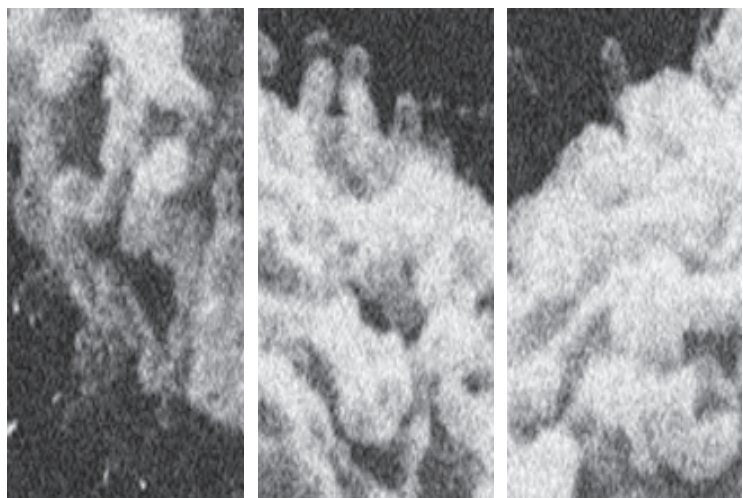


dossiê aids





ANTONIO LUIS CHAVES CAMARGO

Aids e direito penal: aspectos gerais

INTRODUÇÃO

O direito penal brasileiro, na atualidade, está repleto de antinomias e desencontros. Não há um debate amplo sobre seus preceitos ou seus institutos e tudo o que surge de avançado, na Europa, em especial na Alemanha, é considerado surrealista e inaplicável ao sistema penal brasileiro. Quer parecer que o Brasil tem uma sociedade diferenciada, e seus problemas são de outra ordem.

Ocorre, entretanto, que a complexidade do mundo moderno não mais permite soluções de um saturado direito penal clássico, uma vez que a Constituição Federal, de 1988, no seu artigo 1º, acolheu o Estado Democrático de Direito, que tem como um dos fundamentos a dignidade da pessoa humana.

O direito penal deixa de ser, portanto, o meio de direcionar o comportamento social, de punir os desvios morais, ou religiosos,

Na página anterior e nas seguintes, detalhes de *O Juízo Universal*, de Michelangelo

ANTONIO LUIS CHAVES CAMARGO
é professor da USP e da Universidade Metodista de Piracicaba (Unesp).

para tornar-se a *ultima ratio* de intervenção do Estado na intimidade ou na vida privada do cidadão.

O reflexo dessa linha de pensamento, quando se trata de analisar o problema da Aids, no meio social é intenso e nos deixa perplexos diante das respostas até agora apresentadas para a questão, todas eivadas de moralismo piegas ou superficialidade que de nada resolve as indagações dos indivíduos ou da própria sociedade.

Neste artigo, procuraremos analisar alguns aspectos gerais da Aids e direito penal, para, pelo menos, apresentarmos pontos que possam ser melhor debatidos, não só pela sociedade, como também pelos juristas, sempre salientando que não é a via repressiva a que melhor se apresenta para diminuir os efeitos desta nova doença, que nos atemoriza.

A Aids, abreviatura da sigla inglesa *Acquired Immune Deficiency Syndrome*, mereceu, na Alemanha, estudos amplos, diante da preocupação, naquele país, com a dignidade da pessoa humana e com os direitos individuais garantidos pela Lei Fundamental.

No âmbito civil as soluções são mais simples, diante da possibilidade de ressarcimento de danos, inclusive morais, o que, no geral, leva a uma definição das questões. Sob o aspecto penal, entretanto, os caminhos não são fáceis, isto porque o mesmo não serve de instrumento eficaz para combater a transmissão do vírus HIV que, atualmente, extrapolou os denominados “grupos de risco”, para ser uma doença comportamental, em que o consentimento válido dos envolvidos retira qualquer antijuridicidade da ação.

O direito penal reassume seu caráter *fragmentário* no Estado Democrático de Direito e, nesse aspecto, a questão da Aids mais se apresenta como a *ultima ratio* da intervenção do Estado na vida privada ou na intimidade.

No Brasil, o problema ainda está para ser discutido de forma adequada, sendo pouca a importância dedicada pelos juristas ao tema. Na maioria das vezes, e seguindo uma tendência inadequada de

criminalização para combater a criminalidade, além da exacerbação de penas, como forma de dissuasão do criminoso, coloca-se a transmissão da Aids simplesmente como tentativa de homicídio ou homicídio consumado (1).

Ignora-se toda a doutrina moderna, que trata da tipicidade penal, esquecendo-se, ainda, do princípio de culpabilidade que orienta a Parte Geral do Código Penal de 1984. Assim, pretendemos demonstrar quais os inconvenientes dessa postura radical, e quais as conseqüências, para o indivíduo e para a sociedade, da utilização do direito penal, ainda com base no positivismo jurídico do século passado. Podemos anteciper que muito existe por fazer nesse campo e, através de artigos especializados, poderemos abrir os debates para uma conclusão rápida para um problema que nos aflige de forma contundente e que merece soluções rápidas e coerentes com os dispositivos constitucionais vigentes.

TIPICIDADE

A ação de transmitir a Aids, pelos meios até o momento definidos como possíveis (contato sexual, instrumentos contaminados com o vírus, atividades perigosas ou de risco, utilização de seringas, em grupo, por drogados, etc.), determina uma dúvida quanto à consideração típica dessa conduta: homicídio, tentativa de homicídio, lesão corporal ou crime de periclitamento da vida ou da saúde.

O direito penal moderno tem por fim a proteção do bem jurídico, sob o prisma de um critério positivo que justifique as decisões criminalizadoras, com um mandato para tipificar condutas, deixando o critério negativo que teve originalmente, quando analisado sob o ângulo do direito clássico, como nos informa Hassemer (2).

No caso da Aids, há de ser definido qual o bem jurídico protegido, para, em seguida, formular-se tipicamente quando e onde deve ser considerado crime a transmissão do vírus, e em que condições pode-se elaborar a descrição típica, uma vez que as

1 Damásio Evangelista de Jesus, em *Direito Penal – Parte Especial* (2^a vol., São Paulo, Saraiva, 1991, p. 137), afirma: “se houver intenção de o sujeito matar a vítima por intermédio da transmissão da doença, responderá por homicídio tentado ou consumado. Se o sujeito, não praticando o fato com dolo de homicídio, realizar o ato tendente ao contágio, vindo a vítima a falecer em conseqüência da contaminação, responderá por lesão corporal seguida de morte (CP, art. 129, par. 3^o). Por esse crime também responde o sujeito que se conduz com dolo eventual em relação ao contágio. Se o sujeito agir com culpa em relação à transmissão da moléstia grave, responderá por homicídio culposo”.

2 Winfried Hassemer, *Produktverantwortung im modernen Strafrecht*, Heidelberg, C. F. Müller Juristischer Verlag, 1994, pp. 6-7.

contidas no atual Código Penal brasileiro não possibilitam o ajuste no que, até o momento, foi admitido como válido.

Assim, antes de examinarmos, especificamente, o problema da tipicidade, devemos lembrar algumas características que envolvem as condutas tanto do agente, como de uma pretensa vítima, quando se trata de crime envolvendo o vírus HIV.

A primeira, e mais importante questão, é a relacionada com o consentimento. A Constituição Federal de 1988 tem, como um dos fundamentos, a dignidade da pessoa humana, permitindo a todo ser humano exercer sua personalidade jurídica da forma mais ampla possível, cabendo ao Estado o respeito incondicional à mesma, eliminando todos os obstáculos que possam restringir a existência do homem, de acordo com a sua consciência social. Assim, várias situações podem ser enumeradas quanto ao reconhecimento dessa dignidade humana, no que se refere à intervenção do direito penal na relações da vida privada ou na intimidade (direitos fundamentais acolhidos, também, na Constituição Federal) (3). Examinaremos, neste ponto, o contato humano, através do relacionamento sexual, para, em seguida, quando tratarmos do elemento subjetivo do tipo, analisar os outros aspectos possíveis da conduta capaz de transmitir o vírus HIV.

a) Agente portador do vírus que mantém relação sexual com o consentimento do ofendido.

Imaginemos a situação de uma pessoa, portadora do vírus HIV, oriunda de um denominado “grupo de risco” e que mantém relação sexual com seu parceiro, sem comunicar sua situação.

Caso o parceiro conheça o sistema de vida do agente e seja consciente do risco, não poderá alegar desconhecimento da possibilidade de contaminação, uma vez que cria ou incrementa para si próprio o risco pelo resultado *a posteriori*.

No caso, o consentimento responsável, sem a exigência de qualquer precaução, exclui a tipicidade, não se podendo falar em autoria, porque está fora de análise o elemento subjetivo do autor do fato.

b) O autor, que poderia prever ser portador do vírus HIV, porque tem uma vida de alto risco, mas não tem certeza de sua situação, mantém relação sexual com a vítima com o consentimento responsável desta.

Estamos, mais uma vez, diante de uma situação que foge ao âmbito de proteção do direito penal, isso porque a possível transmissão do vírus HIV à vítima ocorreu por conta e risco da mesma, fora, portanto, do

3 Constituição Federal de 1988, artigo 5º.





âmbito do direito penal.

Saliente-se que, no caso, estamos falando de consentimento válido do ofendido, não do menor irresponsável ou do débil mental, quando, nesses casos, poderíamos atribuir um dolo eventual ou culpa consciente por parte do autor.

Como veremos mais adiante, está fora

de cogitação falar-se em lesão corporal ou tentativa de homicídio, ou homicídio, caso a vítima venha a morrer. Na atual legislação brasileira o que se aplica à matéria de Aids é somente o artigo 131 do Código Penal de 1940. Acrescente-se, ainda, que a simples cooperação do ofendido, no momento atual, com toda a propaganda

esclarecedora presente nos meios de comunicação, não pode ser objeto de direito penal. O moralismo clássico dos períodos anteriores da dogmática penal é incompatível com o direito penal do Estado Democrático de Direito.

c) O autor, conhecendo ser portador do vírus HIV, ou pertencendo a um grupo de risco, ou podendo supor que, pela sua vida, é provável que tenha adquirido o vírus, mantém relação sexual com a vítima, forçando-a ou viciando seu consentimento.

Entendo, mais uma vez, não ser possível a caracterização de crime contra a vida ou a integridade corporal (artigos 121 e 129 do Código Penal brasileiro), isso porque não se admite a punição de uma conduta cujo resultado, para fins de classificação típica, seja retardado, ou o dano social não seja apurável pela incerteza de que possa ocorrer efetivamente. De fato, como punir penalmente o agente, se não se sabe qual o dano social causado, uma vez que os efeitos ou reflexos de autuação do vírus surgirão somente com o tempo e, no caso, pode decorrer lapso capaz de ser atingido pela prescrição. A atual sistemática do direito penal brasileiro não admite que se fale de um crime de resultado, mas somente de perigo, o que seria possível com base no artigo 131 do mesmo Código Penal.

Outra hipótese é que entre a ação e o resultado final haja resultados intermediários, o que não permitiria a reabertura do processo, uma vez que não há revisão criminal em favor do Estado. Assim, determinada pessoa, na situação descrita, seria contaminada pelo vírus HIV e, decorrido algum tempo, sofreria lesões corporais em razão do mesmo. Condenado o agente por lesões corporais, anos após, a vítima viria a morrer. Não há como reabrir-se o processo e punir o mesmo agente por lesão corporal seguida de morte, pois haveria uma afronta à coisa julgada, o que seria inadmissível no direito penal ou processo penal.

Nesse sentido a lição de Schüneman (4),

que afirma, sob o ponto de vista dogmático, que se deve excluir do contexto de situações típicas os resultados tardios, pois estas consequências fogem do controle do autor e sua manutenção é imprevisível para a sociedade.

Outras situações semelhantes poderiam ser indicadas, agora em outro âmbito, também comum no nosso meio, que é o consumo de drogas injetáveis. Nessas condições, a interferência do direito penal também se torna difícil ou, em algumas situações, impossível, na atual sistemática penal.

a) Num grupo de drogados, o uso comum de seringas infectadas, que são utilizadas pelos seus componentes com consentimento válido.

No caso, a participação no grupo, para se autodrogar, sem qualquer prevenção no uso de seringas, exclui a possibilidade de qualquer punição se ocorrer a transmissão do vírus HIV. Há uma participação efetiva do ofendido (aquele que foi contaminado) e a autolesão não é punível. Nessas condições, não podemos aplicar o direito penal àquele que se utilizou da seringa em primeiro lugar e a contaminou, porque não existe autoria mediata ou direta nos crimes de autolesão.

O ofendido, no caso, não só criou o risco, como também o incrementou, não podendo alegar desconhecimento ou crença na inexistência de risco, diante dessa situação socialmente divulgada e combatida pelos órgãos de saúde pública.

b) A transmissão ocorre com o consentimento do ofendido, conhecedor do risco.

Apesar de não pertencer a um grupo de risco, aquele que se dispõe a drogar-se, como experiência, por via endovenosa e desconhece que o autor, que não o avisou, participava de um grupo de drogados, de igual modo, cria seu próprio risco.

No caso, o direito penal do Estado Democrático de Direito nada tem a interferir na privacidade das pessoas. Sendo uma

4 Bernd Schüneman, "I Problemas Jurídicos Penais con SIDA", in *Problemas Jurídicos Penais del SIDA*, coordenação e tradução de Santiago Mir Puig, Barcelona, J. M. Bosch, 1993, p. 26.

atitude de risco a utilização de seringas já usadas por outra pessoa, aquele que se dispõe, mesmo que por experiência, a drogar-se, correndo o risco de contaminação, deve responder pelas conseqüências.

O que nos deixa perplexos, no momento, é a nossa impossibilidade de tipificar condutas, numa exigência do direito penal moderno que é a clareza formal e a restrição do âmbito de proteção das normas. O problema de tipicidade somente será resolvido quando houver um estudo específico sobre o assunto e os tipos penais possam conter todos os seus elementos de forma precisa, não deixando margem de aplicação retributiva ou de castigo, como ocorre na atualidade na nossa justiça penal.

RELAÇÃO DE CAUSALIDADE

Quando falamos em criação de risco, incremento de risco ou âmbito de proteção das normas penais, para muitos, no Brasil, parecerá estranho. De fato, lamentavelmente, ainda seguimos à risca o figurino positivista-jurídico neokantiano, com desprezo total pela teorias mais modernas do direito penal. Assim ocorre, também, com a questão da relação de causalidade. O artigo 13 do Código Penal brasileiro dispõe o seguinte:

“o resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido”.

“par. 1º – a superveniência da causa relativamente independente exclui a imputação quando, por si só, produziu o resultado; os fatos anteriores, entretanto, imputam-se a quem os praticou”.

Essa denominada teoria da *conditio sine qua non*, ou equivalência das condições, de origem causalista, determina que haja imputação do fato ao autor, sempre que se prove ter sido este o causador do resultado.

Não custa lembrar que o dolo e a culpa, na dogmática brasileira, estão na culpabilidade, e não na ação, como ocorre a partir do finalismo até as teorias mais modernas.

Nessas condições, havendo um resultado através de um raciocínio lógico-formal, chega-se ao autor e, pura e simplesmente, à adequação típica, restando, como conclusão, a aplicação de uma pena, tendo em vista a intensidade do dolo ou da culpa. Exige-se, apenas, a voluntariedade do ato para que se deduza pela prática de um crime. Somente as ações inconscientes ou por força irresistível podem ou são capazes de excluir a responsabilidade pelo resultado.

Na Alemanha, berço da filosofia e do direito penal moderno, desde 1927, com Larenz (5), e 1930, com Honig (6), percebeu-se a inadequação da teoria da equivalência das condições, e outras da causalidade, para justificar todas as situações de responsabilidade pelo resultado em direito penal. Assim, propuseram, cada um desses autores, a inclusão de um elemento valorativo na análise dessa relação de causalidade, ligado à capacidade de o sujeito reconhecer o efeito de determinadas causas e à faculdade de intervir nesse acontecimento, imprimindo-lhe uma direção desejada.

A partir dessas propostas, a teoria da imputação objetiva foi acolhida, na Alemanha, como fato consumado, havendo divergências apenas na formulação de seus elementos e na análise destes para tipificar o fato. Dessa maneira, surgem as correntes diversas, tais como a de Welzel (finalidade como critério de imputação ontologicamente fixado), a de Claus Roxin (criação, implementação do risco na realização do resultado e âmbito de proteção da norma), Jakobs (a exclusão do tipo pelo risco permitido), etc.

Diante da brevidade de anotações do tema, não há como discorrer sobre essa teoria. O importante é anotar que, no caso de transmissão do vírus HIV, a equivalência das condições não atende a todos os casos, exigindo que se aplique a imputação objetiva (*objektive Zurechnung*), por tratar, como veremos, de crime de perigo, como única forma de entender o desvalor da ação.

5 Karl Larenz, *Hegelszurechnungslehre und der Begriff der objektive Zurechnung*, Leipzig, 1927.

6 Richard Honig, “Kausalität und objektive Zurechnung”, in *Festschrift für Frank*, Tomo I, Tübingen, 1930, pp. 174 e segs.

BEM JURÍDICO PROTEGIDO

As questões relacionadas com a transmissão do vírus HIV são, sob qualquer ângulo, de difícil compreensão para o jurista, em especial para o jurista penal. A partir do momento que foi adotado, no Brasil, o Estado Democrático de Direito (7), deveriam ter sido observados os princípios que orientam o direito penal nessa forma de Estado. Assim, a *ultima ratio*, a subsidiariedade e a fragmentariedade determinam que o direito penal tenha como missão a exclusiva proteção do bem jurídico. Este se apresenta de forma abstrata na conceituação valorativa constitucional e depende do agir comunicativo, no sentido de Habermas, para a concretização social. Somente quando houver o dissenso quanto ao conceito social de bem jurídico protegido, poder-se-á falar em dano relevante.

Quando se trata de Aids a questão é muito mais complexa. Desde a descoberta dos antibióticos, a humanidade se imaginou livre de qualquer doença infecciosa ou de epidemias. A arrogância científica se depara, no momento, com um vírus impossível de ser combatido por qualquer meio conhecido, a não ser minorados os seus efeitos, e cuja transmissão não encontra paradeiro, porque envolve não só um aspecto físico, ou material, como também sentimental ou afetivo.

A Aids, como já se advertiu, é uma doença comportamental, não se podendo aplicar, nos resultados por ela determinados ao meio social, as normas contidas no atual Código Penal. Primeiro, porque já não se pode falar em grupo de risco, mas em comportamento de risco. Segundo, porque qualquer pessoa, mesmo no interior de sua casa, com todas as precauções de saúde, pode ser contaminada por um parceiro que, influenciado pela liberdade de conduta, se dispõe a um relacionamento de risco, mesmo que por uma única vez.

Conforme já salientamos, não há como adequar-se a vida ou a integridade corporal como bens jurídicos a serem protegidos, no Código Penal brasileiro. A única hipótese viável, assim mesmo sem muita con-

vicção, é o crime de perigo, previsto no artigo 131 do Código Penal, no qual teríamos, no caso, como bem jurídico a periclituação da vida e da saúde. Tratando-se de saúde, pode-se estender o conceito até os crimes dos artigos 267 e seguintes do mesmo Código Penal, naquilo que seja viável. Trataremos do assunto mais adiante. O importante, no momento, é termos em conta que o bem jurídico protegido será, no caso, a saúde individual ou a saúde pública.

É um crime de perigo, e nesse sentido deve ser estudado no momento.

O CÓDIGO PENAL BRASILEIRO E A AIDS

Como dissemos anteriormente, a única possibilidade de adequação típica, no direito penal brasileiro, é o artigo 131, que dispõe:

“*Perigo de contágio de moléstia grave*: praticar, com o fim de transmitir a outrem moléstia grave de que está contaminado, ato capaz de produzir o contágio – pena: reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa”.

Trata-se de um tipo penal aberto, que necessita de complementação, através de um ato normativo, a fim de que abranja também a síndrome da imunodeficiência adquirida (Aids). No caso, somente se houver dolo (intenção de transmitir a doença) por parte do agente haverá o crime de perigo. Este crime não é punido na modalidade culposa. Quando ocorrer concurso formal entre esse crime e o de estupro ou atentado violento ao pudor, a pena será aplicada na forma do artigo 70 do Código Penal.

Uma vez regulamentado o tipo penal aberto, estará sendo protegido o bem jurídico saúde individual.

Não há como adequar-se tipicamente o dano causado em outros dispositivos legais do Código Penal brasileiro, muito menos como crime de homicídio, consumado ou tentado, ou lesão corporal, dolosa ou culposa, ou lesão corporal seguida de mor-

7 Artigo 1º, Constituição Federal, de 1988.

te, quando esta ocorre.

Outra questão de relevância é quanto ao sigilo da informação sobre a pessoa portadora do vírus ou já infectada pelo mesmo. Esta matéria é delicada, pois, se de um lado está em jogo a saúde pública, de outro, colide com o direito absoluto que tem toda pessoa de ver respeitada sua dignidade, não só pelo Estado, como também pelos particulares. Ninguém pode, em tese, revelar que uma pessoa é portadora de vírus HIV, sob pena de estar interferindo, indevidamente, na privacidade de outrem.

O respeito à dignidade humana, condição primeira de concretização do Estado Democrático de Direito, no caso brasileiro, é a regra. Entretanto, de maneira despercebida, ou quase escondida, foi publicada, no dia 24 de maio de 1996, a Portaria nº 1.100, do Ministério da Saúde, que, no seu artigo 1º, determinou ser de notificação compulsória, em todo o território nacional, a síndrome da imunodeficiência adquirida.

Ora, as conseqüências dessa medida são imensuráveis. De um lado, poderá impedir as pessoas de procurarem tratamento médico quando no início, sendo que, na atualidade, há forma de controle através do conhecido “coquetel” de medicamentos. De outro, coloca os médicos e responsáveis pelo serviço de saúde num dilema: ou informam a doença, com os dados pessoais do paciente, ou se sujeitam às penas de seis meses a dois anos de detenção e multa, de acordo com o artigo 269 do Código Penal.

AIDS E PRISÃO

Como um último aspecto, nesta análise ampla sobre os problemas penais da Aids, temos uma enorme, ou insolúvel, questão a levantar. O que fazer com os prisioneiros ou detentos que superlotam o sistema carcerário brasileiro. Pessoalmente, entendendo que o sistema penitenciário brasileiro é um reflexo da aplicação de um direito penal já superado, que parou no tempo e no espaço, não apresentando, até o momento, qualquer perspectiva de solução.

Tanto na formação jurídica, como nos concursos públicos, sonho da maioria dos jovens bacharéis, a linha de pensamento tem por base os ensinamentos da chamada Escola Clássica, desde a de Carrara, até o neokantismo. O aspecto formal é o mais importante e a pena, como castigo, deve ser aplicada, custe o que custar. A progressão da pena, prevista na lei penal, é privilégio de poucos, e muitos ainda pensam que é possível concretizar o mito da ressocialização já esquecido pelo direito penal moderno por ser inaplicável. Não se tem referencial de ressocialização no Estado Democrático de Direito.

Com esse pensamento, sendo a prisão, processual ou definitiva, uma forma de castigo pura e simples, que exige o confinamento daqueles que “pecaram” contra a sociedade, a questão Aids fica à margem da discussão penitenciária.

Não é exagero lembrar que o Estado, nos termos do artigo 13, parágrafo 2º, letra “a”, do Código Penal, tem o dever de garantir com relação aos presos, provisórios ou definitivos. Dessa forma, os funcionários do presídio têm o dever de evitar o perigo de contaminação, afastando ou confinando aqueles que são portadores do vírus, ou já estejam contaminados, daqueles que ali ingressam sadios.

As justificativas de falta de dinheiro, de superlotação ou de necessidade de aplicar-se o castigo custe o que custar não mais têm razão de ser no Estado Democrático de Direito. As soluções deveriam ser conjuntas, entre os três poderes, sem romantismo ou moralismo indevidos.

CONCLUSÕES

Como conclusões, neste tema polêmico e que ainda necessita de muitos debates, podemos afirmar que:

1) na sistemática penal brasileira, a transmissão do vírus HIV não tem uma regulamentação adequada, podendo apenas ser considerado o artigo 131 do Código Penal como possível de aplicação num fato ocorrido sem o consentimento válido do ofendido;

2) não é possível considerar-se a conduta ou ação como típica de homicídio tentado ou consumado, lesão corporal gravíssima, ou lesão corporal seguida de morte, pois, no direito penal moderno, não se admitem os resultados tardios, porque estas consequências fogem do controle do autor;

3) a teoria da imputação objetiva, na relação de causalidade, é a única capaz de solucionar o problema entre ação e resultado, nos tipos penais relativos à transmissão do vírus da Aids;

4) a Portaria nº 1.100/96 do Ministério da Justiça colide com a forma do Estado Democrático de Direito por ferir a dignidade da pessoa humana e tratar-se de invasão indevida da intimidade e vida privada, que

são direitos fundamentais;

5) o Estado, através de seus funcionários, é responsável, enquanto garantidor, pela saúde dos presos provisórios ou definitivos, devendo responder pelos danos sociais causados aos mesmos quando estes adquirirem o vírus no interior dos presídios.

As questões levantadas neste trabalho são apenas alguns aspectos da Aids e do direito penal. Outros muitos poderiam ser apreciados, todos passíveis de soluções, pois ainda estamos preocupados com os aspectos da celeridade processual, deixando de lado temas importantes e mais próximos da sociedade brasileira atual. Os juristas, certamente, terão as respostas.

