. esp. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

POUJOULAT, Anne-Christine. Desenvolvimento de vacina contra o HIV tem bons resultados. **Exame.com**. 22 dez. 2015. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/tecnologia/noticias/desenvolvimento-de-vacina-contr-o-hiv-tem-bons-resultados>>. Acesso em: 09 abr. 2016.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro: parte geral, arts. 1º a 120**. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. v. 1.

QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal: parte geral**. 4. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

REZENDE, Lucas Teixeira de. Lucas Rezende: Transmissão dolosa do HIV é crime de lesão gravíssima. **Revista Consultor Jurídico**. 21 jun. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jun-21/lucas-rezende-transmissao-dolosa-hiv-crime-lesao-gravissimo>>. Acesso em: 17 nov. 2015.

REZENDE, Lucas Teixeira de. Transmissão intencional da AIDS: qual o crime? **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3823. 19 dez. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/26196>>. Acesso em: 10 jan. 2016.

ROCHA, Carol. **Ilê Aye embala lançamento da campanha de carnaval em Salvador**. Blog da Saúde. Brasília, 01 fev. 2016. Disponível em: <<http://www.blog.saude.gov.br/promocao-da-saude/50608-ile-aye-embala-lancamento-da-campanha-de-carnaval-em-salvador.html>>. Acesso em: 01 mar. 2016.

RODRIGUES, E. R. et al. Adesão ao tratamento com os antirretrovirais e o papel do enfermeiro. **Saúde em Foco: revista eletrônica**, ed. 4, set. 2011. Disponível em: <http://www.unifia.edu.br/projetorevista/artigos/saude/saude20112/saude_foco2.pdf> Acesso em: 01 nov. 2015.

RYAN, Benjamin. 100% Efficacy for Gays Who Adhered in PrEP Study; Most Didn't. **POZ Magazine**. 22 jul. 2014. Disponível em: <<https://www.poz.com/article/iPrEx-OLE-results-25922-2484>>. Acesso em: 15 nov. 2015.

SANJAR, Fernanda Alves; QUEIROZ, Barbara Elvina Ulisses Parente; MIZIARA, Ivan Dieb. Manifestações otorrinolaringológicas na infecção pelo HIV: aspectos clínicos e terapêuticos. **Braz. j. otorhinolaryngol. (Impr.)**, São Paulo, v. 77, n. 3, p. 391-400, jun. 2011.

Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-86942011000300020&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 13 nov. 2015.

SILVA, David Medina da. **O crime doloso**. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2005.

SILVEIRA, Pollyanna Santos da; SOARES, Rhaisa Gontijo. “The end of stigma? Changes in the Social Experience of Long-Term Illness”. **Psicol. pesq.**, Juiz de Fora, v. 3, n. 2, p. 119-121, 2009. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1982-12472009000200010&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 01 jun. 2016.

SINGER, Peter. **Ética Prática**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

SIQUEIRA, Carol. **Transmitir HIV deliberadamente poderá virar crime hediondo**. Câmara Notícias. Brasília, 28 abr. 2015. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITO-E-JUSTICA/486759-TRANSMITIR-HIV-DELIBERADAMENTE-PODERA-VIRAR-CRIME-HEDIONDO.html>>. Acesso em: 31 mar. 2015.

SOCIEDADE BRASILEIRA DE FARMÁCIA HOSPITALAR E SERVIÇOS DE SAÚDE. **Prevenção de acidentes por Material Perfurocortante**. Disponível em: <<http://www.sbrafh.org.br/site/public/temp/4f7baaa733121.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2016.

SONTAG, Susan. **Doença como metáfora Aids e suas metáforas**. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

SOUZA, Claudio Santos de. **A vacina contra a AIDS poderá estar disponível em 2016, afirma a ONU**. 11 set. 2015b. Disponível em: <<https://soropositivo.org/2015/09/11/a-vacina-contr-a-aids-podera-estar-disponivel-em-2016-afirma-a-onu/>>. Acesso em: 09 abr. 2016.

SOUZA, Cláudio Santos de. **Carga Viral e transmissão – uma ficha informativa para as pessoas com HIV**. 19 set. 2015a. Disponível em: <<https://soropositivo.org/2015/09/19/carga-viral-e-transmissao-uma-ficha-informativa-para-as-pessoas-com-hiv/>>. Acesso em: 09 abr. 2016.

SOUZA, Cláudio Santos de. **Sexo Oral: Qual o Risco?** 25 set. 2012. Disponível em: <<https://soropositivo.org/2015/02/28/sexo-oral-qual-o-risco/>>. Acesso em: 09 abr. 2016.

TIBURI, Marcia. **Como conversar com um fascista**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Record, 2015.

TRATAMENTO do HIV/Aids: 'Hoje basta um comprimido por dia'. **HuffPost Brasil**, 29 jan. 2015. Disponível em: <http://www.brasilpost.com.br/jovem-soropositivo/tratamento-hiv-aids_b_6573254.html>. Acesso em: 14 abr. 2016

TRATAMENTO precoce do HIV 'cura' até 15% dos pacientes. **BBC BRASIL**, 15 mar. 2013. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2013/03/130315_hiv_tratamento_precoce_fn>. Acesso em: 05 abr. 2016.

TRIDAPALLI, Elidia. **Aids e seus impactos nas relações de trabalho**. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2003.

UNITED STATES OF AMERICA. US Department of Health and Human Services. **PEP**. 16 jan. 2015a. Disponível em: <<http://www.cdc.gov/hiv/basics/pep.html>>. Acesso em: 06 nov. 2015.

UNITED STATES OF AMERICA. US Department of Health and Human Services. **PrEP**. 25 jun. 2015b. Disponível em: <<http://www.cdc.gov/hiv/basics/pep.html>>. Acesso em: 06 nov. 2015.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA. Hospital Universitário Professor Polydoro Ernani de São Thiago. **Exames Realizados no HU**. 2013. Disponível em: <<http://www.hu.ufsc.br/setores/laboratorio/exames-realizados-no-hu/>>. Acesso em: 01 mar. 2016.

VASCONCELOS, Ricardo. **Portador do vírus do HIV indetectável é seguro**. 01 dez. 2015. Entrevista concedida a Antonio Trigo. Disponível em: <<http://www.universoaa.com.br/bem-estar/a-verdade-portador-do-virus-do-hiv-indetectavel-nao-infecta-ninguem/>>. Acesso em: 30 maio 2016.

VERNAZZA, P et al. Les personnes séropositives ne souffrant d'aucune autre MST et suivant un traitement antirétroviral efficace ne transmettent pas le VIH par voie sexuelle. **Bulletin des médecins suisses**, v. 89, n. 5, 2008. Disponível em: <http://www.unige.ch/sciences-societe/socio/files/4814/0533/6055/Vernazza_2008.pdf>. Acesso em: 09 nov. 2015.

WEEKS, Jeffrey. AIDS: The intellectual agenda. In: AGGLETON P., HART, G., DAVIES, P. (Eds.). **AIDS: social representations, social practices**. Great Britain: Falmer Press, 1989.

WILKINSON, D. **Condom effectiveness in reducing heterosexual HIV transmission: RHL commentary**. Geneve, 11 nov. 2002. Disponível em: <http://apps.who.int/rhl/hiv_aids/dwcom/en/> Acesso em: 05 nov. 2015.

ANEXOS

**ANEXO A – Second International Consultation on HIV/AIDS and Human Rights
(E/CN.4/1997/37)**



**Economic and Social
Council**

Distr.
GENERAL

E/CN.4/1997/37
20 January 1997

Original: ENGLISH

COMMISSION ON HUMAN RIGHTS
Fifty-third session
Item 9 (a) of the provisional agenda

FURTHER PROMOTION AND ENCOURAGEMENT OF HUMAN RIGHTS
AND FUNDAMENTAL FREEDOMS, INCLUDING THE QUESTION OF
THE PROGRAMME AND METHODS OF WORK OF THE COMMISSION

ALTERNATIVE APPROACHES AND WAYS AND MEANS WITHIN THE
UNITED NATIONS SYSTEM FOR IMPROVING THE EFFECTIVE
ENJOYMENT OF HUMAN RIGHTS AND FUNDAMENTAL FREEDOMS

Second International Consultation on HIV/AIDS and Human Rights
(Geneva, 23-25 September 1996)

Report of the Secretary-General

CONTENTS

	<u>Paragraphs</u>	<u>Page</u>
Introduction	1 - 9	2
I. CONCLUSIONS OF THE CONSULTATION	10 - 12	3
II. RECOMMENDATIONS FOR DISSEMINATION AND IMPLEMENTATION OF THE GUIDELINES ON HIV/AIDS AND HUMAN RIGHTS . . .	13 - 32	6
A. States	14 - 20	6
B. United Nations system and regional intergovernmental bodies	21 - 29	7
C. Non-governmental organizations	30 - 32	9

Annexes

I. Guidelines on HIV/AIDS and Human Rights as adopted by the Second International Consultation on HIV/AIDS and Human Rights	11
II. Agenda	56
III. List of participants	57

Introduction

1. The Commission on Human Rights, at its fifty-second session, in its resolution 1996/43 of 19 April 1996, requested the United Nations High Commissioner for Human Rights, inter alia, to continue his efforts, in cooperation with UNAIDS and non-governmental organizations, as well as groups of people living with HIV/AIDS, towards the elaboration of guidelines on promoting and protecting respect for human rights in the context of HIV/AIDS. In the same resolution, the Commission requested the Secretary-General to prepare for the consideration of the Commission at its fifty-third session a report on the above-mentioned guidelines, including the outcome of the second expert consultation on human rights and AIDS, and on their international dissemination.

2. The call for guidelines on human rights and HIV/AIDS was based on a recommendation contained in an earlier report of the Secretary-General to the Commission at its fifty-first session (E/CN.4/1995/45, para. 135), which stated that "the development of such guidelines or principles could provide an international framework for discussion of human rights considerations at the national, regional and international levels in order to arrive at a more comprehensive understanding of the complex relationship between the public health rationale and the human rights rationale of HIV/AIDS. In particular, Governments could benefit from guidelines that outline clearly how human rights standards apply in the area of HIV/AIDS and indicate concrete and specific measures, both in terms of legislation and practice, that should be undertaken".

3. In response to the above requests, the United Nations High Commissioner/Centre for Human Rights and the Joint United Nations Programme on HIV/AIDS (UNAIDS) convened the Second International Consultation on HIV/AIDS and Human Rights in Geneva, from 23 to 25 September 1996. It may be recalled that the first International Consultation on AIDS and Human Rights was organized by the United Nations Centre for Human Rights, in cooperation with the World Health Organization, in Geneva from 26 to 28 July 1989. In the report of the first consultation (HR/PUB/90/2), the elaboration of guidelines to assist policy-makers and others in compliance with international human rights standards regarding law, administrative practice and policy had already been proposed.

4. The Second International Consultation on HIV/AIDS and Human Rights brought together 35 experts in the field of AIDS and human rights, comprising government officials and staff of national AIDS programmes, people living with HIV/AIDS (PLHAs), human rights activists, academics, representatives of regional and national networks on ethics, law, human rights and HIV, and representatives of United Nations bodies and agencies, non-governmental organizations and AIDS service organizations (ASOs). The list of participants is contained in annex III to the present report.

5. The Executive Director of UNAIDS, Dr. Peter Piot, opened the Consultation and the United Nations High Commissioner for Human Rights, Mr. José Ayala-Lasso, made a closing statement. The Consultation elected by

acclamation Mr. Michael Kirby (Australia) as its Chairman and Mr. Babes Ignacio (Philippines) as its Rapporteur. The agenda of the Consultation is contained in annex II to the present report.

6. The Consultation had before it five background papers which had been commissioned for the purpose of eliciting specific regional and thematic experiences and concerns regarding HIV/AIDS and human rights, prepared by the following non-governmental organizations and networks of people living with HIV/AIDS: Alternative Law Research and Development Center (ALTERLAW) (Philippines); Network of African People Living with HIV/AIDS (NAP+) (Zambia); Colectivo Sol (Mexico); International Community of Women Living with HIV/AIDS (ICW+) (global) and Global Network of People Living with HIV/AIDS (GNP+) (global). The groups were asked, each within its specific context, to identify the most important human rights principles and concerns in the context of HIV/AIDS, as well as concrete measures that States could take to protect HIV-related human rights.

7. The Consultation also had before it draft guidelines on HIV/AIDS and human rights, prepared by Ms. Helen Watchirs (Australia) on the basis of the five regional background papers and other materials consulted. In addition, the international association Rights and Humanity conducted a global survey to review existing strategies and identify other measures necessary to ensure respect for human rights in the context of HIV/AIDS. An analysis of the 40 responses received to the survey was presented to the Consultation.

8. With regard to its methods of work, the Consultation formed four working groups to discuss and finalize the draft guidelines, focusing on the theoretical framework (WG.1), the institutional responsibilities and processes (WG.2), law review, reform and support services (WG.3) and on the promotion of a supportive and enabling environment (WG.4), respectively. The full text of the guidelines as adopted by the Consultation is contained in annex I to the present report. The Guidelines on HIV/AIDS and Human Rights will also be issued separately as a United Nations publication, in all official languages of the United Nations.

9. In the second part of the Consultation, participants were divided into a further three working groups in order to discuss and elaborate recommendations concerning strategies to ensure the dissemination and implementation of the guidelines, according to different actors, as follows: States (WG.6), United Nations system and regional intergovernmental bodies (WG.7) and non-governmental organizations (WG.8). The attention of the Commission is drawn to these recommendations, as outlined in chapter II below.

I. CONCLUSIONS OF THE CONSULTATION

10. HIV/AIDS continues to spread throughout the world at an alarming rate. Close in the wake of the epidemic is the widespread abuse of human rights and fundamental freedoms associated with HIV/AIDS in all parts of the world. In response to this situation the experts at the Second International Consultation on HIV/AIDS and Human Rights concluded the following:

(a) The protection of human rights is essential to safeguard human dignity in the context of HIV/AIDS and to ensure an effective, rights-based

response to HIV/AIDS. An effective response requires the implementation of all human rights, civil and political, economic, social and cultural, and fundamental freedoms of all people, in accordance with existing international human rights standards;

(b) Public health interests do not conflict with human rights. On the contrary, it has been recognized that when human rights are protected, less people become infected and those living with HIV/AIDS and their families can better cope with HIV/AIDS;

(c) A rights-based, effective response to the HIV/AIDS epidemic involves establishing appropriate governmental institutional responsibilities, implementing law reform and support services and promoting a supportive environment for groups vulnerable to HIV/AIDS and for those living with HIV/AIDS;

(d) In the context of HIV/AIDS, international human rights norms and pragmatic public health goals require States to consider measures that may be considered controversial, particularly regarding the status of women and children, sex workers, injecting drug users and men having sex with men. It is, however, the responsibility of all States to identify how they can best meet their human rights obligations and protect public health within their specific political, cultural and religious contexts;

(e) Although States have primary responsibility for implementing strategies that protect human rights and public health, United Nations bodies, agencies and programmes, regional intergovernmental bodies and non-governmental organizations, including networks of people living with HIV/AIDS, play critical roles in this regard.

11. The Consultation adopted Guidelines on HIV/AIDS and Human Rights, the purpose of which is to translate international human rights norms into practical observance in the context of HIV/AIDS. To this end, the Guidelines, as annexed to the present report, consist of two parts: first, the human rights principles underlying a positive response to HIV/AIDS and second, action-oriented measures to be employed by Governments in the areas of law, administrative policy and practice that will protect human rights and achieve HIV-related public health goals.

12. There are many steps that States can take to protect HIV-related human rights and to achieve public health goals. The 12 Guidelines elaborated by the Consultation for States to implement an effective, rights-based response are summarized below.

Guideline 1: States should establish an effective national framework for their response to HIV/AIDS which ensures a coordinated, participatory, transparent and accountable approach, integrating HIV/AIDS policy and programme responsibilities across all branches of Government.

Guideline 2: States should ensure, through political and financial support, that community consultation occurs in all phases of HIV/AIDS policy design,

programme implementation and evaluation and that community organizations are enabled to carry out their activities, including in the field of ethics, law and human rights, effectively.

Guideline 3: States should review and reform public health laws to ensure that they adequately address public health issues raised by HIV/AIDS, that their provisions applicable to casually transmitted diseases are not inappropriately applied to HIV/AIDS and that they are consistent with international human rights obligations.

Guideline 4: States should review and reform criminal laws and correctional systems to ensure that they are consistent with international human rights obligations and are not misused in the context of HIV/AIDS or targeted against vulnerable groups.

Guideline 5: States should enact or strengthen anti-discrimination and other protective laws that protect vulnerable groups, people living with HIV/AIDS and people with disabilities from discrimination in both the public and private sectors, ensure privacy and confidentiality and ethics in research involving human subjects, emphasize education and conciliation, and provide for speedy and effective administrative and civil remedies.

Guideline 6: States should enact legislation to provide for the regulation of HIV-related goods, services and information, so as to ensure widespread availability of qualitative prevention measures and services, adequate HIV prevention and care information and safe and effective medication at an affordable price.

Guideline 7: States should implement and support legal support services that will educate people affected by HIV/AIDS about their rights, provide free legal services to enforce those rights, develop expertise on HIV-related legal issues and utilize means of protection in addition to the courts, such as offices of ministries of justice, ombudspersons, health complaint units and human rights commissions.

Guideline 8: States, in collaboration with and through the community, should promote a supportive and enabling environment for women, children and other vulnerable groups by addressing underlying prejudices and inequalities through community dialogue, specially designed social and health services and support to community groups.

Guideline 9: States should promote the wide and ongoing distribution of creative education, training and media programmes explicitly designed to change attitudes of discrimination and stigmatization associated with HIV/AIDS to understanding and acceptance.

Guideline 10: States should ensure that government and private sectors develop codes of conduct regarding HIV/AIDS issues that translate human rights principles into codes of professional responsibility and practice, with accompanying mechanisms to implement and enforce these codes.

Guideline 11: States should ensure monitoring and enforcement mechanisms to guarantee the protection of HIV-related human rights, including those of people living with HIV/AIDS, their families and communities.

Guideline 12: States should cooperate through all relevant programmes and agencies of the United Nations system, including UNAIDS, to share knowledge and experience concerning HIV-related human rights issues and should ensure effective mechanisms to protect human rights in the context of HIV/AIDS at international level.

II. RECOMMENDATIONS FOR DISSEMINATION AND IMPLEMENTATION OF THE GUIDELINES ON HIV/AIDS AND HUMAN RIGHTS

13. At the Second International Consultation on HIV/AIDS and Human Rights, the participants considered strategies for dissemination and implementation of the Guidelines. It was considered that there are three groups of key actors who, jointly and separately, are critical to the implementation of the Guidelines, namely States, the United Nations system, regional intergovernmental organizations and non-governmental and community-based organizations. Set out below are recommendations for measures that these actors are encouraged to take in order to ensure that the Guidelines are widely disseminated and effectively implemented.

A. States

14. States, at the highest level of Government (head of State, Prime Minister and/or relevant ministers) should promulgate the Guidelines and ensure that the political weight of the Government is behind the dissemination and implementation of the Guidelines throughout all branches of the executive, legislature and judiciary.

15. States, at highest level of Government, should assign appropriate governmental bodies/staff with the responsibility to devise and implement a strategy for dissemination and implementation of the Guidelines and establish periodic monitoring of this strategy through, for example, reports to the Executive Office and public hearings. States should establish within the executive branch a staff member(s) responsible for this strategy.

16. States should disseminate the Guidelines, endorsed by the executive, to relevant national bodies, such as interministerial and parliamentary committees on HIV/AIDS and national AIDS programmes, as well as to provincial and local-level bodies.

17. States, through these bodies, should give formal consideration to the Guidelines in order to identify ways to build them into existing activities and prioritize necessary new activities and policy review. States should also organize consensus workshops with the participation of non-governmental organizations, community-based organizations and AIDS service

organizations (ASOs), networks of people living with HIV/AIDS (PLHAs), networks on ethics, law, human rights and HIV, United Nations Theme Groups on HIV/AIDS, as well as political and religious groups:

(a) To discuss the relevance of the Guidelines to the local situation, to identify obstacles and needs, to propose interventions and solutions and to achieve consensus for the adoption of the Guidelines;

(b) To elaborate national, provincial and local plans of action for implementation and monitoring of the Guidelines within the local context;

(c) To mobilize and ensure the commitment of relevant governmental officials to apply the Guidelines as a working tool to be integrated into their individual workplans.

18. States, at national, subnational and local levels, should establish mechanisms to receive, process and refer issues, claims and information in relation to the Guidelines and to the human rights issues raised therein. States should create focal points to monitor the implementation of the Guidelines in relevant government departments.

19. States, in ways consistent with judicial independence, should disseminate the Guidelines widely throughout the judicial system and use them in the development of jurisprudence, conduct of court cases involving HIV-related matters and HIV-related training/continuing education of judicial officers.

20. States should disseminate the Guidelines throughout the legislative branch of Government and particularly to parliamentary committees involved in the formulation of policy and legislation relevant to the issues raised in the Guidelines. Such committees should assess the Guidelines to identify priority areas for action and a longer-term strategy to ensure that relevant policy and law are in conformity with the Guidelines.

B. United Nations system and regional intergovernmental bodies

21. The United Nations Secretary-General should submit the Guidelines to the Commission on Human Rights as part of the report on the Second International Consultation on HIV/AIDS and Human Rights.

22. The Secretary-General should transmit the Guidelines to heads of State:

(a) Recommending that the document be distributed nationally through the appropriate channels;

(b) Offering, within the mandates of UNAIDS and the United Nations High Commissioner/Centre for Human Rights, technical cooperation in facilitating the implementation of the Guidelines;

(c) Requesting that compliance with the Guidelines be included in the national reports to existing human rights treaty bodies;

(d) Reminding Governments of the responsibility to uphold international human rights standards in promoting compliance with the Guidelines.

23. The Secretary-General should transmit the Guidelines to the heads of all relevant United Nations bodies and agencies, requesting that they be widely disseminated throughout the relevant programmes and activities of the bodies and agencies. The Secretary-General should request that all relevant United Nations bodies and agencies consider their activities and programmes on HIV/AIDS in the light of the provisions of the Guidelines and support the implementation of the Guidelines at the national level.

24. The Commission on Human Rights and the Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, as well as all human rights treaty bodies, should consider and discuss the Guidelines with a view to incorporating relevant aspects of the Guidelines within their respective mandates. Human rights treaty bodies, in particular, should integrate the Guidelines, as relevant, in their respective reporting guidelines, questions to States, and when developing resolutions and general comments on related subjects.

25. The Commission on Human Rights should appoint a special rapporteur on human rights and HIV/AIDS with the mandate, inter alia, to encourage and monitor implementation of the Guidelines by States, as well as their promotion by the United Nations system, including human rights bodies, where applicable.

26. The United Nations High Commissioner/Centre for Human Rights should ensure that the Guidelines are disseminated throughout the Centre and incorporated into the activities and programmes of the Centre, particularly those involving support to the United Nations human rights bodies, technical assistance and monitoring. This should be coordinated by a staff member with exclusive responsibility for the Guidelines. Similarly, the United Nations Division for the Advancement of Women should ensure the full integration of the Guidelines into the work of the Committee on the Elimination of Discrimination Against Women.

27. UNAIDS should transmit the Guidelines widely throughout the system - to co-sponsors of the UNAIDS Programme Coordinating Board, United Nations Theme Groups on HIV/AIDS, UNAIDS staff, including country programme advisers and focal points - and should ensure that the Guidelines become a framework for action for the work of the United Nations Theme Groups on HIV/AIDS and UNAIDS staff, including that Theme Groups use the Guidelines to assess the HIV-related human rights, legal and ethical situation in-country and to elaborate the best means to support implementation of the Guidelines at the country level.

28. Regional bodies (such as the Inter-American Commission on Human Rights, the Organization of American States, the African Commission on Human and Peoples' Rights, the Organization of African Unity, the European Commission on Human Rights, the European Commission, the Council of Europe, the Association of South-East Asian Nations, etc.) should receive the Guidelines and transmit

them widely among members and relevant divisions with a view to assessing how their activities might be made consistent with the Guidelines and promote their implementation.

29. Specialized agencies and other concerned bodies (such as the International Labour Organization, the International Organization for Migration, the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees, the United Nations Research Institute for Social Development and the World Trade Organization) should receive the Guidelines and transmit them widely among members and throughout their programmes with a view to assessing how their activities can be made consistent with the Guidelines and promote their implementation.

C. Non-governmental organizations*

30. NGOs should implement the Guidelines within a broad framework of communication around HIV and human rights, including through the establishment of ongoing communication between the HIV/AIDS community and the human rights community by:

(a) Establishing contacts at the international, regional and local levels between networks of ASOs and people living with HIV/AIDS and human rights NGOs;

(b) Developing mechanism(s) for ongoing communication and dissemination and implementation of the Guidelines, such as a bulletin board and/or home page on the Internet allowing for input and exchange of information on human rights and HIV and database linkages between groups working on human rights and HIV;

(c) Networking with human rights NGOs at meetings of United Nations human rights bodies;

(d) Promoting discussion of the Guidelines in their newsletters and other publications, as well as through other media;

(e) Developing an action-oriented and accessible version(s) of the Guidelines;

(f) Developing a strategy and process for the dissemination of the Guidelines and seeking funding and technical cooperation with regard to the dissemination.

* Including AIDS service organizations, community-based organizations, regional and national networks on ethics, law, human rights and HIV and networks of people living with HIV/AIDS. These networks comprise not only non-governmental and AIDS service organizations but also professionals (e.g. lawyers, health care workers, social workers), people living with HIV/AIDS, academics, research institutions and other concerned citizens. The networks are important voices for mobilizing change and protecting human rights.

31. Non-governmental organizations at the regional level should:

(a) Establish or use existing focal points to disseminate the Guidelines, with popularization and/or training;

(b) Establish a regional "technical group" to introduce the Guidelines to the region;

(c) Use the Guidelines as a tool for advocacy, interpretation, monitoring abuse and establishing best practice;

(d) Prepare regular reports on the implementation of the Guidelines to human rights bodies (human rights treaty bodies and United Nations extra-conventional fact-finding mechanisms, such as special rapporteurs and representatives, as well as regional commissions) and other relevant international agencies;

(e) Bring cases of HIV/AIDS-related discrimination and other violations of human rights in the context of HIV/AIDS to regional human rights judicial and quasi-judicial mechanisms.

32. NGOs at the national level, in order to advocate the Guidelines, should obtain consensus on their acceptance and establish a joint strategy with governmental and non-governmental partners as a baseline for monitoring the Guidelines, through the following means:

(a) Hold national NGO strategy meetings on the Guidelines that include human rights NGOs (including women's organizations and prisoners' rights organization), ASOs, community-based organizations, networks on ethics, law, human rights and HIV and networks of people living with HIV/AIDS;

(b) Hold meetings with national governmental human rights organisms;

(c) Hold meetings with national Government (relevant ministries), legislative and judiciary;

(d) Establish or use existing national focal points to gather information and develop systems of information exchange on HIV and human rights, including the Guidelines.

Annex I

GUIDELINES ON HIV/AIDS AND HUMAN RIGHTS

Preamble

This document contains guidelines adopted at the Second International Consultation on HIV/AIDS and Human Rights, held in Geneva from 23 to 25 September 1996, to assist States in creating a positive, rights-based response to HIV/AIDS that is effective in reducing the transmission and impact of HIV/AIDS and respectful of human rights and fundamental freedoms.

The elaboration of such guidelines was first considered by the 1989 International Consultation on AIDS and Human Rights, organized jointly by the United Nations Centre for Human Rights and the World Health Organization. 1/ The United Nations Commission on Human Rights and its Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities have repeatedly reiterated the need for guidelines. 2/ Increasingly, the international community has recognized the need for elaborating further how existing human rights principles apply in the context of HIV/AIDS and for providing examples of concrete activities to be undertaken by States to protect human rights and public health in the context of HIV/AIDS.

The purpose of these Guidelines is to translate international human rights norms into practical observance in the context of HIV/AIDS. To this end, the Guidelines consist of two parts: first, the human rights principles underlying a positive response to HIV/AIDS and second, action-oriented measures to be employed by Governments in the areas of law, administrative policy and practice that will protect human rights and achieve HIV-related public health goals.

The Guidelines recognize that States bring to the HIV/AIDS epidemic different economic, social and cultural values, traditions and practices - a diversity which should be celebrated as a rich resource for an effective response to HIV/AIDS. In order to benefit from this diversity, a process of participatory consultation and cooperation was undertaken in the drafting of the Guidelines, so that the Guidelines reflect the experience of people affected by the epidemic, address relevant needs and incorporate regional perspectives. Furthermore, the Guidelines reaffirm that diverse responses can and should be designed within the context of universally recognized international human rights standards.

It is intended that the principal users of the Guidelines will be States, in the persons of legislators and government policy-makers, including

1/ Report of an International Consultation on AIDS and Human Rights, Geneva, 26 to 28 July 1989 (HR/PUB/90/2).

2/ For reports and resolutions on HIV/AIDS and human rights of the United Nations Commission on Human Rights and its Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, see the appendix to the present annex.

officials involved in national AIDS programmes and relevant departments and ministries, such as health, foreign affairs, justice, interior, employment, welfare and education. Other users who will benefit from the Guidelines include intergovernmental organizations (IGOs), non-governmental organizations (NGOs), networks of persons living with HIV/AIDS (PLHAs), community-based organizations (CBOs), networks on ethics, law, human rights and HIV and AIDS service organizations (ASOs). The broadest possible audience of users of the Guidelines will maximize their impact and make their content a reality.

The Guidelines address many difficult and complex issues, some of which may or may not be relevant to the situation in a particular country. For these reasons, it is essential that the Guidelines are taken by critical actors at the national and community level and considered in a process of dialogue involving a broad spectrum of those most directly affected by the issues addressed in the Guidelines. Such a consultative process will enable Governments and communities to consider how the Guidelines are specifically relevant in their country, assess priority issues presented by the Guidelines and devise effective ways to implement the Guidelines in their respective contexts.

In implementing the Guidelines, it should be borne in mind that achieving international cooperation in solving problems of an economic, social, cultural or humanitarian character and promoting and encouraging respect for human rights and for fundamental freedoms for all, is one of the principal objectives of the United Nations. In this sense, international cooperation, including financial and technical support, is a duty of States in the context of the HIV/AIDS epidemic and industrialized countries are encouraged to act in a spirit of solidarity in assisting developing countries to meet the challenges of implementing the Guidelines.

I. INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS OBLIGATIONS AND HIV/AIDS

Introduction: HIV/AIDS, human rights and public health

Several years of experience in addressing the HIV/AIDS epidemic have confirmed that the promotion and protection of human rights is an essential component in preventing transmission of HIV and reducing the impact of HIV/AIDS. The protection and promotion of human rights is necessary both to protect the inherent dignity of persons affected by HIV/AIDS and to achieve the public health goals of reducing vulnerability to HIV infection, lessening the adverse impact of HIV/AIDS on those affected and empowering individuals and communities to respond to HIV/AIDS.

In general, human rights and public health share the common objective to promote and to protect the rights and well-being of all individuals. From the human rights perspective, this can best be accomplished by promoting and protecting the rights and dignity of everyone, with special emphasis on those who are discriminated against or whose rights are otherwise interfered with. Similarly, public health objectives can best be accomplished by promoting health for all, with special emphasis on those who are vulnerable to threats to their physical, mental or social well-being. Thus, health and human rights

complement and mutually reinforce each other in any context. They also complement and mutually reinforce each other in the context of HIV/AIDS.

One aspect of the interdependence of human rights and public health is demonstrated by studies showing that HIV prevention and care programmes with coercive or punitive features result in reduced participation and increased alienation of those at risk of infection. ^{3/} In particular, people will not seek HIV-related counselling, testing, treatment and support if this would mean facing discrimination, lack of confidentiality and other negative consequences. Therefore, it is evident that coercive public health measures drive away the people most in need of such services and fail to achieve their public health goals of prevention through behavioural change, care and health support.

Another aspect of the linkage between the protection of human rights and effective HIV/AIDS programmes is apparent in the fact that the incidence or spread of HIV/AIDS is disproportionately high among some populations. Depending on the nature of the epidemic and the legal, social and economic conditions in each country, groups that may be disproportionately affected include women, children, those living in poverty, minorities, indigenous people, migrants, refugees and internally displaced persons, people with disabilities, prisoners, sex workers, men having sex with men and injecting drug users - that is to say groups who already suffer from a lack of human rights protection and from discrimination and/or are marginalized by their legal status. Lack of human rights protection disempowers these groups to avoid infection and to cope with HIV/AIDS, if affected by it. ^{4/}

Furthermore, there is growing international consensus that a broadly based, inclusive response, involving people living with HIV/AIDS in all its aspects, is a main feature of successful HIV/AIDS programmes. Another essential component of comprehensive response is the facilitation and creation of a supportive legal and ethical environment which is protective of human rights. This requires measures to ensure that Governments, communities and individuals respect human rights and human dignity and act in a spirit of tolerance, compassion and solidarity.

One essential lesson learned in the HIV/AIDS epidemic is that universally recognized human rights standards should guide policy-makers in formulating the direction and content of HIV-related policy and form an integral part of all aspects of national and local responses to HIV/AIDS.

^{3/} J. Dwyer, "Legislating AIDS Away: The Limited Role of Legal Persuasion in Minimizing the Spread of HIV", in 9 Journal of Contemporary Health Law and Policy 167 (1993).

^{4/} For the purposes of these Guidelines, these groups will be referred to as "vulnerable" groups although it is recognized that the degree and source of vulnerability of these groups varies widely within countries and across regions.

A. Human rights standards and the nature of State obligations

The Vienna Declaration and Programme of Action, adopted at the World Conference on Human Rights in June 1993, 5/ affirmed that all human rights are universal, indivisible, interdependent and interrelated. While the significance of national and regional particularities and various historical, cultural and religious backgrounds must be borne in mind, States have the duty, regardless of their political, economic and cultural systems, to promote and protect all universally recognized human rights and fundamental freedoms, in accordance with international human rights standards.

A human rights approach to HIV/AIDS is, therefore, based on these State obligations with regard to human rights protection. HIV/AIDS demonstrates the indivisibility of human rights since the realization of economic, social and cultural rights, as well as civil and political rights, is essential to an effective response. Furthermore, a rights-based approach to HIV/AIDS is grounded in concepts of human dignity and equality which can be found in all cultures and traditions.

The key human rights principles which are essential to effective State responses to HIV/AIDS are to be found in existing international instruments, such as the Universal Declaration of Human Rights, the International Covenants on Economic, Social and Cultural Rights and on Civil and Political Rights, the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment and the Convention on the Rights of the Child. Regional instruments, including the American Convention on Human Rights, the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and the African Charter on Human and Peoples' Rights also enshrine State obligations applicable to HIV/AIDS. In addition, a number of conventions and recommendations of the International Labour Organization are particularly relevant to the problem of HIV/AIDS, such as ILO instruments concerning discrimination in employment and occupation, termination of employment, protection of workers' privacy, and safety and health at work.

Among the human rights principles relevant to HIV/AIDS are, inter alia:

The right to non-discrimination, equal protection and equality before the law

The right to life

The right to the highest attainable standard of physical and mental health

The right to liberty and security of person

The right to freedom of movement

5/ A/CONF.157/24 (Part I), chap. III.

The right to seek and enjoy asylum

The right to privacy

The right to freedom of opinion and expression and the right to freely receive and impart information

The right to freedom of association

The right to work

The right to marry and found a family

The right to equal access to education

The right to an adequate standard of living

The right to social security, assistance and welfare

The right to share in scientific advancement and its benefits

The right to participate in public and cultural life

The right to be free from torture and cruel, inhuman or degrading treatment or punishment

The rights of women and children.

B. Restrictions and limitations

Under international human rights law, States may impose restrictions on some rights, under narrowly defined circumstances, if such restrictions are necessary to achieve overriding goods, such as public health, the rights of others, morality, public order, the general welfare in a democratic society and national security. Some rights are non-derogable and cannot be restricted under any circumstances. 6/ In order for restrictions on human rights to be legitimate, the State must establish that the restriction is:

(a) Provided for and carried out in accordance with the law, i.e. according to specific legislation which is accessible, clear and precise, so that it is reasonably foreseeable that individuals will regulate their conduct accordingly;

(b) Based on a legitimate interest, as defined in the provisions guaranteeing the rights;

6/ These include the right to life, freedom from torture, freedom from enslavement or servitude, protection from imprisonment for debt, freedom from retroactive penal laws, the right to recognition as a person before the law and the right to freedom of thought, conscience and religion.

(c) Proportional to that interest and constituting the least intrusive and least restrictive measure available and actually achieving that interest in a democratic society, i.e. established in a decision-making process consistent with the rule of law. ^{7/}

Public health is most often cited by States as a basis for restricting human rights in the context of HIV/AIDS. Many such restrictions, however, infringe on the principle of non-discrimination, for example when HIV status is used as the basis for differential treatment with regard to access to education, employment, health care, travel, social security, housing and asylum. The right to privacy is known to have been restricted through mandatory testing and the publication of HIV status and the right to liberty of person is violated when HIV is used to justify deprivation of liberty or segregation. Although such measures may be effective in the case of diseases which are contagious by casual contact and susceptible to cure, they are ineffective with regard to HIV/AIDS since HIV is not casually transmitted. In addition, such coercive measures are not the least restrictive measures possible and are often imposed discriminatorily against already vulnerable groups. Finally, and as stated above, these coercive measures drive people away from prevention and care programmes, thereby limiting the effectiveness of public health outreach. A public health exception is, therefore, seldom a legitimate basis for restrictions on human rights in the context of HIV/AIDS.

C. The application of specific human rights in the context of the HIV/AIDS epidemic

Examples of the application of specific human rights to HIV/AIDS are illustrated below. These rights should not be considered in isolation but as interdependent rights supporting the Guidelines elaborated in this document. In the application of these rights, the significance of national and regional particularities and various historical, cultural and religious backgrounds must be remembered. It remains the duty of States, however, to promote and protect all human rights within their cultural contexts.

1. Non-discrimination and equality before the law

International human rights law guarantees the right to equal protection before the law and freedom from discrimination on any ground such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status. Discrimination on any of these grounds is not only wrong in itself but also creates and sustains conditions leading to societal vulnerability to infection by HIV, including lack of access to an enabling environment that will promote behavioural change and enable people to cope with HIV/AIDS. Groups suffering from discrimination, which also disables them in the context of HIV/AIDS, are women, children, those living in poverty, minorities, indigenous people, migrants, refugees and internally displaced persons, people with disabilities, prisoners, sex workers, men having sex with men and injecting drug users.

^{7/} P. Sieghart, AIDS and Human Rights: A UK Perspective, British Medical Association Foundation for AIDS, London, 1989, pp. 12-25.

Responses by States to the epidemic should include the implementation of laws and policies to eliminate systemic discrimination, including where it occurs against these groups.

The Commission on Human Rights has confirmed that "other status" in non-discrimination provisions is to be interpreted to include health status, including HIV/AIDS. 8/ This means that States should not discriminate against PLHAs or members of groups perceived to be at risk of infection on the basis of their actual or presumed HIV status. 9/

The Human Rights Committee has confirmed that the right to equal protection of the law prohibits discrimination in law or in practice in any fields regulated and protected by public authorities and that a difference in treatment is not necessarily discriminatory if it is based on reasonable and objective criteria. The prohibition against discrimination thus requires States to review and, if necessary, repeal or amend their laws, policies and practices to proscribe differential treatment which is based on arbitrary HIV-related criteria. 10/

2. Human rights of women

Discrimination against women, *de facto* and *de jure*, renders them disproportionately vulnerable to HIV/AIDS. Women's subordination in the family and in public life is one of the root causes of the rapidly increasing rate of infection among women. It also impairs women's ability to deal with the consequences of their own infection and/or infection in the family, in social, economic and personal terms. 11/

With regard to prevention of infection, the rights of women and girls to the highest attainable standard of physical and mental health, to education, to freedom of expression, to freely receive and impart information, should be applied to include equal access to HIV-related information, education, means

8/ See, *inter alia*, Commission on Human Rights resolutions 1995/44 of 3 March 1995 and 1996/43 of 19 April 1996.

9/ Other groups singled out for discriminatory measures in the context of HIV/AIDS, such as mandatory screening, are the military, police, peace-keeping forces, pregnant women, hospital patients, tourists, performers, people with haemophilia, tuberculosis or sexually transmitted diseases (STDs), truck drivers and scholarship-holders. Their partners, families, friends and care providers may also be subject to discrimination based on presumed HIV status.

10/ Human Rights Committee, General Comment No. 18 (37). Official Records of the General Assembly, Forty-fifth Session, Supplement No. 40 (A/45/40), vol. I, annex VI A.

11/ See report of the Expert Group Meeting on Women and HIV/AIDS and the Role of National Machinery for the Advancement of Women, convened by the Division for the Advancement of Women, Vienna, 24-28 September 1990 (EGM/AIDS/1990/1).

of prevention and health services. However, even when such information and services are available, women and girls are often unable to negotiate safer sex or to avoid HIV-related consequences of the sexual practices of their husband or partners as a result of social and sexual subordination, economic dependence on a relationship and cultural attitudes. The protection of the sexual and reproductive rights of women and girls is, therefore, critical. This includes the rights of women to have control over and to decide freely and responsibly, free of coercion, discrimination and violence, on matters related to their sexuality, including sexual and reproductive health. ^{12/} Measures for the elimination of sexual violence and coercion against women in the family and in public life not only protect women from human rights violations but also from HIV infection that may result from such violations.

Furthermore, in order to empower women to leave relationships or employment which threaten them with HIV infection and to cope if they or their family members are infected with HIV/AIDS, States should ensure women's rights to, inter alia, legal capacity and equality within the family, in matters such as divorce, inheritance, child custody, property and employment rights, in particular, equal remuneration of men and women for work of equal value, equal access to responsible positions, measures to reduce conflicts between professional and family responsibilities and protection against sexual harassment at the workplace. Women should also be enabled to enjoy equal access to economic resources, including credit, an adequate standard of living, participation in public and political life and to benefits of scientific and technological progress so as to minimize risk of HIV infection.

HIV/AIDS prevention and care for women are often undermined by pervasive misconceptions about HIV transmission and epidemiology. There is a tendency to stigmatize women as "vectors of disease", irrespective of the source of infection. As a consequence, women who are or are perceived to be HIV-positive face violence and discrimination in public and in private life. Sex workers often face mandatory testing with no support for prevention activities to encourage or require their clients to wear condoms and with no access to health-care services. Many HIV/AIDS programmes targeting women are focused on pregnant women but these programmes often emphasize coercive measures directed towards the risk of transmitting HIV to the foetus, such as mandatory pre- and post-natal testing followed by coerced abortion or sterilization. Such programmes seldom empower women to prevent perinatal transmission by pre-natal prevention education and an available choice of health services and overlook the care needs of women.

The Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women obliges States parties to address all aspects of gender-based discrimination in law, policy and practice. States are also required to take appropriate measures to modify social and cultural patterns which are based on ideas of superiority/inferiority and stereotyped roles for men and women. The Committee on the Elimination of Discrimination against Women (CEDAW) which

^{12/} Beijing Declaration and Platform for Action, Fourth World Conference on Women, Beijing, 4/5 September 1995, (A/CONF.177/20).

monitors the Convention has underscored the link between women's reproductive role, their subordinate social position and their increased vulnerability to HIV infection. 13/

3. Human rights of children

The rights of children are protected by all international human rights instruments and in particular under the Convention on the Rights of the Child, which establishes an international definition of the child as "every human being below the age of eighteen years unless under the law applicable to the child, majority is attained earlier" (art. 1). The Convention reaffirms that children are entitled to many of the rights that protect adults (e.g. the rights to life, non-discrimination, integrity of the person, liberty and security, privacy, asylum, expression, association and assembly, education and health), in addition to particular rights for children established by the Convention.

Many of these rights are relevant to HIV/AIDS prevention, care and support for children, such as freedom from trafficking, prostitution, sexual exploitation and sexual abuse since sexual violence against children, among other things, increases their vulnerability to HIV/AIDS. The freedom to seek, receive and impart information and ideas of all kinds and the right to education provide children with the right to give and receive all HIV-related information they need to avoid infection and to cope with their status, if infected. The right to special protection and assistance if deprived of his or her family environment, including alternative care and protection in adoption, in particular protects children if they are orphaned by HIV/AIDS. The right of disabled children to a full and decent life and to special care and the rights to abolition of traditional practices which are prejudicial to the health of children, such as early marriage, female genital mutilation, denial of equal sustenance and inheritance for girls are also highly relevant in the context of HIV/AIDS. Under the Convention, the right to non-discrimination and privacy for children living with HIV/AIDS and finally the rights of children to be actors in their own development and to express opinions and have them taken into account in making decisions about their lives should empower children to be involved in the design and implementation of HIV-related programmes for children.

4. Right to marry and found a family and protection of the family

The right to marry and to found a family encompasses the right of "men and women of full age, without any limitation due to race, nationality or religion, ... to marry and found a family", to be "entitled to equal rights as to marriage, during marriage and at its dissolution" and to protection by society and the State of the family as "the natural and fundamental group unit of society". 14/ Therefore, it is clear that the right of people living with

13/ CEDAW, General Recommendation No. 15 (ninth session, 1990). Official Records of the General Assembly, Forty-fifth Session, Supplement No. 38 (A/45/38), chap. IV.

14/ Article 16, Universal Declaration of Human Rights.

HIV/AIDS is infringed by mandatory pre-marital testing and/or the requirement of "AIDS-free certificates" as a precondition for the grant of marriage licences under State laws. ^{15/} Secondly, forced abortions or sterilization of women living with HIV violates the human right to found a family, as well the right to liberty and integrity of the person. Women should be provided with accurate information about the risk of perinatal transmission to support them in making voluntary, informed choices about reproduction. ^{16/} Thirdly, measures to ensure the equal rights of women within the family are necessary to enable women to negotiate safe sex with their husbands/partners or be able to leave the relationship if they cannot assert their rights (see also Human rights of women above). Finally, the recognition of the family as the fundamental unit of society is undermined by policies which have the effect of denying family unity. In the case of migrants, many States do not allow migrants to be accompanied by family members, and the resulting isolation can increase vulnerability to HIV infection. In the case of refugees, mandatory testing as a precondition of asylum can result in HIV-positive family members being denied asylum while the rest of the family is granted asylum.

5. Right to privacy

Article 17 of the International Covenant on Civil and Political Rights provides that "No one shall be subjected to arbitrary or unlawful interference with his privacy, family, home or correspondence, nor to unlawful attacks on his honour and reputation. Everyone has the right to the protection of the law against such interference or attacks". The right to privacy encompasses obligations to respect physical privacy, including the obligation to seek informed consent to HIV testing and privacy of information, including the need to respect confidentiality of all information relating to a person's HIV status.

The individual's interest in his/her privacy is particularly compelling in the context of HIV/AIDS, firstly, because of the invasive character of a mandatory HIV test and, secondly, because of the stigma and discrimination attached to the loss of privacy and confidentiality if HIV status is disclosed. The community has an interest in maintaining privacy so that people will feel safe and comfortable in using public health measures, such as HIV/AIDS prevention and care services. The interest in public health does not justify mandatory HIV testing or registration, except in case of blood/organ/tissue donations where the human product, rather than the person,

^{15/} People living with HIV/AIDS should be able to marry and engage in sexual relations whose nature does not impose a risk of infection to their partners. People living with HIV/AIDS, like all people who know or suspect that they are HIV-positive, have a responsibility, for example by practising abstinence or safer sex, not to expose others unknowingly to infection.

^{16/} The chance of a woman living with HIV giving birth to an HIV-positive baby is approximately 1 in 3. This rate may be significantly reduced if the woman is able to undergo pre- and post-natal treatment with anti-retrovirals. Since extremely difficult and complex ethical and personal decisions are involved, the choice to have a child should be left to the woman, with input from her partner, if possible.

is tested before use on another person. All information on HIV sero-status obtained during the testing of donated blood or tissue must also be kept strictly confidential.

The duty of States to protect the right to privacy, therefore, includes the obligation to guarantee that adequate safeguards are in place to ensure that no testing occurs without informed consent, that confidentiality is protected, particularly in health and social welfare settings, and that information on HIV status is not disclosed to third parties without the consent of the individual. In this context, States must also ensure that HIV-related personal information is protected in the reporting and compilation of epidemiological data and that individuals are protected from arbitrary interference with their privacy in the context of media investigation and reporting.

In those societies and cultures where traditions place greater emphasis on the community, patients may more readily authorize the sharing of confidential information with their family or community. In such circumstances, disclosure to the family or community may be for the benefit of the person concerned and such shared confidentiality may not breach the duty to maintain confidentiality.

The Human Rights Committee has found that the right to privacy under article 17 of the International Covenant on Civil and Political Rights is violated by laws which criminalize private homosexual acts between consenting adults. The Committee noted that "... the criminalization of homosexual practices cannot be considered a reasonable means or proportionate measure to achieve the aim of preventing the spread of HIV/AIDS ... by driving underground many of the people at risk of infection ... [it] would appear to run counter to the implementation of effective education programmes in respect of the HIV/AIDS prevention". ^{17/}

The Committee also noted that the term "sex" in article 26 of the Covenant which prohibits discrimination on various grounds includes "sexual orientation". In many countries, there exist laws which render criminal particular sexual relationships or acts between consenting adults, such as adultery, fornication, oral sex and sodomy. Such criminalization not only interferes with the right to privacy but it also impedes HIV/AIDS education and prevention work.

6. Right to enjoy the benefits of scientific progress and its applications

The right to enjoy the benefits of scientific progress and its applications is important in the context of HIV/AIDS in view of the rapid and continuing advances regarding testing, treatment therapies and the development of a vaccine. More basic scientific advances which are relevant to HIV/AIDS

^{17/} Human Rights Committee, Communication No. 488/1991, Nicholas Toonan v. Australia (views adopted on 31 March 1994, fiftieth session). Official Records of the General Assembly, Forty-ninth Session, Supplement No. 40 (A/49/40), vol. II, annex IX EE, para. 8.5.

concern the safety of the blood supply from HIV infection and the use of universal precautions which prevent the transmission of HIV in various settings, including health care. In this connection, however, developing countries experience severe resource constraints which limit not only the availability of such scientific benefits but also the availability of basic pain prophylaxis and antibiotics for the treatment of HIV-related conditions. Furthermore, disadvantaged and/or marginalized groups within societies may have no or limited access to available HIV-related treatments or to participation in clinical and vaccine development trials. Of deep concern is the need to share equitably among States and among all groups within States basic drugs and treatment, as well as the more expensive and complicated treatment therapies, where possible.

7. Right to liberty of movement

The right to liberty of movement encompasses the rights of everyone lawfully within a territory of a State to liberty of movement within that State and the freedom to choose his/her residence, as well as the rights of nationals to enter and leave their own country. Similarly, an alien lawfully within a State can only be expelled by a legal decision with due process protections.

There is no public health rationale for restricting liberty of movement or choice of residence on the grounds of HIV status. According to current international health regulations, the only disease which requires a certificate for international travel is yellow fever. ^{18/} Therefore, any restrictions on these rights based on suspected or real HIV status alone, including HIV screening of international travellers, are discriminatory and cannot be justified by public health concerns.

Where States prohibit people living with HIV/AIDS from longer-term residency due to concerns about economic costs, States should not single out HIV/AIDS, as opposed to comparable conditions, for such treatment and should establish that such costs would indeed be incurred in the case of the individual alien seeking residency. In considering entry applications, humanitarian concerns, such as family reunification and the need for asylum, should outweigh economic considerations.

8. Right to seek and enjoy asylum

Everyone has the right to seek and enjoy in other countries asylum from persecution. Under the 1951 Convention relating to the Status of Refugees and under customary international law, States cannot, in accordance with the principle of non-refoulement, return a refugee to a country where she or he faces persecution. Thus, States may not return a refugee to persecution on the basis of his or her HIV status. Furthermore, where the treatment of people living with HIV/AIDS can be said to amount to persecution, it can provide a basis for qualifying for refugee status.

^{18/} WHO International Health Regulations (1969).

The United Nations High Commissioner for Refugees issued policy guidelines in March 1988 which state that refugees and asylum seekers should not be targeted for special measures regarding HIV infection and that there is no justification for screening being used to exclude HIV-positive individuals from being granted asylum. 19/

The Human Rights Committee has confirmed that the right to equal protection of the law prohibits discrimination in law or in practice in any fields regulated and protected by public authorities. 20/ These would include travel regulations, entry requirements, immigration and asylum procedures. Therefore, although there is no right of aliens to enter a foreign country or to be granted asylum in any particular country, discrimination on the grounds of HIV-status in the context of travel regulations, entry requirements, immigration and asylum procedures would violate the right to equality before the law.

9. Right to liberty and security of person

Article 9 of the International Covenant on Civil and Political Rights provides that "Everyone has the right to liberty and security of the person. No one shall be subjected to arbitrary arrest or detention. No one shall be deprived of his liberty except on such grounds and in accordance with such procedures as are prescribed by law".

The right to liberty and security of the person should, therefore, never be arbitrarily interfered with based simply on HIV status by using measures such as quarantine, detention in special colonies, or isolation. There is no public health justification for such deprivation of liberty. Indeed, it has been shown that public health interests are served by integrating people living with HIV/AIDS within communities and benefiting from their participation in economic and public life.

In exceptional cases involving objective judgements concerning deliberate and dangerous behaviour, restrictions on liberty may be imposed. Such exceptional cases should be handled under ordinary provisions of public health, or criminal laws, with appropriate due process protection.

Compulsory HIV testing can constitute a deprivation of liberty and a violation of the right to security of person. This coercive measure is often utilized with regard to groups least able to protect themselves because they are within the ambit of government institutions or the criminal law, e.g. soldiers, prisoners, sex workers, injecting drug users and men who have sex with men. There is no public health justification for such compulsory HIV testing. Respect for the right to physical integrity requires that testing be voluntary and based on informed consent.

19/ UNHCR Health Policy on AIDS, 15 February 1988 (UNHCR/IDM).

20/ Human Rights Committee, General Comment No. 18(37) op. cit.

10. Right to education

Article 26 of the Universal Declaration of Human Rights states in part that "Everyone has the right to education. ... Education shall be directed to the full development of the human personality and to the strengthening of respect for human rights and fundamental freedoms. It shall promote understanding, tolerance and friendship ...". This right includes three broad components which apply in the context of HIV/AIDS. Firstly, both children and adults have the right to receive HIV-related education, particularly regarding prevention and care. Access to education concerning HIV/AIDS is an essential life-saving component of effective prevention and care programmes. It is the State's obligation to ensure, in every cultural and religious tradition, that appropriate means are found so that effective HIV/AIDS information is included in educational programmes inside and outside schools. The provision of education and information to children should not be considered to promote early sexual experimentation; rather, as studies indicate, it delays sexual activity. ^{21/}

Secondly, States should ensure that both children and adults living with HIV/AIDS are not discriminatorily denied access to education, including access to schools, universities, scholarships and international education or subject to restrictions because of their HIV status. There is no public health rationale for such measures since there is no risk of transmitting HIV casually in educational settings. Thirdly, States should, through education, promote understanding, respect, tolerance and non-discrimination in relation to persons living with HIV/AIDS.

11. Freedom of expression and information

Article 19 of the International Covenant on Civil and Political Rights states in part that "Everyone shall have the right to hold opinions without interference. ... Everyone shall have the right to freedom of expression; this right shall include the freedom to seek, receive and impart information and ideas of all kinds ... ". This right, therefore, includes the right to seek, receive and impart HIV-related prevention and care information. Such educational material which may necessarily involve detailed information about transmission risks and may be targeted to groups engaging in illegal behaviour, such as injecting drug use and homosexual behaviour, where applicable, should not be wrongfully subject to censorship or obscenity laws or laws making those imparting the information liable for "aiding and abetting" criminal offences. States are obliged to ensure that appropriate and effective information on methods to prevent HIV transmission is developed and disseminated for use in different multicultural contexts and religious traditions. The media should be respectful of human rights and dignity, specifically the right to privacy, and use appropriate language when reporting on HIV/AIDS. Reporting on HIV/AIDS by media should be accurate, factual, sensitive, and should avoid stereotyping and stigmatization.

^{21/} M. Alexander, "Information and Education Laws", in Dr. Jayasuriya (ed.) HIV, Law, Ethics and Human Rights, UNDP, New Delhi, 1995, p. 54.

12. Freedom of assembly and association

Article 20 of the Universal Declaration of Human Rights provides that "Everyone has the right to freedom of peaceful assembly and association". This right has been frequently denied to non-governmental organizations working in the field of human rights, AIDS service organizations (ASOs) and community-based organizations (CBOs), with applications for registration being refused as a result of their perceived criticism of Governments or of the focus of some of their activities, e.g. sex work. In general, non-governmental organizations and their members involved in the field of human rights should enjoy the rights and freedoms recognized in human rights instruments and the protection of national law. In the context of HIV/AIDS, the freedom of assembly and association with others is essential to the formation of HIV-related advocacy, lobby and self-help groups to represent interests and meet the needs of various groups affected by HIV/AIDS, including PLHAs. Public health and an effective response to HIV/AIDS are undermined by obstructing interaction and dialogue with and among such groups, other social actors, civil society and Government.

Furthermore, persons living with HIV/AIDS should be protected against direct or indirect discrimination based on HIV status in their admission to organizations of employers or trade unions, continuation as members and participation in their activities, in conformity with ILO instruments on freedom of association and collective bargaining. At the same time, workers' and employers' organizations can be important factors in raising awareness on issues connected with HIV/AIDS and in dealing with its consequences in the workplace.

13. Right to participation in political and cultural life

Realization of the right to take part in the conduct of public affairs, 22/ as well as in cultural life, 23/ is essential to guarantee participation by those most affected by HIV/AIDS in the development and implementation of HIV-related policies and programmes. These human rights are reinforced by the principles of participatory democracy, which assumes the involvement of PLHAs and their families, women, children and groups vulnerable to HIV/AIDS in designing and implementing programmes that will be most effective by being tailored to the specific needs of these groups. It is essential that PLHAs remain fully integrated into political, economic, social and cultural aspects of community life.

People with HIV/AIDS have the right to their cultural identity and to various forms of creativity, both as a means of artistic expression and as a therapeutic activity. Increasing recognition has been given to the expression of creativity as a popular medium for imparting HIV/AIDS information, combating intolerance, and as a therapeutic form of solidarity.

22/ Article 25 of the International Covenant on Civil and Political Rights.

23/ Article 15 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights.

14. Right to the highest attainable standard of physical and mental health

The right to the highest attainable standard of physical and mental health comprises, inter alia, "the prevention, treatment and control of epidemic ... diseases" and "the creation of conditions which would assure to all medical service and medical attention in the event of sickness". 24/

In order to meet these obligations in the context of HIV/AIDS, States should ensure the provision of appropriate HIV-related information, education and support, including access to services for sexually transmitted diseases, to the means of prevention (such as condoms and clean injection equipment) and to voluntary and confidential testing with pre- and post-test counselling, in order to enable individuals to protect themselves and others from infection. States should also ensure a safe blood supply and implementation of "universal precautions" to prevent transmission in settings such as hospitals, doctors' offices, dental practices and acupuncture clinics, as well as informal settings, such as during home births.

States should also ensure access to adequate treatment and drugs, within the overall context of their public health policies, so that people living with HIV/AIDS can live as long and successfully as possible. PLHAs should also have access to clinical trials and should be free to choose amongst all available drugs and therapies, including alternative therapies. International support, from both the public and private sectors, for developing countries for increased access to health care and treatment, drugs and equipment is essential. In this context, States should ensure that neither expired drugs nor other invalid materials are supplied.

States may have to take special measures to ensure that all groups in society, particularly marginalized groups, have equal access to HIV-related prevention, care and treatment services. The human rights obligations of States to prevent discrimination and to assure medical service and medical attention in the event of sickness for everyone require States to ensure that no one is discriminated against in the health-care setting on the basis of their HIV status.

15. Right to an adequate standard of living and social security services

Article 25 of the Universal Declaration of Human Rights states that "Everyone has the right to a standard of living adequate for the health and well-being of himself and his family, including food, clothing, housing and medical care and necessary social services, and the right to security in the event of unemployment, sickness, disability, widowhood, old age or other lack of livelihood in circumstances beyond his control". Enjoyment of the right to an adequate standard of living is essential to reduce vulnerability to the

24/ Article 12, International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights.

risk and consequences of HIV infection. It is particularly relevant to meeting the needs of people living with HIV/AIDS, and/or their families, who have become impoverished by HIV/AIDS as a result of increased morbidity due to AIDS and/or discrimination which can result in unemployment, homelessness and poverty. If States introduce priority ranking for such services for resource allocation purposes, then PLHAs and persons with comparable conditions and disabilities should qualify for preferential treatment because of their dire circumstances.

States should take steps to ensure that people living with HIV/AIDS are not discriminatorily denied an adequate standard of living and/or social security and support services on the basis of their health status.

16. Right to work

"Everyone has the right to work ... [and] to just and favourable conditions of work". ^{25/} The right to work entails the right of every person to access to employment without any precondition except the necessary occupational qualifications. This right is violated when an applicant or employee is required to undergo mandatory testing for HIV and is refused employment or dismissed or refused access to employee benefits on the grounds of a positive result. States should ensure that persons with HIV/AIDS are allowed to work as long as they can carry out the functions of the job. Thereafter, as with any other illness, PLHAs should be provided with reasonable accommodation to be able to continue working as long as possible and, when no longer able to work, be given equal access to existing sickness and disability schemes. The applicant or employee should not be required to disclose his or her HIV status to the employer nor in connection with his or her access to workers' compensation, pension benefits and health insurance schemes. States' obligations to prevent all forms of discrimination in the workplace, including on the grounds of HIV/AIDS, should extend to the private sector.

As part of favourable conditions of work, all employees have the right to safe and healthy working conditions. "In the vast majority of occupations and occupational settings, work does not involve a risk of acquiring or transmitting HIV between workers, from worker to client, or from client to worker". ^{26/} However, where a possibility of transmission does exist in the workplace, such as in health-care settings, States should take measures to minimize the risk of transmission. In particular, workers in the health sector must be properly trained in universal precautions for the avoidance of transmission of infection and be supplied with the means to implement such procedures.

^{25/} Article 23, Universal Declaration of Human Rights.

^{26/} Consultation on AIDS and the Workplace (World Health Organization, in association with the International Labour Organization), Geneva, 1988, sect. II, Introduction.

17. Freedom from cruel, inhuman or degrading treatment or punishment

The right to freedom from cruel, inhuman or degrading treatment or punishment can arise in two situations in the context of HIV/AIDS, namely in the treatment of prisoners and in connection with violence against women.

Imprisonment is punishment by deprivation of liberty but should not result in the loss of human rights or dignity. In particular, the State, through prison authorities, owes a duty of care to prisoners, including the duty to protect the rights to life and to health of all persons in custody. Denial to prisoners of access to HIV-related information, education and means of prevention (bleach, condoms, clean injection equipment), voluntary testing and counselling, confidentiality and HIV-related health care and access to and voluntary participation in treatment trials, could constitute cruel, inhuman or degrading treatment or punishment. The duty of care also comprises a duty to combat prison rape and other forms of sexual victimization that may result, inter alia, in HIV transmission.

Thus, all prisoners engaging in dangerous behaviour, including in rape and sexual coercion, should be subject to discipline based on their behaviour, without reference to their HIV status. There is no public health or security justification for mandatory HIV testing of prisoners, nor for denying inmates living with HIV/AIDS access to all activities available to the rest of the prison population. Furthermore, the only justification for segregation of PLHAs from the prison population would be for the health of PLHAs themselves. Prisoners with terminal diseases, including AIDS, should be considered for early release and given proper treatment outside prison.

Violence against women in all its forms during peacetime and in conflict situations increases women's and children's vulnerability to HIV infection. Such violence constituting cruel, inhuman and degrading treatment, includes, inter alia, sexual violence, rape (marital and other) and other forms of coerced sex, as well as traditional practices affecting the health of women and children. States have an obligation to protect women and children from sexual violence in both public and private lives.

II. GUIDELINES FOR STATE ACTION

Set out below are recommended Guidelines for States to implement in order to promote and protect human rights in the context of HIV/AIDS. These Guidelines are firmly anchored within a framework of existing international human rights norms and are based on many years of experience in identifying those strategies that have proven successful in addressing HIV/AIDS. The normative principles together with practical strategies provide the evidence and ideas for States to reorient and redesign their policies and programmes to ensure respect for HIV-related rights and to be most effective in addressing the epidemic. States should provide political leadership and financial resources sufficient to implement these strategies.

The guidelines focus on activities by States in view of their obligations under international and regional human rights instruments. This

is not to deny, however, the responsibilities of other key actors, such as the private sector, including professional groups such as health-care workers, the media, and religious communities. These groups also have responsibilities not to engage in discrimination and to implement protective and ethical policies and practices.

A. Institutional responsibilities and processes

Guideline 1: National framework

States should establish an effective national framework for their response to HIV/AIDS which ensures a coordinated, participatory, transparent and accountable approach, integrating HIV/AIDS policy and programme responsibilities, across all branches of Government.

Depending upon existing institutions, the level of the epidemic and institutional cultures, as well as the need to avoid overlapping of responsibilities, the following responses should be considered:

(a) Formation of an interministerial committee to ensure integrated development and high-level coordination of individual ministerial national action plans and to monitor and implement the further HIV/AIDS strategies, as set out below. In federal systems, an intergovernmental committee should also be established with provincial/state, as well as national representation. Each ministry should ensure that HIV/AIDS and human rights are integrated into all its relevant plans and activities, including:

Education

Law and justice, including police and corrective services

Science and research

Employment and public service

Welfare, social security and housing

Immigration, indigenous populations, foreign affairs and development cooperation

Health

Treasury and finance

Defence, including armed services

(b) Ensuring that an informed and ongoing forum exists for briefing, policy discussion and law reform to deepen the level of understanding of the epidemic, in which all political viewpoints can participate at national and subnational levels, e.g. by establishing parliamentary or legislative committees with representation from major and minor political parties.

(c) Formation or strengthening of advisory bodies to advise Government on legal and ethical issues, such as a legal and ethical sub-committee of the interministerial committee. Representation should consist of professional (public, law and education, science, bio-medical and social), religious and community groups, employers' and workers' organizations, NGOs and ASOs, nominees/experts and people living with HIV/AIDS.

(d) Sensitization of the judicial branch of Government, in ways consistent with judicial independence, on the legal, ethical and human rights issues related to HIV/AIDS, including through judicial education and the development of judicial materials.

(e) Ongoing interaction of government branches with United Nations Theme Groups on HIV/AIDS and other concerned international and bilateral actors to ensure that governmental responses to the HIV/AIDS epidemic will continue to make the best use of assistance available from the international community. Such interaction should, inter alia, reinforce cooperation and assistance to areas related to HIV/AIDS and human rights.

Commentary on Guideline 1

To be effective, the response to HIV/AIDS must mobilize key actors throughout all branches of Government and include all policy areas, since only a combination of well-integrated and coordinated approaches can address the complexities of the epidemic. In all sectors, leadership must be developed and must demonstrate a dedication to HIV-related human rights. Governments should avoid unnecessary politicization of HIV/AIDS which diverts government energy and divides the community rather than engendering a sense of solidarity and consensus in dealing with the epidemic. Political commitment to dedicate adequate resources to respond to the epidemic within States is essential. Equally important is that these resources are channelled into productive and coordinated strategies. Roles and lines of responsibility within Government, including for human rights issues, should be clarified.

Most countries already have national AIDS committees. In some countries, there are also subnational committees. However, the persisting lack of coordination in government policy and the lack of specific attention to human rights issues relating to the HIV/AIDS epidemic suggest a need to consider possible additional structures or to strengthen and reorient those that exist to include legal and ethical issues. Several models of coordinating committees and multidisciplinary advisory groups exist. 27/

27/ A successful example of an interministerial coordinating committee is the National AIDS Prevention and Control Committee chaired by the Prime Minister in Thailand since 1991. Other models are the Federal Parliamentary Liaison Group in Australia, the National AIDS Coordinating Council in Western Samoa, the Philippine National AIDS Council and the National Commission on AIDS in the United States. Another noteworthy example is the National Anti-AIDS Committee established by the President of the Ukraine as a special State authority.

Similar coordination is essential within and between lower levels of Government. It is necessary to focus such coordination not only in creating specialized HIV/AIDS bodies, but also in securing a place for HIV/AIDS human rights issues in existing mainstream forums, such as regular gatherings of Ministers of, e.g. Health, Justice and Social Welfare. A multidisciplinary body with professional and community representation should exist to advise Government on legal and ethical issues. These bodies at the national level should also ensure coordination with UNAIDS, its co-sponsors and other international agencies (donors, bilateral donors and others) to reinforce cooperation and assistance to areas relating to HIV/AIDS and human rights.

Guideline 2: Supporting community partnership

States should ensure, through political and financial support, that community consultation occurs in all phases of HIV/AIDS policy design, programme implementation and evaluation and that community organizations are enabled to carry out their activities, including in the fields of ethics, law and human rights, effectively.

(a) Community representation should comprise PLHAs, CBOs, ASOs, human rights NGOs and representatives of vulnerable groups. ^{28/} Formal and regular mechanisms should be established to facilitate ongoing dialogue with and input from such community representatives into HIV-related government policies and programmes. This could be established through regular reporting by community representatives to the various government, parliamentary and judicial branches described in Guideline 1, joint workshops with community representatives on policy, planning and evaluation of State responses and through mechanisms for receiving written submissions from the community.

(b) Sufficient Government funding should be allocated in order to support, sustain and enhance community organizations in areas of core support, capacity-building and implementation of activities, including in areas concerning HIV-related ethics, human rights and law. Such activities might involve training seminars, workshops, networking, developing promotional and educational materials, advising clients of their human and legal rights, referring clients to relevant grievance bodies, collecting data on human rights issues and human rights advocacy.

Commentary on Guideline 2

Community partners have knowledge and experience that States need in order to fashion effective State responses. This is particularly the case with regard to human rights issues, as community representatives are either directly affected by human rights problems or work directly with those who are affected. States should, therefore, ensure that this knowledge and experience are included in the development of HIV/AIDS policy, programmes and evaluation by recognizing the importance of such contributions and creating structural means by which to obtain them.

^{28/} See section I, Introduction, for a listing of vulnerable groups.

The contribution of CBOs, NGOs, ASOs and PLHAs is an essential part of the overall national response to the epidemic, including in the areas of ethics, law and human rights. As community representatives do not necessarily possess organizational ability or skills for advocacy, lobbying and human rights work, this contribution should be enhanced by State funding for administrative support, capacity-building, human resource development and implementation of activities. Collection of complaint data by CBOs and NGOs is vital to inform Governments and the international community where the most serious HIV-related human rights problems are occurring and what effective action should be implemented in response. 29/

B. Law review, reform and support services

Guideline 3: Public health legislation

States should review and reform public health legislation to ensure that they adequately address the public health issues raised by HIV/AIDS, that their provisions applicable to casually transmitted diseases are not inappropriately applied to HIV/AIDS and that they are consistent with international human rights obligations.

Public health legislation should contain the following components:

(a) Public health law should fund and empower public health authorities to provide a comprehensive range of services for the prevention and treatment of HIV/AIDS, including relevant information and education, access to voluntary testing and counselling, STD and sexual and reproductive health services for men and women, condoms and drug treatment, services and clean injection materials, as well as adequate treatment for HIV/AIDS-related illnesses, including pain prophylaxis.

(b) Apart from surveillance testing and other unlinked testing done for epidemiological purposes, public health legislation should ensure that HIV testing of individuals should only be performed with the specific informed consent of that individual. Exceptions to voluntary testing would need specific judicial authorization, granted only after due evaluation of the important privacy and liberty considerations involved.

(c) In view of the serious nature of HIV testing and in order to maximize prevention and care, public health legislation should ensure, whenever possible, that pre- and post-test counselling is provided in all cases. With the introduction of home-testing, States should ensure quality control, maximize counselling and referral services for those who use such tests and establish legal and support services for those who are the victims of misuse of such tests by others.

(d) Public health legislation should ensure that people are not subjected to coercive measures such as isolation, detention or quarantine on the basis of their HIV status. Where the liberty of persons living with HIV

29/ See Guideline 11 below.

is restricted due to their illegal behaviour, due process protections (e.g. notice, rights of review/appeal, fixed rather than indeterminate periods of orders and rights of representation) should be guaranteed.

(e) Public health legislation should ensure that HIV and AIDS cases reported to public health authorities for epidemiological purposes are subject to strict rules of data protection and confidentiality.

(f) Public health legislation should ensure that information related to the HIV status of an individual is protected from unauthorized collection, use or disclosure in the health-care and other settings, and that the use of HIV-related information requires informed consent.

(g) Public health legislation should authorize, but not require, that health care professionals decide, on the basis of each individual case and ethical considerations, to inform their patients' sexual partners of the HIV status of their patient. Such a decision should only be made in accordance with the following criteria:

The HIV-positive person in question has been thoroughly counselled

Counselling of the HIV-positive person has failed to achieve appropriate behavioural changes

The HIV-positive person has refused to notify, or consent to the notification of his/her partner(s)

A real risk of HIV transmission to the partner(s) exists

The HIV-positive person is given reasonable advance notice

The identity of the HIV-positive person is concealed from the partner(s), if this is practically possible

Follow-up is provided to ensure support to those involved, as necessary.

(h) Public health legislation should ensure that the blood/tissue/organ supply is free of HIV and other blood-borne diseases.

(i) Public health law should require the implementation of universal infection control precautions in health-care and other setting involving exposure to blood and other bodily fluids. Persons working in these settings must be provided with the appropriate equipment and training to implement such precautions.

(j) Public health legislation should require that health-care workers undergo a minimum of ethics and/or human rights training in order to be licensed to practice and should encourage professional societies of health-care workers to develop and enforce codes of conduct based on human rights and ethics, including HIV-related issues such as confidentiality and the duty to provide treatment.

Guideline 4: Criminal laws and correctional systems

States should review and reform criminal laws and correctional systems to ensure that they are consistent with international human rights obligations and are not misused in the context of HIV/AIDS or targeted against vulnerable groups.

(a) Criminal and/or public health legislation should not include specific offences against the deliberate and intentional transmission of HIV but rather should apply general criminal offences to these exceptional cases. Such application should ensure that the elements of foreseeability, intent, causality and consent are clearly and legally established to support a guilty verdict and/or harsher penalties.

(b) Criminal law prohibiting sexual acts (including adultery, sodomy, fornication and commercial sexual encounters) between consenting adults in private should be reviewed, with the aim of repeal. In any event, they should not be allowed to impede provision of HIV/AIDS prevention and care services.

(c) With regard to adult sex work that involves no victimization, criminal law should be reviewed with the aim to decriminalize, then legally regulate occupational health and safety conditions to protect sex workers and their clients, including support for safe sex during sex work. Criminal law should not impede provision of HIV/AIDS prevention and care services to sex workers and their clients. Criminal law should ensure that children and adult sex workers who have been trafficked or otherwise coerced into sex work are protected from participation in the sex industry and are not prosecuted for such participation but rather are removed from sex work and provided with medical and psycho-social support services, including those related to HIV.

(d) Criminal law should not be an impediment to measures taken by States to reduce the risk of HIV transmission among injecting drug users and to provide HIV-related care and treatment for injecting drug users. Criminal law should be reviewed to consider:

The authorization or legalization and promotion of needle and syringe exchange programmes;

The repeal of laws criminalizing the possession, distribution and dispensing of needles and syringes.

(e) Prison authorities should take all necessary measures, including adequate staffing, effective surveillance and appropriate disciplinary measures, to protect prisoners from rape, sexual violence and coercion. Prison authorities should also provide prisoners (and prison staff, as appropriate), with access to HIV-related prevention information, education, voluntary testing and counselling, means of prevention (condoms, bleach and clean injection equipment), treatment and care and voluntary participation in HIV-related clinical trials, as well as should ensure confidentiality, and should prohibit mandatory testing, segregation and denial of access to prison facilities, privileges and release programmes for HIV positive prisoners. Compassionate early release of prisoners living with AIDS should be considered.

Guideline 5: Anti-discrimination and protective laws

States should enact or strengthen anti-discrimination and other protective laws that protect vulnerable groups, people living with HIV/AIDS and people with disabilities from discrimination in both the public and private sectors, that will ensure privacy and confidentiality and ethics in research involving human subjects, emphasize education and conciliation and provide for speedy and effective administrative and civil remedies.

(a) General anti-discrimination laws should be enacted or revised to cover people living with asymptomatic HIV infection, people living with AIDS and those merely suspected of HIV or AIDS. Such laws should also protect groups made more vulnerable to HIV/AIDS due to the discrimination they face. Disability laws should also be enacted or revised to include HIV/AIDS in their definition of disability. Such legislation should include the following:

The areas covered should be as broad as possible, including health care, social security, welfare benefits, employment, education, sport, accommodation, clubs, trade unions, qualifying bodies, access to transport and other services;

Direct and indirect discrimination should be covered, as should cases where HIV/AIDS is only one of several reasons for a discriminatory act, and prohibiting HIV/AIDS vilification should also be considered;

Independent, speedy and effective legal and/or administrative procedures for seeking redress, containing such features as fast-tracking for cases where the complainant is terminally ill, investigatory powers to address systemic cases of discrimination in policies and procedures, ability to bring cases under pseudonym and representative complaints, including the possibility of public interest organizations bringing cases on behalf of people living with HIV/AIDS;

Exemptions for superannuation and life insurance should only relate to reasonable actuarial data, so that HIV/AIDS is not treated differently from analogous medical conditions.

(b) Traditional and customary laws which affect the status and treatment of various groups of society should be reviewed in the light of anti-discrimination laws. If necessary, these should be reformed to promote and protect human rights, so that legal remedies are made available, if such laws are misused, and information, education and community mobilization campaigns are conducted to change these laws and attitudes associated with them.

(c) General confidentiality and privacy laws should be enacted. HIV-related information on individuals should be included within definitions of personal/medical data subject to protection and should prohibit the unauthorized use and/or publication of HIV-related information on individuals. Privacy legislation should enable an individual to see his or her own records and to request amendments to ensure that such information is accurate, relevant, complete and up-to-date. An independent agency should be established to redress breaches of confidentiality. Provision should be made

for professional bodies to discipline cases of breaches of confidentiality as professional misconduct under codes of conduct discussed below. 30/ Unreasonable invasion of privacy by the media could also be included as a component of professional codes governing journalists. People living with HIV/AIDS should be authorized to demand that their identity and privacy are protected in legal proceedings in which information on these matters will be raised.

(d) Laws, regulations and collective agreements should be enacted or reached so as to guarantee the following workplace rights:

A national policy on HIV/AIDS and the workplace agreed upon in a tripartite body

Freedom from HIV screening for employment, promotion, training or benefits

Confidentiality regarding all medical information, including HIV/AIDS status

Employment security for workers living with HIV until they are no longer able to work, including reasonable alternative working arrangements

Defined safe practices for first aid and adequately equipped first-aid kits

Protection for social security and other benefits for workers living with HIV, including life insurance, pension, health insurance, termination and death benefits

Adequate health care accessible in or near the workplace

Adequate supplies of condoms available free to workers at the workplace

Workers' participation in decision-making on workplace issues related to HIV/AIDS

Access to information and education programmes on HIV/AIDS, as well as to relevant counselling and appropriate referral

Protection from stigmatization and discrimination by colleagues, unions, employers and clients

Appropriate inclusion in workers' compensation legislation of the occupational transmission of HIV (e.g. needle stick injuries), addressing such matters as the long latency period of infection, testing, counselling and confidentiality.

30/ See Guideline 10 below.

(e) Protective laws governing the legal and ethical protection of human participation in research, including HIV-related research, should be enacted or strengthened in relation to:

Non-discriminatory selection of participants, e.g. women, children, minorities

Informed consent

Confidentiality of personal information

Equitable access to information and benefits emanating from research

Counselling, protection from discrimination, health and support services provided during and after participation

The establishment of local and/or national ethical review committees to ensure independent and ongoing ethical review, with participation by members of the community affected, of the research project

Approval for use of safe and efficacious pharmaceuticals, vaccines and medical devices.

(f) Anti-discrimination and protective laws should be enacted to reduce human rights violations against women in the context of HIV/AIDS, so as to reduce vulnerability of women to infection by HIV and to the impact of HIV/AIDS. In particular, laws should be reviewed and reformed to ensure equality of women regarding property and marital relations and access to employment and economic opportunity, so that discriminatory limitations are removed on rights to own and inherit property, enter into contracts and marriage, obtain credit and finance, initiate separation or divorce, equitably share assets upon divorce or separation, and retain custody of children. Laws should also be enacted to ensure women's reproductive and sexual rights, including right of independent access to reproductive and STD health information and services and means of birth control, including safe and legal abortion and the freedom to choose among these, the right to determine number and spacing of children, the right to demand safer sex practices and the right to legal protection from sexual violence, outside and inside marriage, including legal provisions for marital rape. The age of consent to sex and marriage should be consistent for males and females and the right of women and girls to refuse marriage and sexual relations should be protected by law. The HIV status of a parent or child should not be treated any differently from any other analogous medical condition in making decisions regarding custody, fostering or adoption.

(g) Anti-discrimination and protective laws should be enacted to reduce human rights violations against children in the context of HIV/AIDS, so as to reduce the vulnerability of children to infection by HIV and to the impact of HIV/AIDS. Such laws should provide for children's access to HIV-related information, education and means of prevention inside and outside school, govern children's access to voluntary testing with consent by the child or by the parent or appointed guardian, as appropriate, should protect children against mandatory testing, particularly if orphaned by HIV/AIDS, and

provide for other protections in the context of orphans, including inheritance and/or support. Such legislation should also protect children against sexual abuse, provide for their rehabilitation if abused and ensure that they are considered victims of wrongful behaviour, not subject to penalties themselves. Protection in the context of disability laws should also be ensured for children.

(h) Anti-discrimination and protective laws should be enacted to reduce human rights violations against men having sex with men, including in the context of HIV/AIDS, in order, inter alia, to reduce the vulnerability of men who have sex with men to infection by HIV and to the impact of HIV/AIDS. These measures should include providing penalties for vilification of people who engage in same-sex relationships, giving legal recognition to same-sex marriages and/or relationships and governing such relationships with consistent property, divorce and inheritance provisions. The age of consent to sex and marriage should be consistent for heterosexual and homosexual relationships. Laws and police practices relating to assaults against men who have sex with men should be reviewed to ensure that adequate legal protection is given in these situations.

(i) Laws and regulations that provide for restrictions on the movement or association of members of vulnerable groups 31/ in the context of HIV/AIDS should be removed in both law (decriminalized) and law enforcement.

(j) Public health, criminal and anti-discrimination legislation should prohibit mandatory HIV-testing of targeted groups, including vulnerable groups. 32/

Guideline 6: Regulation of goods, services and information

States should enact legislation to provide for the regulation of HIV-related goods, services and information, so as to ensure widespread availability of qualitative prevention measures and services, adequate HIV prevention and care information and safe and effective medication at an affordable price.

(a) Laws and/or regulations should be enacted to enable implementation of a policy of widespread provision of information about HIV/AIDS through the mass media. This information should be aimed at the general public, as well as at various vulnerable groups that may have difficulties in accessing such information. HIV/AIDS information should be effective for its designated audience and not be inappropriately subject to censorship or other broadcasting standards.

31/ See Section I, Introduction, for a listing of vulnerable groups.

32/ In addition to the vulnerable groups listed in section I, specific employment groups should also be protected from such targeted testing, e.g. truck drivers, sailors, hospitality/tourist industry workers and military.

(b) Law and/or regulations should be enacted to ensure the quality and availability of HIV tests and counselling. If home tests and/or rapid HIV test kits are permitted on the market, they should be strictly regulated to ensure quality and accuracy. The consequences of loss of epidemiological information, the lack of accompanying counselling and the risk of unauthorized uses, such as for employment or immigration, should also be addressed. Legal and social support services should be established to protect individuals from abuses arising from such testing.

(c) Legal quality control of condoms should be enforced and compliance with the International Condom Standard should be monitored in practice. Restrictions on the availability of preventive measures, such as condoms, bleach, clean needles and syringes, should be repealed and the provision of these through vending machines in appropriate locations should be considered, in the light of the increased accessibility and anonymity afforded to clients by this method of distribution.

(d) Duties, customs laws and value-added taxes should be revised so as to maximize access to safe and effective medication at an affordable price.

(e) Consumer protection laws or other relevant legislation should be enacted or strengthened to prevent fraudulent claims regarding the safety and efficacy of drugs, vaccines and medical devices, including those relating to HIV/AIDS.

Guideline 7: Legal support services

States should implement and support legal support services that will educate people affected by HIV/AIDS about their rights, provide free legal services to enforce those rights, develop expertise on HIV-related legal issues and utilize means of protection in addition to the courts, such as offices of Ministries of Justice, ombudspersons, health complaint units and human rights commissions.

States should consider the following features in establishing such services:

(a) State support for legal aid systems specializing in HIV/AIDS casework, possibly involving community legal aid centres and/or legal service services based in ASOs;

(b) State support or inducements (e.g. tax reduction) to private sector law firms to provide free pro bono services to PLHAs in areas such as anti-discrimination and disability, health care rights (informed consent and confidentiality), property (wills, inheritance) and employment law;

(c) State support for programmes to educate, raise awareness and build self-esteem among PLHAs concerning their rights and/or to empower them to draft and disseminate their own charters/declarations of legal and human rights; State support for production and dissemination of HIV/AIDS legal

rights brochures, resource personnel directories, handbooks, ^{33/} practice manuals, student texts, model curricula for law courses and continuing legal education, and newsletters to encourage information exchange and networking should also be provided. Such publications could report on case law, legislative reforms, national enforcement and monitoring systems for human rights abuses;

(d) State support for HIV legal services and protection through a variety of offices, such as Ministries of Justice, procurator and other legal offices, health complaint units, ombudspersons and human rights commissions.

Commentary on Guidelines 3 to 7

Since laws regulate conduct between the State and the individual and between individuals, they provide an essential framework for the observance of human rights, including HIV-related human rights. The efficacy of this framework for the protection of human rights depends on the strength of the legal system in a given society and on the access of its citizens to the system. However, many legal systems worldwide are not strong enough, nor do marginalized populations have access to them.

Nevertheless, the role of law in the response to HIV/AIDS may also be overemphasized and provide a vehicle for coercive and abusive policies. Although law may have an educative and normative role and may provide an important supportive framework for human rights protection and HIV/AIDS programmes, it cannot be relied upon as the only means by which to educate, change attitudes, achieve behavioural change or protect people's rights. Guidelines 3 to 7 above are, therefore, meant to encourage the enactment of meaningful and positive legislation, to describe the basic legal components necessary to provide support for the protection of HIV-related human rights and effective HIV prevention and care programmes and to be supplemented by all other Guidelines of this document.

Guidelines 3 to 6 encourage law and law reform which would bring national HIV-related laws into conformity with international and regional human rights standards. Although the content of the strategies primarily addresses formal law, law reform should also encompass traditional and customary laws. The process of HIV/AIDS law review and reform should be incorporated into the State's general activities regarding the observance of human rights norms and be integrated into the national AIDS response, whilst involving the affected communities, ensuring that existing legislation does not act as an impediment to HIV prevention and care programmes (for the general population, as well as for vulnerable groups) and protecting individuals against discrimination by both government actors and private individuals or institutions. It is recognized that some of the

^{33/} See J. Godwin (et al), Australian HIV/AIDS Legal Guide, (2nd edition), Federation Press, Sydney, 1993; Lambda Legal Defense and Education Fund Inc., AIDS Legal Guide: A Professional Resource on AIDS-related Legal Issues and Discrimination, New York.

recommendations for law and law reform, particularly those concerning the status of women, drug use, sex work and the status of men having sex with men, might be controversial in particular national, cultural and religious contexts. However, these Guidelines are recommendations to States that are both based on existing international human rights standards and evolved and designed to achieve, in pragmatic ways, public health goals in relation to HIV/AIDS. It is the obligation of States to establish how they can best meet their international human rights obligations and protect the public health within their political, cultural and religious contexts. The United Nations High Commissioner/Centre for Human Rights, UNAIDS, its relevant co-sponsors and other United Nations bodies and agencies, such as the International Labour Organization, can offer Governments technical assistance in the process of law review and reform.

Guideline 7 urges that States (and the private sector) encourage and support specialist and generalist legal services to enable PLHAs and affected communities to enforce their human and legal rights through the use of such services. Information and research resources on legal and human rights issues should also be made available. Such services should also address the issue of reducing the vulnerability to infection and the impact of HIV/AIDS among vulnerable groups. The location and format of the information (e.g. plain and understandable language) provided via such services should render it accessible to members of these groups. Models exist in many countries. 34/

34/ Models include the Group for Life (Grupo Pela Vidda) in Rio de Janeiro, Brazil, which offers free legal services, brochures, bulletins, telephone hot-line and media campaigns. Legal rights brochures have been produced in the United Kingdom by the Terrence Higgins Trust and Immunity's Legal Centre (D. Taylor (ed.), HIV, You and the Law). Resource directories have been produced in the United States by the American Bar Association (Directory of Legal Resources for People with AIDS & HIV, AIDS Coordination Project, Washington D.C., 1991) and the Gay Men's Health Crisis (M. Holtzman, (ed.), Legal Services Referral Directory for People with AIDS, New York, 1991). Several other organizations in the United States have produced practitioners' or volunteers' training manuals, such as the Whitman-Walker Clinic (Washington, D.C.), AIDS Project (Los Angeles), the National Lawyers Guild, State AIDS Legal Services Organization (San Francisco) and the American Civil Liberties Union (William Rubenstein, Ruth Eisenberg and Lawrence Gostin, The Rights of Persons Living with HIV/AIDS (Southern Illinois Press, Carbondale, Illinois, 1996)). A manual for paralegals is being prepared in South Africa by the Pietermaritzburg branch of Lawyers for Human Rights with the assistance of the AIDS Law Project and with training coordination being provided by the AIDS Legal Network. Other resources include benchbooks for judges (A.R. Rubenfield, (ed.), AIDS Benchbook, National Judicial College, American Bar Association, Reno, Nevada, January 1991), the Southern Africa AIDS Information Dissemination Service and newsletters such as the Canadian HIV/AIDS Policy and Law Newsletter and Australia's Legal Link (see also AIDS/STD Health Promotion Exchange, Royal Tropical Institute, the Netherlands).

C. Promotion of a Supportive and Enabling Environment

Guideline 8: Women, children and other vulnerable groups 35/

States should, in collaboration with and through the community, promote a supportive and enabling environment for women, children and other vulnerable groups by addressing underlying prejudices and inequalities through community dialogue, specially designed social and health services and support to community groups.

(a) States should support the establishment and sustainability of community associations comprised of members of different vulnerable groups for peer education, empowerment, positive behaviour change and social support.

(b) States should support the development of adequate, accessible and effective HIV-related prevention and care education, information and services by and for vulnerable communities and should actively involve these communities in the design and implementation of these programmes.

(c) States should support the establishment of national and local forums to examine the impact of the HIV/AIDS epidemic on women. They should be multisectoral to include government, professional, religious and community representation and leadership and examine issues such as:

The role of women at home and in public life

The sexual and reproductive rights of women and men, including women's ability to negotiate safer sex and make reproductive choices

Strategies for increasing educational and economic opportunities for women

Sensitizing service deliverers and improving health care and social support services for women

The impact of religious and cultural traditions on women.

(d) States should implement the Cairo Programme of Action of the International Conference on Population and Development 36/ and the Beijing Declaration and Platform for Action of the Fourth World Conference on Women. In particular, primary health services, programmes and information campaigns should contain a gender perspective. Harmful traditional practices, including violence against women, sexual abuse, exploitation, early marriage and female genital mutilation, should be eliminated. Positive measures, including formal and informal education programmes, increased work opportunities and support services, should be established.

35/ See Section I, Introduction, for a listing of vulnerable groups.

36/ A/CONF.171/13, chap. I, resolution 1, annex.

(e) States should support women's organizations to incorporate HIV/AIDS and human rights issues into their programming.

(f) States should ensure that all women and girls of child-bearing age have access to accurate and comprehensive information and counselling about the prevention of HIV transmission and the risk of vertical transmission of HIV, as well as access to the available resources to minimize that risk, or to proceed with childbirth, if they so choose.

(g) States should ensure the access of children and adolescents to adequate health information and education, including information related to HIV/AIDS prevention and care, inside and outside school, which is tailored appropriately to age level and capacity and enables them to deal positively and responsibly with their sexuality. Such information should take into account the rights of the child to access to information, privacy, confidentiality, respect and informed consent and means of prevention, as well as the responsibilities, rights and duties of parents. Efforts to educate children about their rights should include the rights of persons, including children, living with HIV/AIDS.

(h) States should ensure that children and adolescents have adequate access to confidential sexual and reproductive health services, including HIV/AIDS information, counselling, testing and prevention measures such as condoms, and to social support services if affected by HIV/AIDS. The provision of these services to children/adolescents should reflect the appropriate balance between the rights of the child/adolescent to be involved in decision-making according to his or her evolving capabilities and the rights and duties of parents/guardians for the health and well-being of the child.

(i) States should ensure that child care agencies, including adoption and foster care homes, are trained with regard to HIV-related children's issues in order to be able to take into account the special needs of HIV-affected children and protect them from mandatory testing, discrimination and abandonment.

(j) States should support the implementation of specially designed and targeted HIV prevention and care programmes for those who have less access to mainstream programmes due to language, poverty, social or legal or physical marginalization, e.g. minorities, migrants, indigenous peoples, refugees and internally displaced persons, people with disabilities, prisoners, sex workers, men having sex with men and injecting drug users.

Commentary on Guideline 8

States should take measures to reduce the vulnerability, stigmatization and discrimination that surround HIV/AIDS and promote a supportive and enabling environment by addressing underlying prejudices and inequalities within societies and a social environment conducive to positive behaviour change. An essential part of this enabling environment involves the empowerment of women, youth and other vulnerable groups to deal with HIV/AIDS by taking measures to improve their social and legal status, involving them in

the design and implementation of programmes and assisting them to mobilize their communities. The vulnerability of some groups is due to their limited access to resources, information, education and lack of autonomy. Special programmes and measures should be designed to increase access. In many countries, community-based organizations and NGOs have already begun the process of creating a supportive and enabling environment in their response to the HIV epidemic. Governments must recognize these efforts and lend moral, legal, financial and political support to strengthen them.

Guideline 9: Changing discriminatory attitudes through education, training and the media

States should promote the wide and ongoing distribution of creative education, training and media programmes explicitly designed to change attitudes of discrimination and stigmatization associated with HIV/AIDS to understanding and acceptance.

(a) States should support appropriate entities, such as media groups, NGOs and networks of PLHAs, to devise and distribute programming to promote respect for the rights and dignity of PLHAs and members of vulnerable groups, using a broad range of media (film, theatre, television, radio, print, dramatic presentations, personal testimonies, Internet, pictures, bus posters). Such programming should not compound stereotypes about these groups but instead dispel myths and assumptions about them by depicting them as friends, relatives, colleagues, neighbours and partners. Reassurance concerning the modes of transmission of the virus and the safety of everyday social contact should be reinforced.

(b) States should encourage educational institutions (primary and secondary schools, universities and other technical or tertiary colleges, adult and continuing education), as well as trade unions and workplaces to include HIV/AIDS and human rights/non-discrimination issues in relevant curricula, such as human relationships, citizenship/social studies, legal studies, health care, law enforcement, family life and/or sex education, and welfare/counselling courses.

(c) States should support HIV-related human rights/ethics training/workshops for government officials, police, prison staff, politicians, as well as village, community and religious leaders and professionals.

(d) States should encourage the media and advertising industries to be sensitive to HIV/AIDS and human rights issues and to reduce sensationalism in reporting and inappropriate use of stereotypes, especially in relation to disadvantaged and vulnerable groups. Included in such training should be the production of useful resources, such as handbooks containing appropriate terminology, to eliminate use of stigmatizing language and a professional code of behaviour to ensure respect for confidentiality and privacy.

(e) States should support targeted training, peer education and information exchange for PLHA staff and volunteers of CBOs and ASOs and leaders of vulnerable groups to raise their awareness of human rights and the

means to enforce them. Conversely, education and training should be provided on HIV-specific human rights issues to those working on other human rights issues.

(f) States should support the use of alternative efforts such as radio programmes or facilitated group discussions to overcome access problems for individuals located in remote or rural areas, are illiterate, homeless or marginalized, without access to television, films and videos, and specific ethnic minority languages.

Commentary on Guideline 9

The use of formal standards and their implementation through government process and law alone cannot change negative attitudes and prejudices surrounding HIV/AIDS into respect for human rights. Public programming explicitly designed to reduce stigma has been shown to help create a supportive environment which is more tolerant and understanding. ^{37/} The reach of such programming should be a mixture of general and focused programmes using various media, including creative and dramatic presentations, compelling ongoing information campaigns for tolerance and inclusion and interactive educational workshops and seminars. The aim should be to challenge ignorant beliefs, prejudices and punitive attitudes by appealing to human compassion and identification with visible individuals. Programming based on fear can be counter-productive by engendering discrimination through panic.

Guideline 10: Development of public and private sector standards and mechanisms for implementing these standards

States should ensure that Government and the private sector develop codes of conduct regarding HIV/AIDS issues that translate human rights principles into codes of professional responsibility and practice, with accompanying mechanisms to implement and enforce these codes.

(a) States should require or encourage professional groups, particularly health care professionals, and other private sector industries (e.g. law, insurance) to develop and enforce their own codes of conduct addressing human rights issues in the context of HIV/AIDS. Relevant issues would include confidentiality informed consent to testing, the duty to treat, the duty to ensure safe workplaces, reducing vulnerability and discrimination and practical remedies for breaches/misconduct.

(b) States should require individual government portfolios to articulate how HIV-related human rights standards are met in their own policies and practices, as well as in formal legislation and regulations, at all levels of service delivery. Coordination of these standards should

^{37/} Professor R. Feachem, Valuing the Past, Investing in the Future: Evaluation of the National HIV/AIDS Strategy 1993-4 to 1995-6, Commonwealth Department of Human Services and Health, September 1995, Canberra, pp. 190-192.

occur in the national framework described in Guideline 1 and be publicly available, after involvement of community and professional groups in the process.

(c) States should develop or promote multisectoral mechanisms to ensure accountability. This involves the equal participation of all concerned (i.e. government agencies, industry representatives, professional associations, NGOs, consumers, service providers and service users). The common goal should be to raise standards of service, strengthen linkages and communication and assure the free flow of information.

Commentary on Guideline 10

The development of standards in and by the public and private sectors is important. First, they translate human rights principles into practice from an insider's perspective and reflect more closely the community's concerns. Secondly, they are likely to be more pragmatic and acceptable to the sector involved. Thirdly, they are more likely to be "owned" and implemented if developed by the sector itself. Finally, they might have a more immediate impact than legislation.

Guideline 11: State monitoring and enforcement of human rights

States should ensure monitoring and enforcement mechanisms to guarantee HIV-related human rights, including those of people living with HIV/AIDS, their families and communities.

(a) States should collect information on human rights and HIV/AIDS and, using this information as a basis for policy and programme development and reform, report on HIV-related human rights issues to the relevant United Nations treaty bodies as part of their reporting obligations under human rights treaties.

(b) States should establish HIV/AIDS focal points in relevant government branches, including national AIDS programmes, police and correctional departments, the judiciary, government health and social service providers and the military, for monitoring HIV-related human rights abuses and facilitating access to these branches for disadvantaged and vulnerable groups. Performance indicators or benchmarks showing specific compliance with human rights standards should be developed for relevant policies and programmes.

(c) States should provide political, material and human resources support to ASOs and CBOs for capacity-building in human rights standards development and monitoring. States should provide human rights NGOs with support for capacity-building in HIV-related human rights standards and monitoring.

(d) States should support the creation of independent national institutions for the promotion and protection of human rights, including HIV-related rights, such as human rights commissions and ombudspersons, and/or appoint HIV/AIDS ombudspersons to existing or independent human rights agencies, national legal bodies and law reform commissions.

(e) States should promote HIV-related human rights in international forums and ensure that they are integrated into the policies and programmes of international organizations, including in United Nations human rights bodies, as well as in other agencies of the United Nations system. Furthermore, States should provide intergovernmental organizations with the material and human resources required to work effectively in this field.

Commentary on Guideline 11

Standard-setting and promotion of HIV-related human rights standards alone are not enough to address human rights abuses in the context of HIV/AIDS. Effective mechanisms must be established at the national and community levels to monitor and enforce HIV-related human rights. Governments should see this as part of their national responsibility to address HIV/AIDS. The existence of monitoring mechanisms should be publicized, particularly among PLHA networks, in order to maximize their use and impact. Monitoring is necessary to collect information, formulate and revise policy, and establish priorities for change and benchmarks for performance measurement. Monitoring should be both positive and negative, i.e. reporting on good practice to provide models for others to emulate, as well as identifying abuses. The non-governmental sector can provide an important means of monitoring human rights abuses, if resourced to do so, since it frequently has closer contact with the affected communities. Formal grievance bodies may be too bureaucratic and their procedures too time-consuming and stressful to attract a representative sample of complaints. Training is necessary for community participants to develop skills so as to be able to analyse and report findings at a level of quality which is credible for States and international human rights bodies.

Guideline 12: International cooperation

States should cooperate through all relevant programmes and agencies of the United Nations system, including UNAIDS, to share knowledge and experience concerning HIV-related human rights issues, and should ensure effective mechanisms to protect human rights in the context of HIV/AIDS at the international level.

(a) The Commission on Human Rights should take note of the present Guidelines and of the report on the Second International Consultation on HIV/AIDS and Human Rights and request States to carefully consider and implement the Guidelines in their national, subnational and local responses to HIV/AIDS and human rights.

(b) The Commission on Human Rights should request human rights treaty bodies, special rapporteurs and representatives and its working groups to take note of the Guidelines and include in their activities and reports all issues arising under the Guidelines relevant to their mandates.

(c) The Commission on Human Rights should request UNAIDS, its co-sponsors (UNDP, UNESCO, UNFPA, UNICEF, WHO and the World Bank) and other relevant United Nations bodies and agencies to integrate the promotion of the Guidelines throughout their activities.

(d) The Commission on Human Rights should appoint a special rapporteur on human rights and HIV/AIDS with the mandate, inter alia, to encourage and monitor implementation of the Guidelines by States, as well as their promotion by the United Nations system, including human rights bodies, where applicable.

(e) The Commission on Human Rights should encourage the United Nations High Commissioner/Centre for Human Rights to ensure that the Guidelines are disseminated throughout his Office and the Centre and are incorporated into all its human rights activities and programmes, particularly those involving technical cooperation, monitoring and support to human rights bodies and organs.

(f) States, in the framework of their periodic reporting obligations to United Nations treaty monitoring bodies and under regional conventions, should report on their implementation of the Guidelines and other relevant HIV/AIDS-related human rights concerns arising under the various treaties.

(g) States should ensure, at the country level, that their cooperation with UNAIDS Theme Groups includes promotion and implementation of the Guidelines, including the mobilization of sufficient political and financial support for such implementation.

(h) States should work in collaboration with UNAIDS, the United Nations High Commissioner/Centre for Human Rights and non-governmental and other organizations working in the field of human rights and HIV/AIDS to:

Support translation of the Guidelines into national and minority languages

Create a widely accessible mechanism for communication and coordination for sharing information on the Guidelines and HIV-related human rights

Support the development of a resource directory on international declarations/treaties, as well as policy statements and reports on HIV/AIDS and human rights, to strengthen support for the implementation of the Guidelines

Support multicultural education and advocacy projects on HIV/AIDS and human rights, including educating human rights groups on HIV/AIDS and educating HIV/AIDS and vulnerable groups on human rights issues, and strategies for monitoring and protecting human rights in the context of HIV/AIDS, using the Guidelines as an educational tool

Support the creation of a mechanism to allow existing human rights organizations and HIV/AIDS organizations to work together strategically to promote and protect the human rights of people living with HIV/AIDS and those vulnerable to infection, including through implementation of the Guidelines

Support the creation of a mechanism to monitor and publicize human rights abuses in the context of HIV/AIDS

Support the development of a mechanism to mobilize grass-roots responses to HIV-related human rights and implementation of the Guidelines, including exchange programmes and training among different communities, both within and across regions

Advocate that religious and traditional leaders take up HIV-related human rights concerns and become part of the implementation of the Guidelines

Support the development of a manual that would assist human rights and AIDS service organizations in advocating for the implementation of the Guidelines

Support the identification and funding of NGOs and ASOs at country level to coordinate a national NGO response to promote the Guidelines

Support, through technical and financial assistance, national and regional NGO networking initiatives on ethics, law and human rights to enable them to disseminate the Guidelines and advocate for their implementation

(i) States, through regional human rights mechanisms, should promote the dissemination and implementation of the Guidelines and their integration into the work of these bodies.

Commentary on Guideline 12

The United Nations bodies, agencies and programmes comprise some of the most effective and powerful forums through which States can exchange information and expertise on HIV-related human rights issues and build support among themselves to implement a rights-based response to HIV/AIDS. States, in their work with and governance of these bodies, can use these bodies as tools for promoting the Guidelines. States must, however, both encourage and enable these bodies through political and financial support, to take effective and sustained action in terms of promoting the Guidelines and must respond positively to the work done by these bodies with steps taken at the national level.

CONCLUSION

States are urged to implement these Guidelines in order to ensure respect for the human rights of those affected by HIV/AIDS and to ensure an effective and inclusive public health response to HIV/AIDS. These Guidelines are based on experience gained from best practice which has proven to be effective over the last 15 years. By implementing these Guidelines, States are able to avoid negative and coercive policies and practices which have had a devastating impact on people's lives and on national HIV/AIDS programmes.

The practical aspects of protecting HIV-related human rights are more likely to be addressed if there is leadership on this issue in the executive and legislative arms of Government and if multisectoral structures are established and maintained. Vital to any policy development and

implementation is the involvement of affected communities, together with relevant professionals and religious and community leaders, as equal partners in the process.

As national legislation provides a critical framework for the protection of HIV-related human rights, many of the Guidelines relate to the need for law reform. Another major instrument of social change is the provision of a supportive and enabling environment within which to conduct HIV-related prevention, care and support activities. Part of this enabling environment can be obtained by changing attitudes through general and targeted education, public information and education campaigns which deal with HIV-related rights, tolerance and inclusion. Another part of this enabling environment involves the empowerment of women and vulnerable groups to deal with HIV/AIDS by taking measures to improve their social and legal status and to assist them to mobilize their communities.

HIV/AIDS continues to challenge our societies in many ways. It requires States, communities and individuals to ask themselves extremely difficult questions, which have always been present in our societies, and to seek answers to these questions. With the advent of HIV/AIDS, we can no longer afford to avoid answering these questions because to do so threatens the lives of millions of men, women and children. These questions relate to the roles of women and men, the status of marginalized or illegal groups, the obligations of States concerning health expenditure and the role of law in achieving public health goals, the content of privacy between individuals and between individuals and their Governments, the responsibility and ability of people to protect themselves and others, as well as the relationship between human rights, health and life. These Guidelines are means to give guidance concerning these difficult questions, guidance which has evolved from the international human rights regime and from the courageous and inspiring work of millions the world over who have demonstrated that protecting the human rights of people means protecting their health, lives and happiness in a world with HIV/AIDS.

Appendix

**HISTORY OF THE RECOGNITION OF THE IMPORTANCE OF
HUMAN RIGHTS IN THE CONTEXT OF HIV/AIDS**

For many years since the advent of HIV/AIDS, various intergovernmental, non-governmental and governmental bodies have recognized the important connection between the protection of human rights and effective responses to HIV/AIDS. Some of these are briefly described below.

The World Health Organization (WHO) held an International Consultation on Health Legislation and Ethics in the Fields of HIV/AIDS in April 1988 at Oslo. It advocated bringing down barriers between people who were infected and those who were not infected and placing actual barriers (e.g. condoms) between individuals and the virus. On 13 May 1988, the World Health Assembly passed resolution WHA41.24 entitled "Avoidance of discrimination in relation to HIV-infected people and people with AIDS", which underlined how vital respect for human rights was for the success of national AIDS prevention and control programmes and urged member States to avoid discriminatory action in the provision of services, employment and travel. Resolution WHA45.35 of 14 May 1992 recognized that there is no public health rationale for measures which arbitrarily limit individual rights, such as mandatory screening. In 1990, the World Health Organization conducted regional workshops on the legal and ethical aspects of HIV/AIDS at Seoul, Brazzaville and New Delhi. The first of these workshops developed guidelines to evaluate current and elaborate future legal measures for the control of HIV/AIDS to be used as a checklist by countries considering legal policy issues. ^{38/} In November 1991, the WHO Regional Office for Europe and the International Association of Rights and Humanity held a Pan-European Consultation on HIV/AIDS in the Context of Public Health and Human Rights in Prague, which considered the Rights and Humanity Declaration and Charter and developed a consensus statement (the Prague Statement). Three further consultations on HIV, law and law reform were convened during 1995 by the WHO Regional Office for Europe, for countries in Eastern Europe and Central Asia.

The United Nations Development Programme held Inter-Country Consultations on Ethics, Law and HIV in Cebu (Philippines) in May 1993 and in Dakar, in June 1994. ^{39/} Both of these consultations produced consensus documents reaffirming a commitment to voluntarism, ethics and the human rights of those affected (the Cebu Statement of Belief and the Dakar Declaration). UNDP also held Regional Training Workshops on HIV Law and Law Reform in Asia and the Pacific at Colombo, Beijing and Nadi (Fiji) in 1995.

Law reform programmes focusing on human rights have been ongoing in countries such as Australia, Canada, the United States, South Africa and in the Latin American region, together with networks of legal advocates,

^{38/} See WHO document RS/90/GE/11(KOR).

^{39/} R. Glick (ed.), Inter-Country Consultation on Ethics, Law and HIV (Cebu), New Delhi, India, 1995; UNDP, Inter-Country Consultation on Ethics, Law and HIV (Dakar), Senegal, 1995.

practitioners and activists at governmental and community levels. One concrete achievement of such groups has been the successful lobbying for general anti-discrimination legislation at national and local levels which defines disability broadly and sensitively enough to explicitly include HIV/AIDS. Such civil legislation exists in the United States, the United Kingdom, Australia, New Zealand and Hong Kong. In France, such a definition is contained in the Penal Code. Some countries have constitutional guarantees of human rights with practical enforcement mechanisms, such as the Canadian Charter of Rights.

The United Nations General Assembly, in its resolutions 45/187 of 21 December 1990 and 46/203 of 20 December 1991, emphasized the need to counter discrimination and to respect human rights and recognized that discriminatory measures drove HIV/AIDS underground, making it more difficult to combat, rather than stopping its spread. The Special Rapporteur of the United Nations Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities on discrimination against HIV-infected people and people living with AIDS presented a series of reports to the Sub-Commission between 1990 and 1993. 40/ The Special Rapporteur's reports highlighted the need for education programmes to create a genuine climate of respect for human rights in order to eradicate discriminatory practices which are contrary to international law. The right to health can only be implemented by advising people of the means of prevention and the Special Rapporteur particularly noted the vulnerable situation of women and children in the spread of HIV. Since 1989, the Sub-Commission, at its annual sessions, has adopted resolutions on discrimination against people living with HIV/AIDS. 41/

The United Nations Commission on Human Rights, at its annual sessions since 1990, has also adopted numerous resolutions on human rights and HIV/AIDS which, inter alia, confirm that discrimination on the basis of HIV/AIDS status, actual or presumed, is prohibited by existing international human rights standards and clarify that the term "or other status" used in the non-discrimination clauses of such texts "should be interpreted to include health status, such as HIV/AIDS". 42/

There have also been prestigious academic international studies of HIV/AIDS and human rights, including by the late Paul Sieghart for the British Medical Association Foundation for AIDS; 43/ the Francois-Xavier Bagnoud Center for Health and Human Rights, Harvard School of Public Health; and the

40/ E/CN.4/Sub.2/1990/9, E/CN.4/Sub.2/1991/10, E/CN.4/Sub.2/1992/10 and E/CN.4/Sub.2/1993/9.

41/ Sub-Commission resolutions and decisions 1989/17, 1990/118, 1991/109, 1992/108, 1993/31, 1994/29, 1995/21, 1996/33.

42/ Commission on Human Rights resolutions 1990/65, 1992/56, 1993/53, 1994/49, 1995/44 and 1996/43. Relevant reports of the Secretary-General submitted to the Commission on Human Rights are E/CN.4/1995/45 and E/CN.4/1996/44.

43/ P. Sieghart, op. cit.

International Federation of Red Cross and Red Crescent Societies; 44/ the National Advisory Committee on AIDS in Canada; 45/ the Pan-American Health Organization (PAHO); 46/ the Swiss Institute of Comparative Law; 47/ by the Danish Centre on Human Rights 48/ and by the Georgetown/John Hopkins University Program in Law and Public Health. 49/

Numerous charters and declarations which specifically or generally recognize the human rights of people living with HIV/AIDS have been adopted at national and international conferences and meetings, including the following:

London Declaration on AIDS Prevention, World Summit of Ministers of Health, 28 January 1988

Paris Declaration on Women, Children and AIDS, 30 March 1989

Recommendation on the Ethical Issues of HIV Infection in the Health Care and Social Settings, Committee of Ministers of the Council of Europe, Strasbourg, October 1989 (Rec. 89/14)

Council of Europe, Committee of Ministers, Recommendation R(87)25 to member States concerning a common European public health policy to fight AIDS, Strasbourg, 1987

European Union, European Parliament and Council Decisions on "Europe Against AIDS" programme (including dec. 91/317/EEC and dec. 1279/95/EC)

44/ International Federation of the Red Cross and Red Crescent Societies, AIDS, Health and Human Rights: An Explanatory Manual, Geneva, 1995. See, in particular, p. 43 on the Four-Step Impact Assessment of Public Health and Human Rights.

45/ HIV and Human Rights in Canada, submitted to the Minister of National Health and Welfare, January 1992.

46/ PAHO, Ethics and Law in the Study of AIDS, Scientific Publication No. 530, Washington, D.C., 1992.

47/ Swiss Institute of Comparative Law (Lausanne), Comparative Study on Discrimination of Persons Infected with HIV or Suffering from AIDS, Council of Europe, Steering Committee for Human Rights, CDDH (92) 14 Rev. Bil., Strasbourg, September 1992.

48/ Danish Centre on Human Rights, AIDS and Human Rights, Akademisk Forlag, Copenhagen, 1988.

49/ L. Gostin and Z. Lazzarini, Public Health and Human Rights in the HIV Pandemic, Oxford University Press, 1997.

Declaration of Basic Rights of Persons with HIV/AIDS, Organizing Committee of the Latin American Network of Community-Based Non-Governmental Organizations Fighting AIDS, November 1989

Declaration of the Rights of the People with HIV and AIDS, United Kingdom, 1991

Australian Declaration of the Rights of People with HIV/AIDS, National Association of People Living with HIV/AIDS, 1991

Prague Statement, Pan-European Consultation on HIV/AIDS in the Context of Public Health and Human Rights, November 1991

Rights and Humanity Declaration and Charter on HIV and AIDS, United Nations Commission on Human Rights, 1992 50/

South African AIDS Consortium Charter of Rights on AIDS and HIV, 1 December 1992

Cebu Statement of Belief, UNDP Inter-Country Consultations on Ethics, Law and HIV, the Philippines, May 1993

Dakar Declaration, UNDP Inter-Country Consultations on Ethics, Law and HIV, Senegal, July 1994

Phnom Penh Declaration on Women and Human Rights and the Challenge of HIV/AIDS, Cambodia, November 1994

Paris Declaration, World AIDS Summit, Paris, 1 December 1994

Malaysian AIDS Charter: Shared Rights, Shared Responsibilities, 1995

Chiang Mai Proposal on Human Rights and Policy for People with HIV/AIDS, submitted to the Royal Thai Government, September 1995

Asia-Pacific Council of AIDS Service Organization's Compact on Human Rights, September 1995

Montréal Manifesto of the Universal Rights and Needs of People Living with HIV Disease

Copenhagen Declaration on Social Development and Programme of Action of the World Summit for Social Development, March 1995

New Delhi Declaration and Action Plan on HIV/AIDS, Interdisciplinary International Conference: AIDS, Law and Humanity, December 1995

50/ United Nations document E/CN.4/1992/82, annex.

The formulation of the present Guidelines is a culmination of these international, regional and national activities and an attempt to draw on the best features of the documents described above, whilst also focusing on strategic action plans to implement them. It has been noted that, although some positive measures at the national level to promote and protect human rights in the context of HIV/AIDS are in place, a dramatic gap between professed policy and implementation on the ground exists. ^{51/} It is hoped that these Guidelines, as a practical tool for States in designing, coordinating and implementing their national HIV/AIDS policies and strategies, will assist in closing this gap between principles and practice and be instrumental in creating a rights-based and effective response to HIV/AIDS.

^{51/} See E/CN.4/1995/45 and E/CN.4/1996/44.

Annex II

AGENDA

1. Opening and welcome address.
2. Election of officers.
3. Adoption of the agenda. (HR/SEM.2/AIDS/1996/L.1).
4. Regional and international perspectives:
 - (a) Asia: Alternative Law Research and Development Center (ALTERLAW) (HR/SEM.2/AIDS/1996/BP.1);
 - (b) Africa: Network of African People Living with HIV/AIDS (NAP+) (HR/SEM.2/AIDS/1996/BP.5);
 - (c) Latin America: Colectivo Sol (HR/SEM.2/AIDS/1996/BP.4);
 - (d) Global: International Community of Women Living with HIV/AIDS (ICW+) (HR/SEM.2/AIDS/1996/BP.2);
 - (e) Global: Global Network of People Living with HIV/AIDS (GNP+) (HR/SEM.2/AIDS/BP.3);
 - (f) Global: Rights and Humanity.
5. Guidelines on HIV/AIDS and human rights (HR/SEM.2/AIDS/WP.1).
6. Follow-up and implementation of the guidelines on HIV/AIDS and human rights.
7. Adoption of the guidelines and of the recommendations of the Consultation.
8. Closing address.

Annex III

LIST OF PARTICIPANTS

Participants

Aisha Bhatti	Rights and Humanity, London
Edgar Carrasco	Acción Ciudadana contra el SIDA (ACCSI), Caracas
David Chipanta	Network of African People living with HIV/AIDS (NAP+), Lusaka
Isabelle Defeu	International Community of Women Living with HIV/AIDS (ICW+), London
Lawrence Gostin	Georgetown University, Law Center, Washington
Anand Grover	Lawyers Collective, Bombay
Meskerem Grunitzki-Bekele	National AIDS Programme, Lomé
Julia Hausermann	Rights and Humanity, London
Mark Heywood	AIDS Law Project, Centre for Applied Legal Studies, University of Witwatersrand, Witwatersrand
Babes Igancio	ALTERLAW, Manila
Ralph Jurgens	Canadian HIV/AIDS Legal Network, Montréal
Michael Kirby	High Court of Australia, Canberra
Yuri Kobyshcha	National Anti-AIDS Committee, Kiev
Joanne Mariner	Human Rights Watch, New York
Shaun Mellors	Global Network of People Living with HIV/AIDS (GNP+), Amsterdam
Ken Morrison	International Council of AIDS Service Organisations (ICASO), Vancouver
Galina Musat	Asociatia Romana Anti-SIDA (ARAS), Bucharest
Sylvia Panebianco	Consejo Nacional de Prevención y Control del SIDA (CONASIDA), Mexico City
Alissar Rady	National AIDS Programme, Beirut
Eric Sawyer	HIV/AIDS Human Rights Project, New York

Aurea Celeste Silva Abbade	Grupo de Apoio a Prevencao a AIDS, Sao Paolo
Donna Sullivan	François-Xavier Bagnoud Center for Health and Human Rights, Boston/New York
El Hadj (As) Sy	AFRICASO, Dakar
Helen Watchirs	Australian Attorney-General's Department, Barton
Martin Vazquez Acuña	RED-LAC, Buenos Aires

Observers

Jane Connors	Division for the Advancement of Women, United Nations Headquarters
Sev Fluss	World Health Organization, Geneva
Angela Krehbiel	NGO Liaison Office, United Nations Office at Geneva
Lesley Miller	United Nations Children's Fund (UNICEF), Geneva
David Patterson	United Nations Development Programme (UNDP), New York
Mari Sasaki	United Nations Population Fund (UNFPA), Geneva
Frank Steketee	Council of Europe, Strasbourg
Janusz Symonides	United Nations Scientific, Cultural and Educational Organization (UNESCO), Paris
Benjamin Weil	United Nations Development Programme (UNDP), Dakar

Others

Geneviève Jourdan	Women's International League for Peace and Freedom, Geneva
James Sloan	International Service for Human Rights, Geneva
Jacek Tsyko	Permanent Mission of Poland to the United Nations Office at Geneva

**ANEXO B – Anotações para voto oral do RE 635.659 acerca da descriminalização do
porte de drogas para consumo próprio**

RE 635.659

DESCRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PRÓPRIO

ANOTAÇÕES PARA O VOTO ORAL DO MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO

I. INTRODUÇÃO

1. Estamos lidando com um problema para o qual não há solução juridicamente simples nem moralmente barata. Estamos no domínio das escolhas trágicas. Todas têm custo alto. Porém, virar as costas para um problema não faz com que ele vá embora. Por isso, em boa hora o Supremo Tribunal Federal está discutindo essa gravíssima questão. Em uma democracia, nenhum tema é tabu. Tudo pode e deve ser debatido à luz do dia. Estamos todos aqui em busca da melhor solução, baseada em fatos e razões, e não em preconceitos ou visões moralistas da vida.

2. O caso concreto aqui em discussão, e que recebeu repercussão geral, envolve o consumo de 3 gramas de maconha. A droga em questão, portanto é a maconha. O meu voto trabalha sobre este pressuposto. É possível que algumas das ideias que eu vou expor aqui valham para outras drogas. Outras, talvez não.

3. Para compreensão geral, uma breve unificação da terminologia é conveniente. *Descriminalizar* significa deixar de tratar como crime. *Despenalizar* significa deixar de punir com pena de prisão, mas punir com outras medidas. Este é o sistema em vigor atualmente. *Legalizar* significa que o direito considera um fato normal, insuscetível de qualquer sanção, mesmo que administrativa.

4. A discussão no presente processo diz respeito à descriminalização, e não à legalização. Vale dizer: o consumo de maconha ou de qualquer outra droga continuará a ser ilícito. O debate é saber se o Direito vai reagir com medidas penais ou com outros instrumentos, como, por exemplo, sanções administrativas. Isto inclui a possibilidade de apreensão, proibição de consumo em lugares públicos, submissão a tratamento de saúde etc.

II. A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

1. A interpretação constitucional é uma atividade que se desenvolve no largo espectro que vai da proteção dos direitos fundamentais ao pragmatismo jurídico. Os *direitos fundamentais* funcionam como uma reserva mínima de justiça aplicável a todas as pessoas. Característica essencial dos direitos fundamentais é que eles são oponíveis às maiorias políticas. Vale dizer: eles funcionam como limites ao legislador e mesmo ao poder constituinte reformador.

2. O pragmatismo jurídico, por sua vez, é herdeiro distante do utilitarismo e descendente direto do pragmatismo filosófico. Ele tem, em meio a outras, duas características que merecem destaque aqui: a primeira é o chamado *contextualismo*, a significar que a realidade concreta em que situada a questão a ser decidida tem peso destacado na determinação da solução adequada. A segunda característica é o *consequencialismo*, na medida em que o resultado prático de uma decisão deve ser o elemento decisivo de sua prolação. Cabe ao juiz produzir a decisão que traga as melhores consequências possíveis para a sociedade como um todo.

3. Não estando em jogo direitos ou princípios fundamentais, frequentemente será legítimo e desejável que o intérprete, dentro das possibilidades e limites das normas constitucionais, construa como solução mais adequada a que produza melhores consequências para a sociedade. Pois bem: penso que por qualquer dos dois critérios – seja sob a égide da primazia dos direitos fundamentais, seja por avaliação pragmática –, chega-se à mesma solução neste caso.

III. ALGUMAS PREMISSAS FÁTICAS E FILOSÓFICAS

1. **O consumo de drogas ilícitas, sobretudo daquelas consideradas pesadas, é uma coisa ruim.** Por isso, o papel do Estado e da sociedade deve ser o de: a) desincentivar o consumo; b) tratar os dependentes; e c) combater o tráfico. Portanto, nada do que se dirá aqui – e creio que isso vale para todos os Ministros, independentemente de sua posição – deve ser interpretado como autorização ou incentivo ao consumo de drogas.

Justamente ao contrário, o que está em discussão aqui é determinar que medidas são mais eficazes e constitucionalmente adequadas para realizar os três objetivos enunciados acima. Em última análise, o que estamos decidindo é se são medidas de natureza penal ou se devem ser medidas de outra ordem.

2. A guerra às drogas fracassou. Desde o início da década de 70, sob a liderança do Presidente Nixon, dos Estados Unidos, adotou-se uma política de dura repressão à cadeia de produção, distribuição e fornecimento de drogas ilícitas, assim como ao consumo. Tal visão encontra-se materializada em três convenções da ONU. A verdade, porém, a triste verdade, é que passados mais de 40 anos, a realidade com a qual convivemos é a do consumo crescente, do não tratamento adequado dos dependentes como consequência da criminalização e do aumento exponencial do poder do tráfico. E o custo político, social e econômico dessa opção tem sido altíssimo.

⇒ Insistir no que não funciona, depois de tantas décadas, é uma forma de fugir da realidade. É preciso ceder aos fatos. As certezas equivocadas foram bem retratadas em um belo poema de Bertold Brecht, intitulado “Louvor à dúvida”:

“Não crêem nos fatos, crêem em si mesmos.

Diante da realidade, são os fatos que devem neles acreditar”.

3. É preciso olhar o problema das drogas sob uma perspectiva brasileira. Olhar o problema das drogas sob a ótica do primeiro mundo é viver a vida dos outros. Lá, o grande problema é o usuário. Entre nós, este não é o único problema e nem sequer é o mais grave. Entre nós, o maior problema é o poder do tráfico, um poder que advém da ilegalidade da droga. E este poder se exerce oprimindo as comunidades mais pobres, ditando a lei e cooptando a juventude. O tráfico desempenha uma concorrência desleal com qualquer atividade lícita, pelas somas que manipula e os pagamentos que oferece. A consequência é uma tragédia moral brasileira: a de impedir as famílias pobres de criarem os seus filhos em um ambiente de honestidade

⇒ Esta a primeira prioridade: neutralizar, a médio prazo, o poder do tráfico. Para isso, só há uma solução: acabar com a ilegalidade das drogas e regular a produção e a distribuição. Esta ideia foi veiculada em um corajoso artigo de Helio Schwartzman, publicado na *Folha de São Paulo* de 19.08.2015. É importante o registro, mas não é isto o que está em discussão. O grande problema do direito é que não podemos fazer experimentação em laboratórios para saber se algo funciona ou não funciona. Por isso, temos que atuar aos poucos, passo a passo, testando soluções.

⇒ A segunda prioridade entre nós deve ser impedir que as cadeias fiquem entupidas de jovens pobres e primários, pequenos traficantes, que entram com baixa periculosidade e na prisão começam a cursar a escola do crime, unindo-se a quadrilhas e facções. Há um genocídio brasileiro de jovens pobres e negros, imersos na violência desse sistema.

⇒ Por fim, como terceira prioridade, vem o consumidor. O consumidor não deve ser tratado como um criminoso, mas como alguém que se sujeita deliberadamente a um comportamento de risco. Risco da sua escolha e do qual se torna a principal vítima. Mas o risco por si só não é fundamento para a criminalização, ou teríamos que banir diversas atividades, do alpinismo ao mergulho submarino.

IV. RAZÕES PRAGMÁTICAS PARA A DESCRIMINALIZAÇÃO

Estabelecidas estas premissas fáticas e filosóficas, passo a enunciar as razões pragmáticas que justificam a descriminalização.

1. Primeira razão: Fracasso da política atual

Em lugar de reduzir a produção, o comércio e o consumo, a política mundial de criminalização e repressão produziu um poderoso mercado negro e permitiu o surgimento ou o fortalecimento do crime organizado. Paralelamente a isso, floresceu a criminalidade associada ao tráfico, que inclui, sobretudo, o tráfico de armas utilizadas nas disputas por territórios e nos confrontos com a polícia.

⇒ Em contraste com o aumento do consumo de drogas, inclusive a maconha, o consumo de tabaco caiu drasticamente. Segundo dados trazidos pelo IBCCRIM, em

1984, 35% dos adultos consumiam cigarros. Em 2013, esse número caiu para 15%. Informação e advertência produzem, a médio prazo, resultados melhores do que a criminalização.

2. Segunda razão: Alto custo para a sociedade

O modelo criminalizador e repressor produz um alto custo para a sociedade e para o Estado, resultando em aumento da população carcerária, da violência e da discriminação. Da promulgação da lei de drogas, em 2006, até hoje, houve um aumento do encarceramento por infrações relacionadas às drogas de 9% para 27%. Aproximadamente, 63% das mulheres que se encontram encarceradas o foram por delitos relacionados às drogas. Vale dizer: atualmente, 1 em cada 2 mulheres e 1 em cada 4 homens presos no país estão atrás das grades por tráfico de drogas.

⇒ Cada vaga no sistema penitenciário custa, de acordo com o Depen, R\$ 43.835,20. O custo mensal de cada detento é de cerca de R\$ 2.000.

Além do custo elevado, há outro fenômeno associado ao encarceramento: jovens primários são presos juntamente com bandidos ferozes e se tornam, em pouco tempo, em criminosos mais perigosos. Ao voltarem para a rua, são mais ameaçadores para a sociedade, sendo que o índice de reincidência é acima de 70%. Por fim, há um outro problema: como não há critério objetivo para distinguir consumo de tráfico, no mundo real, a consequência prática mais comum, como noticiam, dentre muitos, Pedro Abramovay e Ilona Szabó, é que “ricos com pequenas quantidades são usuários, pobres são traficantes”.

⇒ Por essa razão, é imperativo que se estabeleçam critérios para distinguir consumo de tráfico.

3. Terceira razão: a criminalização afeta a proteção da saúde pública

O sistema atual de Guerra às Drogas faz com que as preocupações com a saúde pública – que são o principal objetivo do controle de drogas – assumam uma posição secundária em relação às políticas de segurança pública e à aplicação da lei penal. A

política de repressão penal exige recursos cada vez mais abundantes, drenando investimentos em políticas de prevenção, educação e tratamento de saúde.

E o pior: a criminalização de condutas relacionadas ao consumo promove a exclusão e a marginalização dos usuários, dificultando o acesso a tratamentos. Como assinalou o antropólogo Rubem César Fernandes, diretor do Viva Rio: “O fato de o consumo de drogas ser criminalizado aproxima a população jovem do mundo do crime”.

⇒ Portanto, ao contrário do que muitos crêem, a criminalização não protege, mas antes compromete a saúde pública.

Conclusão

Em conclusão deste tópico que cuidou das razões pragmáticas pelas quais a descriminalização do consumo é uma alternativa melhor: os males causados pela política atual de drogas têm superado largamente os seus benefícios. A forte repressão penal e a criminalização do consumo têm produzido consequências mais negativas sobre a sociedade e, particularmente, sobre as comunidades mais pobres do que aquelas produzidas pelas drogas sobre os seus usuários.

V. UMA JANELA PARA O MUNDO

1. Quase todo o mundo democrático e desenvolvido está abrandando a sua política em relação às drogas. Nos *Estados Unidos*, que lideraram a Guerra às Drogas, 27 dos 50 Estados já descriminalizaram o porte da maconha para uso recreativo ou medicinal, sendo que quatro deles (Oregon, Washington, Alaska e Colorado) legalizaram a comercialização.

2. Em *Portugal*, há mais de uma década, descriminalizou-se o porte de drogas para consumo pessoal. No caso da maconha, presume-se não se tratar de tráfico o porte de até 25 gramas. Após este período, constatou-se que (i) o consumo em geral não disparou (houve até diminuição entre os jovens); (ii) houve um aumento de toxicodependentes em tratamento; e (iii) houve redução da infecção de usuários de drogas pelo vírus HIV.

3. Os exemplos se multiplicam. Na *Espanha*, a lei não criminaliza o uso de drogas, mas proíbe o uso em público. No tocante à maconha, o porte de até 100 gramas é considerado para uso pessoal. O *Uruguai* tornou-se, em 2013, o primeiro país do mundo a legalizar a produção, comércio e consumo da maconha. A lei aprovada permite que os indivíduos portem até 40 gramas de maconha, autoriza o cultivo doméstico de até 6 plantas fêmeas de *cannabis*. Na Colômbia e na Argentina, a descriminalização veio por decisão do Tribunal Constitucional e da Suprema Corte, respectivamente.

4. Aos poucos, o mundo vai se dando conta de que são necessários meios alternativos à criminalização para combater o consumo de drogas ilícitas. Cabe lembrar aqui que descriminalizar não significa tornar o uso lícito nem muito menos incentivar o consumo.

VI. FUNDAMENTOS JURÍDICOS PARA A DESCRIMINALIZAÇÃO

Do ponto de vista jurídico, há pelo menos três fundamentos que justificam e legitimam a descriminalização à luz da Constituição:

1. Violação ao direito de privacidade

A intimidade e a vida privada, que compõem o conteúdo do direito de privacidade, são direitos fundamentais protegidos pelo art. 5º, X da Constituição. O direito de privacidade identifica um espaço na vida das pessoas que deve ser imune a interferências externas, seja de outros indivíduos, seja do Estado. O que uma pessoa faz na sua intimidade, da sua religião aos seus hábitos pessoais, como regra devem ficar na sua esfera de decisão e discricionariedade. Sobretudo, quando não afetar a esfera jurídica de um terceiro.

Ex. É preciso não confundir moral com direito. Há coisas que a sociedade pode achar ruins, mas que nem por isso são ilícitas. Se um indivíduo, na solidão das suas noites, bebe até cair desmaiado na cama, isso não parece bom, mas não é ilícito. Se ele

fumar meia carteira de cigarros entre o jantar e a hora de ir dormir, tampouco parece bom, mas não é ilícito. Pois digo eu: o mesmo vale se, em lugar de beber ou consumir cigarros, ele fumar um baseado. É ruim, mas não é papel do Estado se imiscuir nessa área.

2. Violação à autonomia individual

A liberdade é um valor essencial nas sociedades democráticas. Não sendo, todavia, absoluta, ela pode ser restringida pela lei. Porém, a liberdade possui um núcleo essencial e intangível, que é a *autonomia individual*. Emanação da dignidade humana, a autonomia assegura ao indivíduo a sua autodeterminação, o direito de fazer as suas escolhas existenciais de acordo com as suas próprias concepções do bem e do bom. Cada um é feliz à sua maneira. A autonomia é a parte da liberdade que não pode ser suprimida pelo Estado ou pela sociedade.

Exs mais óbvios: o Estado e a sociedade não podem decidir com quem você vai se casar, qual deve ser a sua religião ou que profissão você vai seguir.

As pessoas têm, igualmente, o direito de escolher os seus prazeres legítimos. Há quem faça alpinismo, voe de ultraleve, participe de corridas de automóvel, ande de motocicleta ou faça mergulho submarino. Todas essas são atividades que envolvem riscos. Nem por isso são proibidas. O Estado pode, porém, limitar a liberdade individual para proteger direitos de terceiros ou determinados valores sociais. Pois bem: o indivíduo que fuma um cigarro de maconha na sua casa ou em outro ambiente privado não viola direitos de terceiros. Tampouco fere qualquer valor social. Nem mesmo a saúde pública, salvo em um sentido muito vago e remoto. Se este fosse um fundamento para proibição, o consumo de álcool deveria ser banido. E, por boas razões, não se cogita disso.

Note-se bem: o Estado tem todo o direito de combater o uso, fazer campanhas contra, educar e advertir a população. Mas punir com o direito penal é uma forma de autoritarismo e paternalismo que impede o indivíduo de fazer suas escolhas

existenciais. Para poupar a pessoa do risco, o Estado vive a vida dela. Não parece uma boa ideia.

3. Violação ao princípio da proporcionalidade

O princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade, na sua dimensão instrumental, funciona como um limites às restrições dos direitos fundamentais. Para que a restrição a um direito seja legítima, ela precisa ser proporcional. Em matéria penal, tal ideia se expressa em alguns conceitos específicos, que incluem a lesividade da conduta incriminada, a vedação do excesso e a proibição da proteção deficiente.

O denominado *princípio da lesividade* exige que a conduta tipificada como crime constitua ofensa a bem jurídico alheio. De modo que se a conduta em questão não extrapola o âmbito individual, o Estado não pode atuar pela criminalização. O principal bem jurídico lesado pelo consumo de maconha é a própria saúde individual do usuário, e não um bem jurídico alheio. Aplicando a mesma lógica, o Estado não pune a tentativa de suicídio ou a autolesão. Há quem invoque a saúde pública como bem jurídico violado. Em primeiro lugar, tratar-se-ia de uma lesão vaga, remota, provavelmente em menor escala do que, por exemplo, o álcool ou o tabaco. Em segundo lugar porque, como se procurou demonstrar, a criminalização termina por afastar o usuário do sistema de saúde, pelo risco e pelo estigma. De modo que pessoas que poderiam obter tratamento e se curar, acabam não tendo acesso a ele. O efeito, portanto, é inverso. **Portanto, não havendo lesão a bem jurídico alheio, a criminalização do consumo de maconha não se afigura legítima.**

O teste da proporcionalidade inclui, também, a verificação da adequação, necessidade e proveito da medida restritiva. A criminalização, no entanto, não parece *adequada* ao fim visado, que seria a proteção da saúde pública. Não apenas porque os números revelam que a medida não tem sido eficaz – o consumo de drogas ilícitas, inclusive da maconha, tem aumentado significativamente –, como pelas razões expostas

acima: a saúde pública não só não é protegida como é de certa forma afetada pela criminalização.

A questão da *necessidade* poderia ser disputada. Há países que optam por criminalizar a maconha. Mas em número decrescente. Na América Latina, como visto, somente Brasil, Suriname e Guianas tratam o porte de drogas para uso pessoal como crime. Existem alternativas que vão desde a previsão de sanções administrativas até o combate via contrapropaganda e cláusulas de advertência.

Mas é sobretudo no terceiro subprincípio – o da *proporcionalidade em sentido estrito* –, quando se vai aferir o custo benefício da criminalização que a desproporcionalidade se evidencia de maneira mais contundente. O custo tem sido imenso – em recursos drenados para a repressão, para o sistema penitenciário, nas vidas de jovens que são destruídas no cárcere, no poder do tráfico sobre as comunidades carentes – e os resultados têm sido pífios: aumento constante do consumo.

Em suma: por ausência de lesividade a bem jurídico alheio, por inadequação, discutível necessidade e, sobretudo, pelo custo imenso em troca de benefícios irrelevantes, a criminalização não é a forma mais razoável e proporcional de se lidar com o problema.

Pelos mesmos fundamentos, declaro a inconstitucionalidade, por arrastamento, do § 1º do artigo 28 da Lei nº 11.343/2006, o qual prevê que se submete às mesmas penas do *caput*, “quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica”. Aqui, à falta de um critério específico para delimitar o que seja pequena quantidade para consumo pessoal, utilizo o parâmetro adotado no Uruguai, que é de 6 (seis) plantas fêmeas.

VII. NECESSIDADE DE UM CRITÉRIO OBJETIVO QUE SIRVA DE ORIENTAÇÃO PARA DISTINGUIR CONSUMO PESSOAL DE TRÁFICO

1. Independentemente da criminalização ou não do porte de drogas para o consumo pessoal, é imprescindível que se estabeleça um critério objetivo para distinguir consumo de tráfico. A matéria é tratada, atualmente, no § 2º do art. 28 da Lei 11.348/2006, que dispõe:

“Art. 28. § 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.”

2. É preciso estabelecer um critério por alguns motivos óbvios. O primeiro, naturalmente, é diminuir a discricionariedade judicial e uniformizar a aplicação da lei, evitando que a sorte de um indivíduo fique ao sabor do policial ou do juiz ser mais liberal ou mais severo. O segundo, mais importante ainda, é que a inexistência de um parâmetro objetivo não é neutra. Ela produz um impacto discriminatório que é perceptível a olho nu e destacado por todas as pessoas que lidam com o problema: os jovens de classe média para cima, moradores dos bairros mais abonados, como regra, são enquadrados como usuários; os jovens mais pobres e vulneráveis, que são alvo preferencial das forças de segurança pública, são enquadrados como traficantes.

3. O voto do Min. Gilmar Mendes apresenta duas propostas em relação à distinção entre consumo e tráfico. Em primeiro lugar, afirma que o ônus de comprovar a finalidade diversa do consumo pessoal é da acusação. Estou de pleno acordo. Em segundo lugar, que a autoridade, se achar que a hipótese é de aplicação do art. 33 (tráfico), deve

levar o acusado, em curto prazo, à presença do juiz. Trata-se da audiência de custódia, que temos todos defendido aqui. Também estou de acordo com essa proposta. Mas creio que essas duas medidas são insuficientes.

4. Por isso, vou adiante para propor um critério quantitativo que sirva como referencial para os juízes. O *Instituto Igarapé*, em Nota Técnica – que me foi entregue pelo grande brasileiro e ex-Ministro da Justiça José Gregori – firmada por especialistas de áreas diversas – e que incluem o ex-Ministro da Saúde e médico José Gomes Temporão, a psicanalista Maria Rita Kehl e o economista Edmar Bacha – alertam que critérios objetivos muito baixos aumentariam o problema e propõem, como adequado para a realidade brasileira, uma quantidade de referência fixa entre 40 gramas e 100 gramas. Observo que 40 gramas é o critério adotado pelo Uruguai e 100 gramas o critério adotado pela Espanha. Em Portugal, país com uma bem sucedida experiência de mais de uma década na matéria, o critério é de 25 gramas.

5. Minha preferência pessoal, neste momento, seria pela fixação do critério quantitativo em 40 gramas. Porém, em busca do consenso ou, pelo menos, do apoio da maioria do Tribunal, estou propondo 25 gramas, como possível denominador comum das diferentes posições. Cabe deixar claro que o que se está estabelecendo é uma presunção de que quem esteja portando até 25 gramas de maconha é usuário e não traficante. Presunção que pode ser afastada pelo juiz, à luz dos elementos do caso concreto. Portanto, poderá o juiz, fundamentadamente, entender que se trata de traficante, a despeito da quantidade ser menor, bem como de que se trata de usuário, a despeito da quantidade ser maior. Nessa hipótese, seu ônus argumentativo se torna mais acentuado.

VIII. ENFRENTANDO OS ARGUMENTOS CONTRÁRIOS

I. Não houve guerra as drogas no Brasil

O argumento, com a vênia devida, não corresponde aos fatos. Basta constatar que:

1. Existem quase 150 mil presos por delitos relacionados a drogas.

2. Bilhões em recursos foram gastos com atividade policial e custos do sistema penitenciário.

3. O Secretário de Segurança do Rio de Janeiro, com a autoridade de quem conduz um conjunto de políticas bem sucedidas, declarou:

“Acabar com as drogas é impossível. Parece que os brasileiros não acordam para o desperdício dessa guerra. Não existem vitoriosos. Descriminalizando o uso, um dos efeitos é o alívio na polícia e no Poder Judiciário, que podem se dedicar aos homicídios, aos crimes verdadeiros”.

⇒ O fato de que a Guerra às Drogas foi travada com as vicissitudes e deficiências do padrão Brasil não muda este quadro.

II. A descriminalização produziria aumento de consumo

1. É possível, sim, que em um momento inicial a descriminalização aumente a quantidade de usuários, em especial dos usuários experimentais.

2. Porém, passado o momento inicial, as estatísticas não confirmam o aumento do consumo. Portanto, o importante aqui não é uma foto momentânea, mas um filme que dura alguns anos.

3. Em Portugal, como visto, houve até redução de consumo pelos jovens.

⇒ A transgressão é um atrativo para a juventude.

III. A descriminalização aumentaria a criminalidade associada ao consumo de drogas

1. As grandes causas da criminalidade envolvem combinações variadas entre desigualdade, impunidade e uma cultura de ganho fácil.

2. Maconha não tem efeito anti-social relevante.

3. Por essa lógica, faria muito mais sentido criminalizar o álcool.

⇒ Naturalmente, ninguém cogita disso. Nos EUA a Emenda 18 produziu a lei seca, banindo a fabricação e distribuição de bebidas alcoólicas entre 1920 e 1933. As consequências foram tão nefastas quanto as que a criminalização das drogas nos traz hoje.

IV. A descriminalização trará impacto para a saúde pública

1. A experiência empírica diz o oposto: com a descriminalização, usuários e dependentes passam a poder se tratar.

V. A descriminalização aumentaria os riscos do trânsito com pessoas dirigindo intoxicadas

1. Este argumento foi enfatizado pelo eminente Deputado Federal do Rio Grande do Sul Osmar Terra. Cabe lembrar aqui que dirigir sob a influência de substância psicoativa é crime autônomo (Código de Trânsito, art. 302, § 2º). Não é preciso criminalizar o consumo de maconha para este fim.

VI. Há grande inconsistência em descriminalizar o consumo e manter a criminalização da produção e da distribuição

1. A inconsistência de fato existe. Mas eventual legalização depende de atuação do Congresso. E não há soluções fáceis.
2. Porém, prestar atenção no que se passa no Uruguai e nos estados americanos que legalizaram pode ser uma boa forma de ver como os resultados que a legalização produzirá.

Uma última observação: pesquisa do psicólogo Giovani Caetano Jaskulski conclui que o álcool e o cigarro – não a maconha – funcionam como porta de entrada para drogas mais pesadas.

VII. Criação de um “exército de formiguinhas”

1. Este foi o ponto suscitado pelo Procurador-Geral da República: o temor de que uma vez fixado um certo quantitativo, os traficantes passariam a distribuir em pequenas porções, formando um “exército de formiguinhas”.
2. É uma possibilidade. Só que de certa forma, já é assim. Os “aviões”, que são os jovens que fazem a distribuição, são presos. Em poucas horas são repostos.
3. Há, na verdade, um exército de reserva. Com a seguinte consequência: as prisões ficam entupidas e o tráfico não diminui em nada.

IX. CONCLUSÃO

Ementa e tese do meu voto escrito:

Ementa: DIREITO PENAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ART. 28 DA LEI Nº 11.343/2006. INCONSTITUCIONALIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL. VIOLAÇÃO AOS DIREITOS À INTIMIDADE, À VIDA PRIVADA E À AUTONOMIA, E AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.

1. A descriminalização do porte de drogas para consumo pessoal é medida constitucionalmente legítima, devido a razões jurídicas e pragmáticas.
2. Entre as razões pragmáticas, incluem-se (i) o fracasso da atual política de drogas, (ii) o alto custo do encarceramento em massa para a sociedade, e (iii) os prejuízos à saúde pública.
3. As razões jurídicas que justificam e legitimam a descriminalização são (i) o direito à privacidade, (ii) a autonomia individual, e (iii) a desproporcionalidade da punição de conduta que não afeta a esfera jurídica de terceiros, nem é meio idôneo para promover a saúde pública.
4. Independentemente de qualquer juízo que se faça acerca da constitucionalidade da criminalização, impõe-se a determinação de um parâmetro objetivo capaz de distinguir consumo pessoal e tráfico de drogas. A ausência de critério dessa natureza produz um efeito discriminatório, na medida em que, na prática, ricos são tratados como usuários e pobres como traficantes.
5. À luz dos estudos e critérios existentes e praticados no mundo,

recomenda-se a adoção do critério seguido por Portugal, que, como regra geral, não considera tráfico a posse de até 25 gramas de *Cannabis*. No tocante ao cultivo de pequenas quantidades para consumo próprio, o limite proposto é de 6 plantas fêmeas.

6. Os critérios indicados acima são meramente referenciais, de modo que o juiz não está impedido de considerar, no caso concreto, que quantidades superiores de droga sejam destinadas para uso próprio, nem que quantidades inferiores sejam valoradas como tráfico, estabelecendo-se nesta última hipótese um ônus argumentativo mais pesado para a acusação e órgãos julgadores. Em qualquer caso, tais referenciais deverão prevalecer até que o Congresso Nacional venha a prover a respeito.

7. Provimento do recurso extraordinário e absolvição do recorrente, nos termos do art. 386, III, do Código de Processo Penal. Afirmação, em repercussão geral, da seguinte tese: *“É inconstitucional a tipificação das condutas previstas no artigo 28 da Lei no 11.343/2006, que criminalizam o porte de drogas para consumo pessoal. Para os fins da Lei nº 11.343/2006, será presumido usuário o indivíduo que estiver em posse de até 25 gramas de maconha ou de seis plantas fêmeas. O juiz poderá considerar, à luz do caso concreto, (i) a atipicidade de condutas que envolvam quantidades mais elevadas, pela destinação a uso próprio, e (ii) a caracterização das condutas previstas no art. 33 (tráfico) da mesma Lei mesmo na posse de quantidades menores de 25 gramas, estabelecendo-se nesta hipótese um ônus argumentativo mais pesado para a acusação e órgãos julgadores.”*

**ANEXO C – 10 razões para se opor à criminalização da exposição ou transmissão do
HIV**

10 razões para se opor à criminalização da exposição ou transmissão do HIV

Nos últimos anos assistiu-se à criação, em especial em algumas partes de África, da Ásia, da América Latina e das Caraíbas, de leis específicas ao HIV que criminalizam a transmissão e exposição ao HIV. Ao mesmo tempo, especialmente na Europa e na América do Norte, as leis penais existentes são cada vez mais usadas para julgar as pessoas por transmitirem o HIV ou por exporem outras pessoas à infecção do HIV.

A pressão para aplicar o direito penal à exposição e transmissão do HIV é frequentemente motivada pelo desejo de responder às graves preocupações com a rápida propagação do HIV em muitos países, combinado com o que é visto como sendo um fracasso dos esforços de prevenção do HIV actualmente existentes. Estas preocupações são legítimas. Recentemente, particularmente em África, alguns grupos começaram a defender a criminalização em resposta ao grave fenómeno em que a mulher é infectada pelo HIV através da violência sexual ou por parceiros que não revelam os seus resultados ao teste do HIV.

Embora estas questões devam ser abordadas com urgência, uma análise mais aprofundada das questões complexas trazidas à tona pela criminalização da transmissão ou exposição do HIV revela que é improvável que a criminalização evite novas infecções ou reduza a vulnerabilidade da mulher ao HIV. Na verdade, ela pode prejudicar as mulheres em vez de as ajudar, e ter um impacto negativo sobre a saúde pública e sobre os direitos humanos.

Este documento apresenta dez razões porque se considera que a criminalização da exposição ou transmissão do HIV é geralmente uma política pública ineficaz e injusta. A excepção óbvia envolve os casos em que os indivíduos transmitem deliberada e maliciosamente o HIV com a intenção de prejudicar os outros. Nestes casos raros, as actuais leis penais podem e devem ser utilizados. Além disso, os governos devem condenar e processar efectivamente todos os casos de violência sexual e garantir que a violação sexual no casamento seja reconhecida como um crime.

No entanto, para os casos em que os indivíduos vivendo com o HIV não agem com a intenção específica de prejudicar os outros, os países não devem criminalizar a exposição ou transmissão do HIV. Em vez disso, eles deveriam adoptar medidas positivas com vista a aumentar as intervenções de prevenção e tratamento do HIV baseadas em evidências e reduzir a vulnerabilidade das mulheres ao HIV.

1. A criminalização da transmissão do HIV só pode ser justificada quando os indivíduos deliberada e maliciosamente transmitem o HIV com a intenção de prejudicar os outros. Nestes casos raros, as leis penais existentes podem e devem ser usadas, em vez de se aprovar leis específicas ao HIV.

O motivo mais propalado pelos fazedores de políticas para a criminalização da exposição ou transmissão do HIV é que as pessoas que transmitem o HIV ou expõem outras pessoas ao risco de infecção pelo HIV devem ser punidas porque o seu comportamento é "moralmente errado" ou "prejudicial".

Todavia, a maioria das pessoas que transmite ou HIV fazem-no sem saber que estão infectadas e portanto não sabem que estão transmitindo o HIV, ou por temerem que a revelação do seu estado serológico irá resultar em violência, discriminação, rejeição pela família e amigos, e outros abusos baseados no seu estado serológico. Estes receios, embora muitas vezes bem fundamentados, não os libertam da obrigação moral de tomar medidas para proteger as outras pessoas da infecção. No entanto, processar as pessoas que riscam a causar danos devido ao medo da discriminação não dissuade o seu comportamento, e nem consegue justiça.

Na verdade, existem indivíduos que maliciosamente têm a intenção de causar danos através da transmissão do HIV e conseguem fazê-lo. Nesses casos, a aplicação da lei penal é justificada. Esta aplicação limitada é consistente com as recomendações do Programa Conjunto das Nações Unidas sobre HIV/SIDA (ONUSIDA) e da Organização das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) na sua política, *a Criminalização da Transmissão do HIV*.

Mesmo nesses casos, no entanto, a criação de ofensas específicas ao HIV, geralmente não é justificada, visto que as leis penais existentes são suficientes para punir as pessoas que pretendem especificamente transmitir o HIV às outras pessoas. Por exemplo, as leis contra quem causa danos físicos podem ser aplicadas à infecção do HIV.

Embora seja adequado processar casos reais de transmissão causados por intenções maliciosas no âmbito das leis penais existentes, deve-se ter o cuidado de assegurar que estas leis não sejam aplicadas demasiado amplamente. Na esmagadora maioria dos casos, a aplicação do direito penal ou da transmissão ou exposição ao HIV produziriam mais danos do que bens. Por exemplo, o direito penal não pode ser aplicado com justiça à transmissão ou exposição ao HIV quando não há risco significativo de transmissão do HIV, ou quando uma pessoa:

Na ***Declaração Política de 2006***, os Chefes de Estado e Governo, e representantes de Estados e Governos comprometeram-se a “intensificar os esforços de aprovar, reforçar e aplicar ... a legislação ... e outras medidas visando eliminar todas as formas de discriminação contra, e a garantir o gozo pleno de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por, pessoas vivendo com HIV e membros dos grupos vulneráveis ... e desenvolver estratégias para combater o estigma e exclusão social associada à epidemia” (parágrafo 29).

- a. não sabia que era seropositiva
- b. não sabia como se transmite o HIV

- c. revelou o seu estado serológico positivo à pessoa em risco (ou tinha motivos para acreditar que a outra pessoa conhecia o seu estado serológico)
- d. não revelou o seu estado serológico positivo devido ao receio de violência ou outras consequências negativas e graves
- e. tomou medidas de redução de risco (como praticar sexo seguro através do uso de preservativo ou outras precauções), ou
- f. acordou previamente um nível mutuamente aceitável de risco com a outra pessoa

Mesmo a expansão da aplicação do direito penal para casos em que as pessoas estão sendo "negligentes" ou "irresponsáveis" mas sem intenção de prejudicar a outra pessoa, seria uma política pública má. Num cenário destes, a lei seria potencialmente aplicável a tantos casos e seria tão difícil provar os factos que poderia resultar em muitas consequências negativas não desejadas. Estas consequências negativas são todas discutidas na Razão 2.10 do presente documento.

Em vez de aplicar o direito penal para casos mais além da intenção maliciosa e transmissão real, os estados deveriam se concentrar em capacitar as pessoas vivendo com o HIV a procurar o teste de HIV, a revelar o seu estatuto, e a praticar sexo seguro, sem medo do estigma e da discriminação. Essa capacitação incluiria proteger as pessoas vivendo com o HIV da discriminação adoptando e aplicando leis anti-discriminatórias e promovendo campanhas sociais para reduzir o estigma. Quando se verificam baixos níveis de estigma e discriminação num contexto social, as pessoas se sentem com capacidade de fazer o teste de HIV e prevenir mais transmissão do HIV.

A aplicação de leis penais à exposição ou transmissão do HIV afecta negativamente estes importantes objectivos de saúde pública. Ela promove um clima de medo e retaliação em relação à transmissão do HIV, ao invés de "um ambiente social e legal que é conducente à revelação voluntária e segura do estado serológico" - um ambiente que, ao subscrever a *Declaração Política sobre o HIV/SIDA* (2006), os governos comprometeram-se em criar as suas respostas nacionais ao HIV.

2. A aplicação do direito criminal à exposição ou transmissão do HIV não reduz a propagação do HIV

Às vezes os políticos defendem que a aplicação do direito penal à exposição ou transmissão do HIV pode reduzir a propagação do HIV, incapacitando ou reabilitando criminosos particulares, ou por dissuadindo outros de transmitir HIV.

Na verdade, não se demonstrou que a aplicação do direito penal ao comportamento de risco de HIV incapacite, reabilite, ou dissuade criminosos.

Incapacitação: Para reduzir a propagação da epidemia do HIV, teria que se impedir que um vasto número de pessoas tivessem relações sexuais não seguras, partilhassem seringas, ou se dedicassem a outros comportamentos de risco, que nenhuma lei penal específica ao HIV poderia eventualmente fazer. Na verdade, prender uma pessoa com HIV não impede a transmissão do HIV. Os comportamentos de risco de HIV são prevalentes nas prisões, e a maioria dos sistemas prisionais continua a rejeitar a introdução de medidas de prevenção informadas por evidências tais como preservativos e equipamento de injeção esterilizado e não tomam medidas para reduzir a prevalência das violações sexuais e outras formas de violência sexual.

Reabilitação: Há poucas evidências que sugerem que as penas criminais para condutas que transmitem ou que arriscam transmitir o HIV "reabilitem" uma pessoa de modo a evitar comportamentos futuros que contenham o risco de transmissão do HIV. A maior parte dos casos de transmissão do HIV está associada à actividade sexual e/ou uso de drogas - comportamentos humanos que são muito complexos e difíceis de mudar através das penas criminais. Além disso, as prisões não oferecem programas de reabilitação para os comportamentos que transmitem o HIV. A mudança de comportamento individual é mais susceptível que resultar das intervenções como o aconselhamento e apoio para a mudança de comportamento, bem como de medidas que abordem as causas subjacentes do envolvimento em actividades que concorrem para o risco de infecção pelo HIV.

Dissuasão: Não há dados científicos que sustentam o argumento de que a acusação criminal, ou a ameaça de a usar, tenha qualquer efeito significativo no sentido de incentivar a revelação do estado serológico aos parceiros sexuais por parte as pessoas vivendo com o HIV ou de dissuadir comportamentos que representam um risco de transmissão. A maioria das pessoas vivendo com o HIV ou em risco de infecção já acredita que tem a responsabilidade de proteger outras pessoas da infecção do HIV, especialmente quando têm acesso a serviços de aconselhamento e prevenção de boa qualidade como preservativos femininos e masculinos e intervenções tendentes a reduzir a probabilidade da transmissão vertical. De qualquer modo, durante o tempo em que existe o maior risco de transmissão do HIV (os primeiros meses após a infecção) a maioria das pessoas ainda não sabem que são seropositivos, limitando o valor preventivo que qualquer ofensa penal poderia ter.

3. A aplicação do direito criminal à exposição ou transmissão do HIV mina os esforços de prevenção do HIV

A aplicação do direito penal à transmissão do HIV poderia desencorajar as pessoas de fazerem o teste e conhecer o seu estado serológico, visto que a falta de conhecimento de um indivíduo do seu estado serológico poderia ser a melhor defesa numa acção penal. Com efeito, em jurisdições com leis penais específicas ao HIV, os conselheiros do teste de HIV muitas vezes são forçados a acautelar as pessoas de que fazer o teste de HIV poderia expô-las à responsabilização criminal se se descobrir que são seropositivas e continuarem mantendo relações sexuais. Às vezes, estes conselheiros são forçados a apresentar provas do estado serológico do indivíduo nos procedimentos judiciais. Isto interfere com a prestação de cuidados de saúde e inviabiliza os esforços tendentes a encorajar as pessoas a fazerem o teste.

Outras consequências não desejadas da aplicação do direito penal à transmissão ou exposição ao HIV incluem:

Criação de uma falsa sensação de segurança: Colocar a responsabilidade legal da prevenção da transmissão do vírus exclusivamente nas pessoas vivendo com o HIV põe em causa a mensagem de saúde pública de que todos devem praticar comportamentos seguros, independentemente do seu estado serológico, e que a saúde sexual deveria ser uma responsabilidade partilhada entre os parceiros sexuais. As pessoas podem assumir (erradamente) de que os seus parceiros são seronegativos pelo facto destes não terem revelado e, deste modo, não tomarem medidas para se protegerem da infecção do HIV.

Criação da desconfiança nas relações entre pessoas seropositivas e os seus provedores de cuidados de saúde: As pessoas podem temer que as informações relativas ao seu estado serológico possam ser usadas contra si no sistema de justiça criminal. Isso impede a provisão de cuidados e tratamento de qualidade e também poderia ter um impacto negativo na adesão das pessoas seropositivas em estudos de investigação tão necessários.

4. A aplicação do direito criminal à exposição ou transmissão do HIV promove o medo e estigma

Quase 30 anos de resposta ao SIDA reforçaram a importância de quebrar o silêncio em torno da epidemia, falando abertamente sobre o HIV, e encorajando as pessoas a viver positivamente. A aplicação do direito penal à transmissão ou transmissão do HIV, salvo em circunstâncias muito específicas, produz resultados opostos. Ela reforça o estereótipo de que as pessoas vivendo com o HIV são imorais e criminosos perigosos, e não como toda a gente, gente dotada de responsabilidades, dignidade e direitos humanos.

Tragicamente, é o estigma que suporta principalmente a pressão para a criminalização. É o estigma, enraizado no moralismo que surge da transmissão sexual do HIV, que muitas vezes dá o principal impulso à aprovação destas leis.

É ainda mais trágico, que tais leis e procedimentos criminais por seu turno apenas aticem o estigma. As acusações pela transmissão e exposição ao HIV, e o conteúdo arrepiante das próprias leis, reforçam a ideia de que o HIV é uma condição vergonhosa, infame, e desprezível.

- Edwin Cameron, Juiz do Tribunal Supremo de Apelo da África do Sul, 2008

A introdução de ofensas criminais específicas ao HIV bem como acções penas individual contra pessoas vivendo com o HIV por conduta que transmite ou de risco de transmitir o HIV, tem sido muitas vezes acompanhada por cobertura nos meios de comunicação social ou comentários inflamatórios e mal informados por figuras de alto nível como procuradores, funcionários do governo, ou legisladores. Esta retórica só ajuda a desencorajar as pessoas de procurar fazer o teste e aconselhamento de HIV e de falar abertamente e com sinceridade sobre a AIDS.

Acções legais pela transmissão ou exposição ao HIV também espalham mitos e desinformação sobre como o HIV é (e não é) transmitido. Em algumas jurisdições, foram movidas acções penais graves contra pessoas seropositivas por actos como morder, cuspir ou coçar, apesar das evidências de que o risco de transmissão do HIV por este meio é extraordinariamente ínfimo (e em alguns casos, não existe). Noutras jurisdições, o sistema de justiça contraditório encorajou procuradores do sistema de justiça a tecer afirmações e declarações imprecisas sobre o risco de transmissão do HIV, quando este risco é muitas vezes mínimo, incluindo para pessoas com HIV em tratamento anti-retroviral eficaz e sem infecções sexualmente transmissíveis. Tais acusações e afirmações não só prejudicam os esforços visando educar o público sobre o HIV, mas criam ainda mais medo das pessoas vivendo com HIV.

5. Em vez de garantir a justiça para as mulheres, a aplicação do direito criminal à exposição ou transmissão do HIV periga e oprime-as ainda mais

Alguns apoiam a aplicação do direito penal à exposição ou transmissão do HIV pensando que poderia proteger as mulheres e as raparigas de serem infectadas com o HIV por parceiros não fiéis, através da violência sexual e/ou pelos parceiros que não revelam o seu estado serológico. Muitas raparigas e mulheres no mundo são forçadas ou coagidas a manter relações sexuais. Além dos serviços de saúde, psicológicos e de crise associada à violação sexual, estas mulheres e meninas merecem justiça pelos actos de violência cometidos contra si.

Mesmo assim, a aplicação do direito penal à transmissão do HIV não contribui para abordar a epidemia da violência baseada no género ou a grande desigualdade económica, social e política que estão na origem da vulnerabilidade desproporcional da mulher e rapariga ao HIV. Pelo contrário, essas leis são susceptíveis de serem utilizadas para reprimir mais vezes as mulheres do que os homens, pelo menos por três razões:

As mulheres são mais susceptíveis de conhecer o seu estado HIV do que os seus parceiros masculinos: Por se envolverem mais frequentemente com o sistema de saúde (incluindo durante a gravidez e parto), as mulheres normalmente têm maior probabilidade de conhecer o seu estado HIV-positivo antes dos seus parceiros masculinos – particularmente porque os governos avançam no sentido de teste e aconselhamento de HIV iniciado pelo provedor nas unidades pré-natais. Onde há leis criminalizando a exposição ou transmissão do HIV, para evitar o risco de as mulheres serem perseguidas por exporem os seus parceiros ao HIV, as mulheres cujo resultado do teste do HIV é positivo têm de divulgar o seu estado serológico aos seus parceiros, recusar-se a manter relações sexuais, ou insistir no uso de preservativo. Todavia, para muitas mulheres estas acções transportam o risco de violência, despejo, deserdação, perda de filhos, e outras graves violações. A combinação de formas de testes mais rotineiras (especialmente durante a gravidez) e a criminalização da transmissão do ou exposição ao HIV coloca às mulheres uma escolha impossível: ou correr o risco de violência por tentar proteger os seus parceiros, ou correr o risco de acusação por não fazê-lo.

As mulheres são mais susceptíveis de serem acusados de infecção pelo HIV: as mulheres são mais susceptíveis de serem apontadas pelos parceiros íntimos, familiares dos parceiros e suas comunidades de “trazer o HIV para o lar” do que os homens, e isso pode resultar na expulsão, ostracismo, perda de propriedade e de herança, e perda da guarda dos filhos. As legislações criminalizando a exposição ou transmissão do HIV só seriam mais uma ferramenta de opressão das mulheres. Isto é especialmente verdadeiro no que se trata da repartição de culpas que ainda é uma parte importante dos sistemas legais formais e costumeiros em relação ao divórcio e herança.

Algumas mulheres podem ser acusadas de transmissão vertical: Algumas leis criminalizando a exposição ou transmissão do HIV são formuladas em termos suficientemente amplos para incluir as mulheres que transmitem o HIV aos seus filhos durante a gravidez ou amamentação. Para milhões de mulheres vivendo com HIV/SIDA - mas muitas vezes recusadas o acesso ao planeamento familiar, aos serviços de saúde reprodutiva ou medicamentos que evitam a transmissão vertical do HIV – isto efectivamente torna a gravidez, desejada ou não, uma ofensa

criminal. Existem muitas formas mais eficazes para prevenir a transmissão vertical do HIV, começando com o apoio aos direitos de todas as mulheres de tomar decisões informadas sobre a gravidez e fornecendo-lhes informações e serviços de saúde sexual e reprodutiva, primeiro prevenindo o HIV nas mulheres e raparigas, evitando a gravidez indesejada entre todas as mulheres, e fornecendo medicação eficaz para prevenir a transmissão vertical do HIV às mulheres seropositivas que pretendem ter filhos.

A criminalização da exposição ou transmissão do HIV também não irá proteger as mulheres e raparigas de coação ou violência que pode transmitir o HIV, incluindo a violação sexual e violação sexual em casamento. De fato, muitos países que já possuem fortes leis contra o estupro não conseguem aplicá-las. Os governos devem cumprir a sua obrigação de promover e proteger o direito das mulheres de serem livres da violência. Em vez de leis adicionais e ineficazes específicas ao HIV que serão usadas contra elas, as mulheres e raparigas têm um direito humano à condenação pontual, eficaz e agressiva de todas as formas de violência baseada no género e de receber medicamentos e outros serviços que irão reduzir o risco de contrair o HIV, incluindo o acesso pontual à profilaxia pós-exposição. É irónico e trágico que em alguns países, penas criminais específicas ao HIV estejam a ser promulgadas como uma forma de proteger as mulheres, ao mesmo tempo em que fazem-se poucos progressos para garantir a igualdade das mulheres e reduzir a violência baseada no género.

6. A formulação e aplicação das leis que criminalizam a exposição e transmissão do HIV é demasiado ampla, e muitas vezes castigam o comportamento que não merece punição

Muitas leis criminalizando a exposição ou transmissão do HIV são mal formuladas ou aplicadas, incluindo o comportamento que a sociedade não tem interesse em punir e colocando pessoas inocentes em risco de condenação. Por

exemplo, algumas leis exigem que as pessoas com HIV informem “todos os [seus] parceiros sexuais” do seu estado serológico, o que significa que podem ser presas por não revelarem o seu estado serológico antes de beijar alguém ou antes de se envolver em outros comportamentos que não transportam nenhum risco de transmissão do HIV. Na prática, tanto no âmbito das novas leis específicas ao HIV como nas amplas penas existentes, as pessoas vivendo com HIV são frequentemente condenadas a prisão por exporem o parceiro sexual ao HIV, mesmo que o risco de transmissão seja mínimo. Por exemplo, numa jurisdição, um homem seropositivo que fez sexo oral num parceiro foi condenado a um ano de prisão nos termos de uma lei de exposição ao HIV, apesar do facto de que o risco de transmissão do HIV foi mínima, senão inexistente, neste caso.

Em países como a África do Sul onde ainda se registam altos níveis de discriminação das pessoas vivendo com HIV, uma lei específica criminalizando a transmissão do HIV nunca pode ser implementada. O HIV seria escondido. A criminalização eliminaria as tentativas de encorajar o teste e revelação voluntária do estado serológico. Além disso, ela irá perpetuar ainda mais o estigma, criando uma sociedade paralela de “nós” e “eles.”

Os fazedores de políticas devem manter a serenidade. Nós é que fomos eleitos para dar liderança e temos que tomar as decisões em prol do interesse supremo de todos os membros da sociedade, independentemente do seu estado serológico.

– Deputada do Parlamento Henrietta Bogopane-Zulu, África do Sul, 2007

Outras leis criminalizam as pessoas que tomam medidas de redução de risco (como usar o preservativo), pessoas que não conhecem o seu estado serológico, ou pessoas que têm sexo consensual depois de revelar o seu estado HIV. Por exemplo, numa outra jurisdição, uma mulher vivendo com o HIV foi condenada nos termos das leis do país específicas ao HIV por ter mantido relações sexuais com o seu companheiro, embora ele soubesse do seu estado de HIV e tivesse usado um preservativo.

Algumas leis até criminalizam as mulheres grávidas punindo qualquer acto que uma pessoa com HIV pode "razoavelmente prever" que irá transmitir o HIV para outra pessoa. Isto significa que uma mulher vivendo com HIV que fique grávida poderia ser sujeita a procedimento criminal. Por exemplo, em várias jurisdições africanas, a formulação da lei é tão ampla que abrange mulheres grávidas que sabem que têm, ou receiam poder ter, HIV. Qualquer coisa que ela faça e que implica a possibilidade de infectar outra pessoa - por exemplo, através do parto ou amamentação - a lei poderia considerá-la culpada, mesmo que seu o bebé não fique infectado.

Há ainda outras leis que criminalizam qualquer "omissão" que resulta na transmissão do HIV, o que significa que não fazer o teste de HIV para conhecer o estado serológico poderia ser considerado uma ofensa criminal – independentemente de se saber se havia ou não o teste de HIV.

7. As leis criminalizado a exposição e transmissão do HIV muitas vezes são aplicadas injustamente, selectivamente e ineficientemente

Não é surpreendente pois que onde existem disposições criminais específicas ao HIV se sejam muito poucos os casos reais de exposição ou de transmissão do HIV que são julgados. O amplo poder de discricção relativamente aos casos que são julgados da grande espaço para julgamentos selectivos e arbitrários.

Risco de repressão selectiva ou arbitrária: Dado o estigma que ainda rodeia o HIV e a persistência da discriminação associada ao HIV, as sanções penais são muitas vezes desproporcionalmente dirigidas aos que são social e/ou economicamente marginalizados. Por exemplo, numa jurisdição um homem sem-abrigo vivendo com HIV foi condenado a 35 anos de prisão pelo facto de ter cuspidido ao agente da polícia que o estava prendendo por conduta desordeira. Muitos outros casos sugerem que o direito penal é invocado em circunstâncias sensacionais, muitas vezes em relação aos mais marginalizados e estigmatizados na sociedade, incluindo os imigrantes e refugiados, estrangeiros, ou trabalhadoras do sexo e, ocasionalmente, em resposta às campanhas emocionais dos média.

Probabilidade de condenação sem provas suficientes: Provar que a pessoa acusada era seropositiva aquando da suposta ofensa, bem como provar que infectou o outro e quando, é um grande desafio. Numa relação sexual, a pessoa sendo acusada de transmitir o HIV provavelmente será a pessoa que primeiro soube do seu estado serológico, não necessariamente a que foi infectada primeiro. Mesmo que a pessoa sendo acusada tivesse sido infectada primeiro, poderia ter sido uma terceira pessoa que na verdade infectou a ela ou ao seu parceiro sexual. Para provar a culpa, são necessárias provas científicas sobre a transmissão da pessoa acusada. Nos últimos anos, nos contextos onde existem recursos, os magistrados resolvendo casos de transmissão do HIV cada vez mais têm recorrido ao “teste filogenético”, que procura estabelecer uma relação genética entre o vírus do HIV das duas partes. Todavia, essas provas apenas demonstram semelhanças no vírus, nada provando sem dúvida razoável sobre a fonte do vírus. Tais provas técnicas e as suas limitações não são bem compreendidas pela polícia, procuradores, advogados de defesa, tribunais, meios de comunicação, ou pessoas vivendo com HIV ou organizações de resposta ao HIV. Além disso, é bastante caro aplicar o teste filogenético e, portanto, insustentável em muitos países com poucos recursos. Como resultado de todos estes factores, há um considerável potencial para uma condenação de pessoas sem provas suficientes.

Invasão à privacidade: Em vários casos, a confidencialidade dos registos médicos conservados por profissionais de saúde ou conselheiros tem sido violada numa tentativa de estabelecer estado serológico de alguém durante um julgamento. Essa violação da confidencialidade pode diminuir a vontade das pessoas seropositivas de discutir os com os conselheiros sobre os comportamentos de risco, aceitar fazer o teste e aconselhamento de HIV, ou procurar tratamento de outras infecções de transmissão sexual que aumentam o risco da transmissão do HIV.

8. Leis criminalizando a exposição e transmissão do HIV ignoram os reais desafios da prevenção do HIV

Em vez de aplicar o direito penal à exposição e transmissão do HIV, os governos devem demonstrar vontade política, dedicar recursos, implementar programas informados por evidências a fim de assegurar serviços de prevenção de HIV para todos os que deles necessitam. Em alguns países, os governos estão relutantes em implementar medidas eficazes de prevenção baseadas em direitos humanos que podem ser controversas ou de uso intensivo de recursos - como o aumento gradual do teste e aconselhamento do HIV, protecção da igualdade de direitos da mulher e redução da violência contra elas, melhoria dos cuidados de saúde sexual e reprodutiva, provisão de serviços compreensivos de prevenção da transmissão vertical, aumento do acesso a tratamentos eficazes de HIV, e criação de programas de redução de danos no caso de uso de droga injectáveis. A aplicação do direito penal à exposição ou transmissão do HIV, na verdade, passa toda a responsabilidade da prevenção do HIV para as pessoas vivendo com HIV em vez de recorrer a métodos comprovados para capacitá-las a evitar a subsequente transmissão do HIV e capacitar outras pessoas para se protegerem da infecção.

Essa tática afecta negativamente particularmente as mulheres e meninas, para quem a criminalização transmissão do HIV é um mau substituto da adopção e aplicação de leis e políticas que abordem as suas desigualdades sociais e económicas, bem como que as protejam da violência baseada no género.

Concentrar-se no direito penal às vezes resulta em menos atenção à medidas que realmente contribuem para a prevenção da infecção do HIV, tais como:

- Educação sexual e sobre o HIV/SIDA compreensiva e apropriada à idade dos jovens,
- integração da prevenção do HIV em serviços abrangentes de cuidados de saúde sexual reprodutiva,
- maior acesso aos serviços de teste e aconselhamento do HIV, tratamento e de apoio,
- maior acesso aos preservativos masculinos e femininos, à profilaxia pós-exposição, às seringas esterilizadas, e à outros

métodos de redução do risco de transmissão do HIV entre as pessoas sexualmente activas ou que injectam drogas, incluindo o acesso à terapia anti-retroviral eficaz para as pessoas que vivem com o HIV para reduzir o nível de infecção (recentemente, especialistas clínicos de HIV da Suíça apresentaram uma declaração de consenso segundo a qual “os

A República das Maurícias decidiu não criminalizar a exposição do HIV ou mesmo a transmissão do HIV. Os legisladores constataram que a legislação criminalizando a exposição e/ou transmissão do HIV não suportaria os preceitos constitucionais, devido as dificuldades com prova, a provável vagueza da definição de exposição, e o risco de acusações e julgamentos selectivos. A principal razão da não criminalização da transmissão do HIV foi, todavia, a preocupação com os impactos nefastos na saúde pública e a convicção de que não serviria os interesses de prevenção. A criminalização criaria mais problemas do que resolvê-los. Assim, as Maurícias decidiram colocar os seus recursos onde poderão criar impactos mais positivos na redução da propagação do HIV: aumento do financiamento ao teste de HIV e aconselhamento e em medidas de prevenção informadas por evidências.

– Rama Valayden, Procurador-Geral e Ministro da Justiça e Direitos Humanos da República das Maurícias, 2007

indivíduos com HIV em terapia anti-retroviral eficaz e sem infecções de transmissão sexual não são sexualmente infecciosos"),

- melhoria dos programas de prevenção, e
- programas que abordam algumas das causas fundamentais da vulnerabilidade à infecção do HIV, incluindo a violência baseada no gênero, desigualdades de gênero e discriminação, estigma e discriminação do HIV, e uso de drogas.

A alocação de recursos limitados aos processos judiciais no lugar de medidas de prevenção do HIV que funcionam e em programas destinados a abordar as causas subjacentes, é um mau uso de recursos.

9. Em vez de introduzir leis criminalizando a exposição e transmissão do HIV, os legisladores devem reformar as leis que dificultam a prevenção e tratamento do HIV

A lei pode ser um poderoso instrumento na abordagem do HIV – quando é usada para capacitar as pessoas vulneráveis à infecção pelo HIV e garantir seu acesso aos serviços, e não para castigá-las, criar maior vulnerabilidade, ou afastá-las ainda mais dos serviços de HIV. Na maioria dos países, remoção de obstáculos legais à prevenção, tratamento, cuidados e apoio são medidas essenciais que os legisladores devem tomar para fazer face à epidemia. Leis críticas são as que proíbem a discriminação das pessoas vivendo com HIV; garantem a reparação contra qualquer forma de violência, incluindo a violência baseada no gênero; e garantem a igualdade de acesso aos serviços de HIV.

Em vez de aplicar a lei penal à transmissão do HIV, os governos deveriam expandir os programas que provaram ser eficazes na redução da transmissão do HIV protegendo, ao mesmo tempo, os direitos humanos das pessoas vivendo com o HIV e as que são seronegativas.

- Nota Política da ONUSIDA: Criminalização da Transmissão do HIV, 2008

Os legisladores podem também trabalhar para reformar as leis que impedem a prevenção do HIV. Por exemplo, muitas das pessoas que estão em maior risco de HIV - especialmente as pessoas que usam drogas, trabalhadoras de sexo e homens que fazem sexo com homens - são afastados dos serviços de HIV pelo receio de prisão no âmbito das leis anti-droga, anti-prostituição e anti-sodomia. Medidas punitivas pelo uso de drogas, trabalho sexual e homossexualidade agravam o estigma e ódio contra estes grupos socialmente marginalizados, obrigando-os a se esconderem ainda mais e afastando-os dos serviços de prevenção, tratamento e mitigação do impacto do HIV e do SIDA.

Em vez de aprovar mais leis penais, os legisladores deviam:

- aprovar legislação protegendo a igualdade de direitos da mulher e o seu direito de ser livre de violência, e disponibilizar recursos para a implementação efectiva dessas leis;
- eliminar as barreiras legais do uso do preservativo e à educação compreensiva, apropriada à idade e serviços de saúde sexual e reprodutiva, incluindo a profilaxia pós-exposição, programas de agulhas e seringas, tratamento eficaz da toxicod dependência (incluindo os a substituição de opióides com metadona e buprenorfina) e outras estratégias baseadas em evidências concebidas para reduzir o risco de HIV;
- aprovar e aplicar leis anti-discriminatórias abrangentes que protejam as pessoas que de facto vivem com HIV ou se presume que vivam com HIV e SIDA ou em risco de infecção, e disponibilizar os recursos necessários para implementar eficazmente tais leis;
- rever e, se necessário, revogar leis que criminalizam ou marginalizam ainda mais os grupos vulneráveis, como as trabalhadoras do sexo, pessoas que usam drogas e homens

A Descriminalização, e não mais criminalização, é o que precisamos.
- Michael Kirby, Juiz do Tribunal Supremo da Austrália, 2007

que têm sexo com homens, que criam barreiras à eficácia dos serviços de prevenção e tratamento do HIV;

- Reformar as práticas policiais dirigidas aos grupos vulneráveis de assédio, abuso e violência;
- garantir o tratamento de todas as pessoas vivendo com HIV; e,
- envolver representantes das comunidades e cientistas no processo de formulação de leis para assegurar que a legislação sobre o HIV seja baseada nas melhores evidências científicas e médicas e não receios e estigma inadequados.

10. As respostas ao HIV baseadas nos direitos humanos são as mais eficazes

Agora, mais do que nunca, é necessária maior atenção aos direitos humanos nas respostas nacionais ao HIV. A criminalização generalizada à exposição e transmissão do HIV ameaça as respostas ao HIV baseadas em direitos humanos que capacitam as pessoas a evitar a infecção ou viver positivamente com o HIV.

Os direitos humanos enfatizam a dignidade - incluindo a liberdade sexual - de todas as pessoas, e criam as condições em que elas podem fazer escolhas saudáveis, responsáveis e seguras sobre sua saúde e a sua vida.

Essas condições incluem o direito a uma informação completa e correcta, o direito aos instrumentos e tecnologias para a prevenção abrangente do HIV, e o direito a fazer escolhas responsáveis sobre comportamentos íntimos tais como o sexo consensual e a reprodução.

Elas incluem a liberdade da violência, de agressões à integridade física, de qualquer outra forma de violação conjugal ou de todas as formas de coerção sexual.

Elas incluem a liberdade contra a prisão arbitrária, discriminação, detenção, e violência baseadas nas leis criminalizando o trabalho sexual, uso de drogas e sodomia.

Elas incluem a igualdade de acesso à propriedade e herança, de modo a que as mulheres e crianças não sejam empurradas para a pobreza e maior vulnerabilidade ao HIV em virtude do falecimento do seu cônjuge ou da dissolução do casamento.

A obrigação da sociedade não é condenar, mas sim de criar as condições em que escolhas de comportamento seguro tornam-se racionais e desejáveis. O uso indiscriminado de estatutos e acusações criminais específicas ao HIV produz resultados contrários.

- Scott Burris, Docente de Direito na Temple Law School, e Juiz Edwin Cameron, 2008

Só quando estas condições estiverem reunidas - quando todos os homens, mulheres e jovens são forem capazes de tomar decisões informadas e ter acesso aos bens e serviços que lhes capacitam a tomar medidas sobre estas decisões – a propagação do HIV poderá ser eficazmente reduzida. Em contrapartida, salvo nos casos em que os indivíduos ajam especificamente com a intenção de fazer mal, a criminalizando da exposição ou transmissão do HIV não pode ser justificada pois ela não empodera as pessoas a evitar a infecção do HIV e, na verdade, pode dificultar ainda mais fazê-lo, pondo assim em risco a saúde pública e os direitos humanos.

Para mais informações:

Amnesty International. Health and Human Rights Policy Paper Series. Criminalisation of HIV Transmission – Key Issues. London, 2008.

AIDS and Rights Alliance of Southern Africa & Open Society Initiative for Southern Africa. Report on the ARASA/OSISA civil society consultative meeting on the criminalisation of the willful transmission of HIV – 11&12 June 2007. Windhoek, 2007. Available at <http://www.arasa.info/publications.php>.

Burris S, L Beletsky, J Burleson, P Case, Z Lazzarini. Do Criminal Laws Influence HIV Risk Behavior? An Empirical Trial. *Az. St. L. J.* 2007; 39: 467. Available at <http://ssrn.com/abstract=977274>.

Burris S, Cameron E. The Case Against Criminalization of HIV Transmission. *JAMA* 2008; 300(5), 578-581.

Cameron E, Burris S, Clayton M. HIV is a virus, not a crime. *HIV/AIDS Policy & Law Review* 2008; 13(2/3).

Canadian HIV/AIDS Legal Network. A Human Rights Analysis of the N'djamena Model Legislation on AIDS and HIV-specific Legislation in Benin, Guinea, Guinea Bissau, Mali, Niger, Sierra Leone and Togo. Toronto, 2007.

Canadian HIV/AIDS Legal Network. Criminal law and HIV. Info sheets. Toronto, 2008. Available in English and French at <http://www.aidslaw.ca/publications/publicationsdocEN.php?ref=847>.

Edwin J Bernard Blog: Criminal HIV transmission: A collection of published news stories and opinion about so-called “HIV crimes.” Available at <http://criminalhivtransmission.blogspot.com>.

Global Network of People Living with HIV/AIDS Europe and Terrence Higgins Trust. Criminalisation of HIV transmission in Europe. London, 2008. Available at www.gnpplus.net/criminalisation/rapidscan.pdf.

International Community of Women Living with HIV/AIDS. ICW concerned over trend to criminalize HIV transmission. Available at www.icw.org/node/354.

International Planned Parenthood Federation, International Community of Women Living with HIV/AIDS, Global Network of People Living with HIV/AIDS. Verdict on a Virus. Public Health, Human Rights and Criminal Law. London, 2008.

International Planned Parenthood Federation, World AIDS Campaign, United Nations Population Fund, Global Youth Coalition on HIV/AIDS. The criminalisation of HIV. 2008.

Inter-Parliamentary Union. Paragraphs 14-18 on “criminalization of transmission” in: Final conclusions of the First Global Parliamentary Meeting on HIV/AIDS. Parliaments and Leadership in Combating HIV/AIDS. Manila, Philippines, 28-30 November 2007. Available at <http://www.ipu.org/splz-e/haids07.htm>.

Inter-Parliamentary Union, UNAIDS, UNDP. Chapter 13: A controversial issue: HIV transmission/exposure offenses. In: Taking Action against HIV. Handbook for Parliamentarians No 15. Geneva, 2007. Available in English, French, and Spanish at <http://www.ipu.org/english/handbks.htm#aids07>.

UNAIDS. Criminal Law, Public Health and HIV Transmission: A Policy Options Paper. Geneva, 2002. Available at www.unaids.org.

UNAIDS. *UNAIDS recommendations for alternative language to some problematic articles in the N'Djamena model legislation on HIV/AIDS (2004)*. Geneva, 2008. Available at http://data.unaids.org/pub/Manual/2008/20080912_alternativelanguage_ndajema_legislation_en.pdf or <http://www.icw.org/node/354>.

UNAIDS & UNDP. Summary of main issues and conclusions. International Consultation on the Criminalization of HIV Transmission, 31 October - 2 November 2007. Geneva, 2008.

UNAIDS/UNDP. Criminalization of HIV Transmission. Geneva, 2008. Available at http://data.unaids.org/pub/BaseDocument/2008/20080731_jc1513_policy_criminalization_en.pdf.

Vernazza P et al. Les personnes séropositives ne souffrant d’aucune autre MST et suivant un traitement antirétroviral efficace ne transmettent pas le VIH par voie sexuelle. Bulletin des médecins suisses 2008; 89(5).

Weait M. Glasshouse, Intimacy and Responsibility: The Criminalisation of HIV Transmission. London and New York: Routledge-Cavendish, 2007.

WHO Europe. 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, 2006. Available at: http://www.keele.ac.uk/research/lpj/Law_HIV-AIDSPROJECT/WHOCrimconsultation_latest.pdf.

Copyright © 2008 by the Open Society Institute and UNDP. All rights reserved.

Para mais informações, contactar:

O presente documento *10 razões para se opor à criminalização da exposição ou transmissão do HIV* foi escrito por Ralf Jürgens, Jonathan Cohen, Edwin Cameron, Scott Burris, Michaela Clayton, Richard Elliott, Richard Pearshouse, Anne Gathumbi, e Delme Cupido, com base em trabalhos anteriores de várias organizações, incluindo a Canadian HIV/AIDS Legal Network, o Programa Conjunto das Nações Unidas sobre HIV/SIDA (UNAIDS/ONUSIDA), e a Organização das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), a SIDA e AIDS & Rights Alliance for Southern Africa (ARASA), a Open Society Initiative for Southern Africa, e a Open Society Initiative for East Africa.

Os autores agradecem o trabalho destas e de outras organizações e pessoas que levaram a cabo o trabalho sobre a questão da criminalização da transmissão e exposição ao HIV. O desenvolvimento deste documento teve o apoio financeiro da Iniciativa de Lei e Saúde do Programa de Saúde Pública do Open Society Institute e do PNUD. O Conselho Internacional de Redes de Organizações de Combate ao SIDA (International Council of AIDS Service Organizations - ICASO), AIDS & Rights Alliance for Southern Africa, a Federação Alemã de Combate ao SIDA, o Instituto AIZHIXING de Pequim, e a Liga Italiana de Combate ao SIDA apoiaram as traduções para Espanhol, Português, Alemão, Chinês e Italiano, respectivamente. A contribuição financeira do PNUD para a elaboração do documento é reconhecida, mas o seu conteúdo e ideias nele contidos não são da responsabilidade do PNUD.

10 razões para se opor à criminalização da exposição ou transmissão do HIV foi aprovado por várias organizações de todo o mundo, incluindo:

Secretariado da ActionAid International, África do Sul(www.actionaid.org)
Advocates for Youth, Estados Unidos (www.advocatesforyouth.org)
AIDES, França (www.aides.org)
AIDS & Rights Alliance for Southern Africa, Namíbia (www.arasa.info)
Aids Fonds, Holanda(www.aidsfonds.nl)
AIDS Hilfe Schweiz (Federação Suíça para o SIDA), Suíça (www.aids.ch)
Amnistia Internacional (www.amnesty.org)
Asia Pacific Network of People Living with HIV/AIDS (www.apnplus.org)
Ave de Mexico, Mexico (www.avedemexico.org.mx)
Beijing AIZHIXING Institute, China (www.aizhi.org/en)
Botswana Network on Ethics, Law and HIV/AIDS, Botswana (www.bonela.org)
Canadian HIV/AIDS Legal Network, Canadá (www.aidslaw.ca)
Center for Reproductive Rights, Estados Unidos (www.reproductiverights.org)
Coalition des organismes communautaires québécois de lutte contre le sida, Canadá (www.cocqsida.com)
Community HIV/AIDS Mobilization Project (CHAMP), Estados Unidos (www.champnetwork.org)
Deutsche AIDS Hilfe e.V. (German AIDS Federation), Alemanha (www.aidshilfe.de)
Estonian Network of PLWH, Estónia (www.ehpv.ee)
European AIDS Treatment Group (www.eatg.org)
Forum for Youth Organizations in Zambia, Zâmbia (<http://zambia.jhuccp.org/about/response.php>)
Global Coalition of Women against AIDS in Uganda, Uganda
Global Network of People Living with HIV (www.gnpplus.net)
HIV Europe (www.hiveurope.org)
Human Rights Watch (www.hrw.org)
Hungarian Civil Liberties Union, Hungria (www.tasz.hu)
International AIDS Society (www.iasociety.org)
International Community of Women Living with HIV/AIDS (www.icw.org)
International Council of AIDS Service Organizations (www.icaso.org)
International HIV/AIDS Alliance (www.aidsalliance.org)
International Planned Parenthood Federation (www.ippf.net)
International Women's Health Coalition (www.iwhc.org)
Lega Italiana per la Lotta contro l'AIDS (Liga Italiana de Combate ao SIDA), Itália (www.lila.it)
National AIDS Trust, Reino Unido (www.nat.org.uk)
Polish National Network of PLWHA "SIEC PLUS," Polónia (netplus@netplus.org.pl)
Q-Club, Sérvia (www.q-club.info)
Red Mexicana de Personas que viven con VIH SIDA, México (www.redmex.org)
Terrence Higgins Trust, Reino Unido (www.tht.org.uk)
The ATHENA Network (www.athenanetwork.org)
Treatment Action Campaign, África do Sul
Treatment Monitor, Health Systems Trust, África do Sul (www.hst.org.za)
UN Plus (www.unplus.org)
Women Won't Wait. End HIV and Violence Against Women Now. Campanha (www.womenwontwait.org)
World AIDS Campaign (www.worldaidscampaign.org)

Para uma lista mais actualizada das organizações que aprovaram a declaração, vide www.soros.org/health/10reasons.