Lucas Rezende: Transmissão dolosa do HIV é lesão gravíssima

O mito da AIDS está sendo quebrado. Remanescem, sim, o preconceito e a ignorância, mas cada vez mais as iniciativas do governo e da sociedade civil, fomentadas pelos estudos científicos, têm rompido a barreira perversa e antes tão nítida entre soropositivos e os demais. Como exemplo, vide a série intitulada *Viral* de autoria do Porta dos Fundos, que trata do tema com humor e leveza, sem perder de vista o fim educacional proposto. Já no campo legislativo, vale citar a recém-publicada Lei 12.984/2014, que torna crime a discriminação contra portadores do HIV.

O mesmo não ocorre quando falamos de responsabilidade penal pela transmissão do HIV. Apenas alguns trabalhos tratam sobre a matéria, sendo que a maioria deixa à margem os avanços da pesquisa médica acerca do tratamento da AIDS e as consequências daí advindas. E essa falta de digressão doutrinária e jurisprudencial gera uma grave sensação de insegurança num dos campos do Direito que é mais avesso a essa ideia.

Apesar de nossa legislação seguir recomendação da ONU e não criar um tipo penal específico contra o transmissor, vivemos ainda em um limbo sobre qual seria a figura adequada à espécie. A oscilação, aqui, pende entre os crimes de homicídio tentado, lesão corporal gravíssima (por transmissão de enfermidade incurável) e crime de perigo de contágio de moléstia grave.

Ao nos referirmos sobre a influência das pesquisas médicas para o tema, aludíamos à já notória terapia antirretroviral ou coquetel da AIDS. Veja-se a sua importância: pela simples análise de dois aspectos desses medicamentos, rechaçamos de pronto o enquadramento da conduta como homicídio tentado.

O primeiro deles é a já notória eficácia do tratamento antirretroviral, capaz de prolongar naturalmente a vida do soropositivo, desde que aliado a uma boa qualidade de vida. Além disso, conforme estudo publicado no jornal britânico *The Lancet*, em dezembro de 2012, se demonstrou que aquele paciente imerso na terapia antirretroviral tem chance mínima de transmitir o retrovírus para outrem. Mais especificamente, a adesão correta ao programa pode acarretar na redução de até 96% da taxa de transmissão do vírus HIV nas relações sexuais.

Em termos jurídicos, tanto o prolongamento da vida quanto a diminuta possibilidade de transmissão do vírus implicam na total ruptura da tipificação penal como homicídio tentado. Afinal, não se pode falar que a transmissão (incerta) do vírus HIV é meio idôneo à persecução da morte de alguém, o que clama a figura do crime impossível, inibidora da aplicação do tipo penal aberto da tentativa.

A AIDS não é sentença de morte. É sim uma moléstia incurável, mas não traduz o fim certo da vida. Como se falar em homicídio, portanto, se o sujeito age agora, mas “prevendo” o resultado daqui a vinte ou trinta anos? Independente do dolo, óbvio que o meio empregado é inidôneo.

Por sorte, e mesmo que tardiamente, o Supremo Tribunal Federal afastou qualquer entendimento nesse sentido. Trata-se do paradigmático Habeas Corpus 98.712, de relatoria do ministro Marco Aurélio de Mello, julgado em outubro de 2010.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Mas se não é homicídio, qual seria a figura delitiva apropriada à hipótese?

Não se chegou a um consenso naquela oportunidade. De um lado, o relator entendia que a tipificação correta seria a do artigo 131 do Código Penal, como crime de perigo de contágio de moléstia grave. Já o ministro Ayres Britto proferiu voto sugerindo o crime de lesão corporal gravíssima pela contração de enfermidade incurável, conforme artigo 129, parágrafo 2, inciso II, da mesma lei.

Após os debates, e sem haver uma conciliação a respeito, o STF optou pela remessa dos autos ao Juízo comum para novo julgamento.

Novo julgado adveio do Superior Tribunal de Justiça, em maio de 2012 (Habeas Corpus 160.982/DF). Dessa vez, o entendimento foi firme pela qualificação da conduta como crime de lesão corporal de natureza gravíssima. O STJ, inclusive, citou expressamente o voto do ministro Ricardo Lewandoski proferido no HC 98.712 na própria ementa do acórdão.

Cremos que a razão está com o STJ, mas não exatamente pelas razões ali apresentadas. É que o argumento empregado para qualificar a conduta como lesão corporal gravíssima, e foi o fato de que a AIDS não se trata somente de doença grave, mas sim de enfermidade incurável. Portanto, encontrar-se-ia melhor subsumida à hipótese do artigo 129, parágrafo 2°, inciso II.

Encontramos, porém, uma falha argumentativa do tribunal. Pela lógica empregada, poderia se falar que "enfermidade incurável" é, necessariamente, uma extensão do conceito de "moléstia grave". Mas isso não é necessariamente verdadeiro.

Isso porque "moléstia grave" e "enfermidade incurável" estão em planos distintos em uma escala lógica: não se excluem entre si. Afinal, pode uma determinada doença ser qualificada como incurável sem, contudo, ser considerada grave.

Exemplos? São doenças incuráveis as alergias, a enxaqueca, a psoríase, o glaucoma e até mesmo a tensão pré-menstrual (TPM). Obviamente, todas essas doenças não alcançam a gravidade de outras doenças tidas como incuráveis, como a hepatite C, o lúpus e a própria AIDS.

Bem vistas as coisas, contudo, é possível, sim, formular argumento válido em prol da lesão corporal pela simples análise do elemento normativo do tipo.

Mesmo havendo doenças incuráveis sem maior gravidade, a *ratio legis* do artigo 129, ao imputar maior pena ao contágio de enfermidade incurável, é justamente conferir maior rigor àquelas condutas que lesem em maior grau o bem jurídico tutelado: a incolumidade física.

Portanto, aquele que transmite não só moléstia grave, mas também incurável, merece maior repreensão penal do que aquele que simplesmente pratica ato capaz de transmitir moléstia grave. A infecção pelo HIV tem, assim, maior adequação típica ao elemento normativo "enfermidade incurável" do que "moléstia grave", mas somente se tomado esse sentido argumentativo.

A análise da responsabilidade penal pela transmissão do HIV, entretanto, pode guardar maior

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

complexidade quando se tem a questão em foco pelo tipo subjetivo, isto é, o dolo direto ou eventual.

Para começar, dúvida surge a partir do momento em que o agente pratica meio idôneo à transmissão do vírus — ou, em outros termos, à contração de enfermidade incurável — mas mesmo assim não ocorre a contaminação, por motivos alheios à sua vontade.

Nesse caso, há de se questionar: responderia o agente pela tentativa de lesão corporal gravíssima ou pelo perigo de contágio de moléstia grave?

Pela posição do ministro Ayres Britto, quando do julgamento do fatídico Habeas Corpus 98.712, bastaria se analisar a questão a partir da teoria finalista. Caso houvesse o dolo de lesionar a integridade física da vítima, seria lesão corporal; por outro lado, se fosse somente o dolo de perigo, o crime seria o do artigo 131 do Código Penal.

Para resolver tal questão, parte da doutrina elege a seguinte hipótese. Praticando o ato idôneo à transmissão da moléstia e não advindo o resultado (infecção), deverá responder o agente pelo crime do artigo 131 do Código Penal. Do contrário, havendo a infecção, responderá por lesão corporal. A tentativa de lesões corporais se trataria, na verdade, de crime autônomo. É a posição adotada, em exemplo, por Luiz Regis Prado.

Cezar Roberto Bitencourt, por outro lado, já inicia o capítulo a respeito do crime de perigo de contágio de moléstia grave rechaçando a posição acima colacionada, batendo pela impossibilidade de se falar em crime autônomo, por se tratar a contração da moléstia, na verdade, de mero exaurimento do crime.

O autor finaliza afirmando que eventual contaminação da vítima integraria o próprio artigo 131 do Código Penal. Faz, entretanto, uma ressalva: se se configurar lesão corporal gravíssima, o agente deverá responder somente por ela, o que implica, ao final, na mesma posição dos demais autores.

Partindo-se à análise, primeiramente há de se concordar com o posicionamento adotado por Bitencourt. Se uma pessoa pratica conduta delituosa imbuída de determinada consciência e vontade, haverá somente uma tipificação possível a ela. Não pode o aplicador da norma condicionar a subsunção da norma à ocorrência, ou não, de determinado resultado, pois há a figura penal respectiva para isso: a tentativa (artigo 14, II, do Código Penal). Isto é, praticando a conduta e advindo o resultado, ou se fala em consumação ou em mero exaurimento, nada mais.

Portanto, há de se definir claramente: advindo o resultado, é crime consumado de lesão corporal gravíssima ou mero exaurimento do crime de perigo de contágio de moléstia grave? Não advindo o dano, persiste a tipificação como crime de perigo ou será lesão corporal na modalidade tentada? O que não pode é se admitir tipificar como lesão corporal por se verificar o resultado, e, não o ocorrendo, como crime de perigo.

Bem delimitado o objeto de análise sobre o ponto de visto do dolo, parte-se à busca da reposta aos questionamentos supra.

Primeiramente deve-se ponderar a indagação sobre a ótica do bem jurídico tutelado, tendo em vista a sua

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

função delimitadora. Se se identificasse uma diferença sobre qual valor visa proteger esta ou aquela norma penal, ter-se-ia como determinar qual seria aplicável ao caso. Contudo, ambos os tipos tutelam o mesmo bem jurídico penal: a incolumidade física da pessoa. Não se pode resolver a questão, pois, pautando-se nesse fundamento.

Não há alternativa outra, pois, que não a análise do tema sob a perspectiva dos argumentos expendidos pelo ministro Ayres Britto, para se verificar qual o verdadeiro dolo do agente no momento da prática da conduta tida como delituosa. É a teoria finalista em sua mais pura e simples aplicação.

A controvérsia toma contornos pacíficos se adotamos a hipótese clara de estar o agente com dolo eventual. Se o sujeito pratica a relação sexual imbuído da emoção e desejo do momento, de modo a somente assumir o risco de produzir o resultado, e independentemente de que ele sobrevenha ou não, só se poderia considerar a tipificação do crime de lesão corporal de natureza gravíssima. É que não se há falar em dolo eventual no crime de perigo de contágio de moléstia grave, pelo fato de o elemento subjetivo especial do tipo — intenção de se transmitir a moléstia grave — não admitir essa figura. Trata-se de conceito básico de Direito Penal.

A dúvida surge, entretanto, no caso de alguém praticar a relação sexual com consciência e vontade de transmissão do vírus HIV (dolo direto). Aqui, a conduta amoldar-se-ia perfeitamente ao tipo subjetivo do crime de perigo de contágio de moléstia grave, pois se preencheria o especial fim de agir de se transmitir a moléstia tida como grave.

Mas se admitimos o dolo e o especial fim de agir para o crime de perigo, não haveria como negar que, automaticamente, surgiria também o dolo eventual relacionado ao crime de lesão corporal de natureza gravíssima. Isso porque, querendo a transmissão, assume-se igualmente o risco de produzir o resultado "contração de enfermidade incurável". Há um conflito, portanto, entre a intenção de se transmitir a moléstia e o dolo eventual de se contrair enfermidade incurável.

É essa, portanto, a maior lacuna sobre o tema. No caso de clara intenção de transmitir a doença, configura-se o crime de perigo ou o dolo eventual na lesão corporal?

Por simples utilização de um argumento *a fortiori a simili*, poderia se solucionar a controvérsia pugnando pela tipificação como crime de lesão. Afinal, se no menos (dolo eventual) se qualifica como lesão corporal, com maior razão ou em semelhança se parte à mesma tipificação no mais (dolo direto).

Mais adequada ainda, ao caso, é a aplicação do princípio da consunção ou absorção, conforme as lições doutrinárias a respeito do conflito aparente de normas. Por meio dele, há consunção quando o fato previsto em determinada norma é compreendido em outra, com conteúdo mais abrange, a qual deverá ser aplicada. O crime-meio, pois, é efetivado como uma fase do crime-fim, no qual se esgotará seu potencial ofensivo, absorvendo-o.

Com a aplicação desse princípio se pode dizer que o "crime consumado absorve o crime tentado, o crime de perigo é absorvido pelo crime de dano", segundo Bittencourt. Ora, é justamente esse o caso posto em análise. O crime de lesão corporal, como tipicamente de dano, absorve o crime de perigo de contágio de moléstia grave, isso sem se olvidar da melhor adequação típica do crime de lesão, de um ponto de vista

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

objetivo (enfermidade incurável x moléstia grave).

Feitas essas devidas digressões, cremos que, em uma cadeia argumentativa bem esmiuçada, chegaríamos enfim ao mesmo resultado pugnado pelo Superior Tribunal de Justiça, qual seja, que a transmissão dolosa, direta ou eventual, do vírus da AIDS constitui crime de lesão corporal de natureza gravíssima.

Muitos estudos ainda são possíveis acerca da responsabilidade penal pela transmissão do HIV. Por exemplo, há ainda discussão doutrinária sobre a possibilidade de se falar em crime tentado quando configurado dolo eventual. Outro ponto: se é possível a mãe responder pela transmissão do vírus para o recém-nascido, por não ter tomado adequadamente os remédios durante a gravidez. Longe, portanto, de qualquer intenção exaustiva do tema, lançamos a proposta à comunidade jurídica, aguardando novos debates e mesmo outros julgamentos marcantes, tudo com o fim de se garantir a necessária segurança jurídica aos tutelados.

Date Created
21/06/2014

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.