

SEÇÃO CRIMINAL

Enquadramento jurídico-penal da AIDS

ANTÔNIO SÉRGIO CALDAS DE CAMARGO ARANHA (*)
Procurador de Justiça aposentado - SP

Breve estudo sobre a AIDS e seu enquadramento jurídico-penal.

Tema muito atual, no Direito Penal, em face da triste doença grave e contagiosa que se propaga na sociedade contemporânea, no contexto das nações civilizadas, é a AIDS.

No aspecto científico-médico-legal, prevalece seu enquadramento como moléstia grave e não como doença venérea, eis que sua propagação não se dá só pelo extravasamento do sexo, mas, também, conforme se tem visto concretamente, por qualquer contato consangüíneo. Assim, estão sob alto risco, os viciados de tóxicos, que se contaminam pelas agulhas e seringas que injetam em suas veias, sem qualquer higiene e em usos sucessivos por companheiros. Os hemofílicos, que precisam constantemente de transfusões de sangue. Toda e qualquer pessoa que necessite de sangue alheio, se os bancos de sangue autorizados pelos órgãos de saúde não cumprirem a lei e as normas preventivas de saúde, com a elaboração de exames negativos da doença no sangue do doador, bem como os laboratórios, hospitais e farmácias, ao aplicarem injeções, intravenosas ou não, não procedam por meio de agulhas e seringas descartáveis e virgens, com uso unipessoal.

Dessa forma, o tema permite se distinguir duas maneiras basilares de propagação da doença. A **primeira** diz respeito ao contaminado em si, que por ação própria, consciente ou não, em sua atividade sexual ou outra qualquer, dissemine a doença a terceiros. Dentre estes haver-se-á de destacar a análise dos contaminados de alto risco, como prostitutas, homossexuais, travestis, que fazem regular *trottoir*, ainda que conscientes de suas contaminações.

A **segunda** se refere a profilaxia médica e sanitária, pela qual, se não houver controle rígido, na utilização de aparelhos destinados a tratamento geral das pessoas, poderá haver contaminação, por exemplo, a par da transfusão de sangue infectado, as agulhas e seringas de uso geral que devem ser descartáveis e unipessoais, que são usadas largamente em laboratórios, para exames de sangue regulares, bem como, nos hospitais e farmácias, para medicação injetável em geral.

(*) Professor nas Faculdades de Direito Mackenzie e Osasco.

Quanto a esta segunda parte, há casos concretos que demonstram que pessoas inescrupulosas fazem indevido uso desses instrumentos, de forma até a reaproveitá-los, visando lucro fácil, sob o móvel da ganância, com o que colocam em risco a saúde pública e, em particular, transmitem a doença a pessoas inocentes que de seus serviços se servem.

O problema todo é adequar tais condutas nas leis penais pertinentes, que sequer previam, quando de suas elaborações, a existência futura de mal tão grave.

1A – Da transmissão da AIDS pelo contaminado

Pelo primeiro ângulo, analisemos o contaminado, que poderá transmitir a moléstia grave a outras pessoas. Inicialmente muitos deles são portadores da doença, inconscientemente, porque ela ainda não se manifestou e não há motivos que ensejem desconfiar de tal tragédia. São no aspecto subjetivo desconhecedores do mal de que padecem e, portanto, são transmissores inconscientes. Temos que, nesses casos, na ausência de qualquer ânimo, não há fato típico a se considerar. A ação é irrelevante para o Direito Penal, pois atípica.

É possível, entretanto, que a doença se tenha manifestado a ponto de fazer prever, ao paciente, que esteja contaminado, principalmente se é membro do grupo de risco prevalente, como: os homossexuais, as prostitutas, os viciados em tóxicos, os hemofílicos e, finalmente, os heterossexuais que trocam ou experimentam sucessivos parceiros. Nesse caso, por manifesta negligência com o asseio e saúde pessoal, deveriam saber que se contaminaram; e assim, a par de se tratarem, evitar a propagação aos seus semelhantes.

Sobre essas situações prevê o Código Penal, nos artigos 130 e seus parágrafos, perigo de contágio venéreo e o artigo 131, perigo de contágio de moléstia grave. O artigo 131, perseguível por ação penal pública incondicionada, parece ser o que melhor se ajusta à espécie. Trata-se de delito formal, de mero perigo, que basta a prática de ato capaz de produzir a transmissão da doença, para que o delito esteja consumado.

Certo é que o delito em questão, artigo 131, contém forma subjetiva restringida em sua definição, praticar, “com o fim de transmitir a outrem moléstia de que está contaminado”, ato capaz de produzir o contágio. Exigível, pois, o dolo direto.

Será que ficaria, então, desprovida de proteção a saúde individual, caso aquele que negligenciou consciência da contaminação praticasse, por culpa ou dolo eventual, ato capaz de transmitir a doença grave? Penso que não. Caso haja relações sexuais normais ou atos libidinosos, se houver culpa ou dolo eventual, trata-se de atos hábeis a transmitir a moléstia e se tipificaria o artigo 130, **caput**, do CP, via culpa (em sentido estrito) ou dolo eventual, isto crime de perigo, caso não transmita a doença.

Entretanto, se houver transmissão da moléstia grave, se agiu com dolo eventual, a meu ver, responderá o transmissor por tentativa de homicídio. Se agiu por culpa, responderá por lesões corporais culposas, mas, caso sobrevenha a morte, por homicídio culposo, tudo em concurso formal com o delito do artigo 130 **caput** já citado.

Embora não seja a AIDS, no sentido estrito, doença venérea, podendo ser ela transmitida por meio da prática de relações sexuais ou qualquer ato libidinoso, se agiu com culpa, responderia, o contaminado, pelo artigo 130, na modalidade “de dever saber” que é portador do vírus HIV. Por outro lado, se agiu com dolo eventual, no mesmo dispositivo em questão, tipificaria sua conduta, pela modalidade “de que sabe” que está contaminado (dolo eventual), pois, pelo menos, suspeitou estar contaminado, mas não se importou com isso, assumindo o risco da contaminação.

Restaria a hipótese de praticar ato não sexual, em sentido amplo, capaz de produzir o contágio, por via da culpa (em sentido estrito) ou dolo eventual. Ai, não caberá tipifica-

ção, quer no artigo 130, como no artigo 131, ficando atípica e impunível a ação. Essas hipóteses ficaram sem proteção legal, no que pertine à defesa do bem jurídico na esfera antecedente do crime de mero perigo. Tão-somente na espécie da ação por via de dolo eventual, poder-se-ia argumentar na subsunção ao artigo 132, periclitación da vida ou da saúde, caso se identificasse alguém diretamente relacionado com a conduta perigosa do contaminado. Evidentemente, se houver contaminação, se por dolo eventual, haverá tentativa de homicídio (a AIDS é mortal) e consumado o delito, se sobrevier a morte da vítima. No caso de culpa em estrito senso, haverá lesão corporal culposa ou homicídio culposo, se sobrevier a morte da vítima.

Ocorre que a problemática não se encerra aí. É do conhecimento da ciência, e geral, que a AIDS, desde que seja transmitida concretamente, causa a morte da vítima. A medicina vem indicando, pelas estatísticas, que quem está contaminado não tem vivido mais de cinco anos e, geralmente, da exteriorização da contaminação pelos sintomas correlatos, não passa de dois anos de vida.

Ora, sabendo o contaminado que praticar atos idôneos pode transmitir a moléstia a outrem, que de eventual contágio e transmissão decorrerá a morte da vítima, é de questionar-se se o delito não passa a ser o de tentativa de homicídio qualificado (meio insidioso de conduta), que poderá consumir-se se o ofendido vem a falecer em período curto de tempo e antes do próprio agente, transmissor da doença.

Penso que sim, e, por evidente, no caso da contaminação efetiva, há certamente concurso de delitos, eis que os de perigo permanecem íntegros e, a doença sendo mortal, o delito conexo é, sem dúvida, a tentativa de homicídio qualificado, como vimos.

A discussão, daí, se expande à análise da inviabilidade da pena a ser aplicada, eis que o normal transcurso da ação penal e a doença do transmissor se agravando, certamente, antes mesmo, ou com o advento da pena definitiva, estará o condenado morto ou prestes a morrer, o que extinguiria a punibilidade e tornaria vã a prevenção geral legislativa penal e toda a persecução penal.

Corrente de estudiosos, ligados aos doentes da AIDS, conhecedores de seus problemas, muitos deles infelizes vítimas da doença, pergunta se seria útil a persecução penal e a apenação a esses coitados, quando envolvidos com delitos de outras naturezas, se nem sequer tempo terão de aguardar a demora do processo e da condenação definitiva, pois morrerão antes, a par do sofrimento moral que estão vivendo. Por sua vez, a pena pouco lhes amedrontará.

Há quem pregue, até, aos delinquentes com AIDS, a extinção da punibilidade, para que possam ter tratamento adequado. Cremos inviável a proposta. Atualmente, há, em estabelecimento penal deste Estado, hospital especial para recolhimento dos detentos contaminados com a doença, com amplo tratamento especializado e confinados do contato com os demais detentos.

É sabido que tais infelizes, se libertados, na maioria das vezes, não terão qualquer apoio, nem sequer de seus familiares, e ante suas personalidades deformadas, voltadas ao delito, fatalmente, constituirão redobrado perigo social, eis que, a par do ataque a bens jurídicos regulares, serão sério risco de contaminação da doença às vítimas que forem por eles subjugadas.

De resto, caso se trate de fase terminal da doença, o detento, ostentando mérito favorável, estará sob o resguardo regular da norma penal, já que a Lei das Execuções Penais, Lei nº 7.210/84, em seu artigo 117, inciso II, permite seja o condenado, acometido de doença grave, colocado sob o regime especialíssimo da prisão-albergue domiciliar, evidente, desde que preencha os requisitos gerais do regime aberto e tenha, efetivamente, lar e familiares para tratarem dele.

Tal favor só poderá atingir aqueles que estão em estado terminal da doença, não sendo condenados perigosos. Senão, embora contaminados, mas com suas forças físicas e mentais ainda bem constituídas e, quiçá, no aspecto psicológico alarmados pelo vírus que sabem, levam no sangue, e prognóstico de vida curta, suas temibilidades se agravarão, trazendo sérios riscos à comunidade.

O tema, de grande atualidade, tem sido enfrentado em outros países. Nos Estados Unidos, conforme publicado no jornal "O Estado de S. Paulo", Caderno Geral, fls. 10, em 27 de abril de 1992, em Oaklando, um homem infectado pela AIDS, que prometeu contaminar todas as mulheres que conhecesse, foi condenado a três anos de prisão, sob a alegação de ter usado sua condição física como arma mortal. William Lucas Baker, de 25 anos, se declarou culpado, no mês passado, à Justiça de Oaklando, na Califórnia, por ter mantido relações sexuais com uma mulher, sem uso de preservativo e sem avisar sua parceira que estava infectado pelo HIV, vírus transmissor da AIDS.

Na Filadélfia, o empresário Edward Isadore Savitz, de 50 anos, e portador do vírus da AIDS, foi detido por acusações de abuso sexual contra menores. Embora abastada, a família informou não ter condições de pagar a fiança de US\$ 20 milhões para que Savitz responda o processo em liberdade. As autoridades utilizaram chamadas pela televisão, para pedir às pessoas que tiveram encontros íntimos com o empresário, conhecido como tio Ed, que fizessem teste para detectar a possível presença do HIV.

O Juiz quis manter Savitz preso por temer que ele pudesse cometer o suicídio ou ser atacado por algum dos rapazes com quem manteve encontros sexuais. A polícia só descobriu que o empresário era portador do vírus da AIDS quando o prendeu.

Na França, reportagem do mesmo jornal acima referido, de 24 de fevereiro de 1993, fls. 9, Caderno Geral, informou que "francesa é condenada por transmitir o vírus da AIDS. Uma jovem portadora do vírus da AIDS acaba de ser condenada por ter transmitido a seu companheiro o vírus durante relações sexuais, sem ter-lhe informado sobre sua condição (hoje o homem também é portador do vírus)".

É o primeiro caso, na França, que criou séria questão lá. De uma parte, o Código Penal Francês nada prevê a respeito. Pode-se associar a AIDS a uma doença venérea contagiosa, mas a lei naquele país prevê, como pena, a obrigação de se tratar. No caso da AIDS, tal obrigação é inútil, pois não há terapêutica eficaz.

A segunda questão diz respeito ao segredo médico, que lá é intocável. Forte corrente pretende mudar a lei para que o médico, nesses casos, seja obrigado a informar os familiares e cônjuge da pessoa contaminada. Aqui, no Brasil, há o delito de omissão de notificação de moléstia grave, pelo médico, artigo 269 do CP, bem como cremos seja dever do médico orientar o paciente e sua família a respeito, para evitar contaminação.

Corrente adversa crê que a condenação abra caminho para a "delação e discriminação" do doente. Também, entende a classe médica que não seria justo deixar somente sobre os ombros do médico o peso da relação íntima entre duas pessoas. Isto seria abrir a porta à delação, com conseqüências desastrosas.

Outro argumento diz respeito à liberação do segredo, que conduzirá os doentes a hesitar em receber o tratamento, por temor de serem traídos e rejeitados pelo cônjuge e familiares. Evidentemente que tais argumentos, com o advento da AIDS, ficaram frágeis, devendo cada homem e cada mulher se proteger e assumir claramente o risco pessoal da contaminação que vier a causar no parceiro, ainda mais se agiu sob dissimulação, não o comunicando do vírus de que é possuidor e dos cuidados indispensáveis, nesses casos, para qualquer contato sexual ou libidinoso.

1B – Contaminados prostitutas e travestis, que fazem regular "trottoir".

É de se perguntar o que se fará com prostitutas e homossexuais, muitos travestizados, que mercadejam o corpo pela cidade e boates, às vezes, levando na bolsa exames de sangue positivos para a AIDS? Será que cometem delitos? Deverão ser presos? Sendo condutas típicas, quais são os crimes e qual a solução legal?

Penso que o enquadramento é o próprio artigo 131 do CP, enquanto indeterminada a conduta, de forma genérica, embora individualizada pessoa ou pessoas em contato com eles. Não estaria fora de cogitação do artigo 132, periclitación da vida ou da saúde de outrem. Havendo direto contato com pessoa determinada, concertado efetivo encontro sexual ou libidinoso, antes mesmo de se chegar a praticar ato sério, passível de contaminação, inicia a execução de homicídio, na sua fase tentada, em conexão criminosa.

Poderá haver, nesses casos, comprovada tal situação, a prisão em flagrante delito, configurando-se em tese tais delitos. Também, creio difícil seja concedido ao indigitado indiciado, nessas circunstâncias, benefícios como a liberdade provisória, ante a periculosidade social de sua conduta e, porque presente um requisito relevante da prisão preventiva, a garantia da ordem pública.

Não faz muito tempo, sério problema a respeito foi levantado em cidade interiorana no Estado de Minas Gerais, referente a costureiro famoso que estava contaminado e colocava em risco, com sua conduta, pessoas que com ele se relacionavam e as freguesas, com as quais teria condutas ostensivamente perigosas.

O Promotor de Justiça, cientificado dessa situação, requereu a internação judicial singular do contaminado, medida a meu ver sem sustentáculo legal. O Juiz deferiu o pedido, mas, noticiou a imprensa, dias depois, que por via de habeas corpus, fora libertado o paciente, ante a falta de justa causa, pela forma ilegal da imposição da medida.

Tal situação me fez meditar sobre a posição da administração da saúde pública que, analisando a AIDS, entendeu ser doença que, embora contagiosa, não necessitava internação compulsória, eis que ensejadora de mais drasticidade e ineficiência no tratamento do doente e cuja contaminação é restrita a contatos facilmente evitáveis. Creio que melhor seria, administrativamente, prever a hipótese em questão, dos contaminados perigosos, que não preenchem os requisitos da terapia médica e põem em risco a sociedade, para permitir-se, administrativamente, a compulsoriedade da internação. Tal medida, no momento, é ilegal e inviável ante a ausência de previsão normativa.

Efetivamente, se um contaminado, por outra forma qualquer, passa dolosamente a expor terceiros, por ações físicas hábeis, à contaminação, sem que individualmente chegue pessoa determinada a sofrer o perigo, não tenho dúvidas de tipificar o fato, então, no artigo 267 e seus parágrafos, crime de epidemia, que ocorreria pelo menos na forma tentada, caso não se atingisse concretamente a epidemia possível de decorrer da ação empreendida pelo indigitado autor.

2 – Da profilaxia médica e sanitária e o risco da contaminação por ação de terceiros, atuantes nessa área.

Abordemos a segunda parte do tema, pertinente aos atos de terceiros, não contaminados, que lidam com material hábil a realizar-se a transmissão da doença. Casos foram descobertos, concretamente, de hospitais que, usando bancos de sangue desaparelhados e inidôneos (a serviços mais baratos), descumpriam as normas de saúde pública, quanto ao uso desses materiais, negligenciando testes obrigatórios no doador do sangue, atestadores

da ausência do vírus, como laboratórios que reutilizavam agulhas e seringas, para auferir maior lucro, com grave reflexo na saúde e vida de seus clientes.

Há caso real de morte de criança que recebeu transfusões de sangue contaminado, de laboratório negligente, vindo a ser contaminada e chegando rapidamente ao óbito.

A atuação da autoridade pública, quer da vigilância sanitária como da repressão penal, nesses casos, deve ser drástica. Não é possível permitir-se condutas de tal jaez, que põem em gravíssimo risco a saúde pública. Vamos nos socorrer, nesses casos, inicialmente, dos delitos descritos no capítulo dos crimes contra a saúde pública, artigos 267 (epidemia) e 268 (infração de medida sanitária preventiva), ressaltando quanto ao artigo 268 as qualificadoras referidas no artigo 285.

No caso acima referido, a criança que morreu com AIDS, os responsáveis pelo banco de sangue respondem na Justiça pelos delitos dos artigos 268 e seu parágrafo único c.c. o artigo 121, § 3º, em concurso material.

Da mesma forma, laboratório que reaproveita o aparelhamento, caso não haja demonstração de efetiva transmissão da moléstia, incidirá no artigo 268 e eventual parágrafo único, sem prejuízo da exposição de perigo para a vida ou a saúde daqueles que, no período de tempo do reaproveitamento do material, se serviram deles, artigo 132 do Código Penal. Há casos reais apurados pela Justiça do Estado.

É de se ver que, ante a gravidade da conduta e a atualidade de doença tão grave, esses crimes são estruturalmente desatualizados e as penas muito brandas. Creio que seria tempo de se analisar o assunto e se elaborar lei, no menor espaço de tempo possível, que solucionasse mais adequadamente essa grave questão.

Encerro, enfim, com esse breve estudo, que creio precisa ser mais meditado e examinado, ante a seriedade e gravidade da situação, esperando tenha servido como mero esboço para futuras indagações mais profundas.