

Da AIDS e do Direito

Irineu Antonio Pedrotti

Juiz de Direito em São Paulo

O autor enfoca amplamente as situações em que o portador do HIV pode suscitar problemas de Direito, trazendo à consideração do leitor toda norma jurídica que pode ser aplicada para pautar o relacionamento do portador do Crus com a sociedade. São registos artigos Constitucionais, dos Códigos Civil e Penal, da Lei de Acidentes do Trabalho, do Código de Ética Médica, além de portarias ministeriais, buscando-se seu ajuste à situação do paciente com AIDS. O estudo é desenvolvido nas áreas cível, criminal e da legislação de acidentes do trabalho.

Introdução

A portaria N° 236, de 02 de maio de 1985, firmada pelo Ministro da Saúde, estabeleceu diretrizes para o programa de controle da síndrome da imunodeficiência adquirida (SIDA ou AIDS), no âmbito do Território Nacional. Diz que, atualmente, para efeitos epidemiológicos, identifica-se a síndrome como conjunto de alterações provocadas pela perda da imunidade mediada por células, e que se manifestam pelo aparecimento de infecções oportunistas e/ou neoplasias, particularmente o sarcoma de Kaposi.

Determinou que as medidas de prevenção sejam realizadas mediante execução de um conjunto de ações sobre: a) casos confirmados; b) casos suspeitos; c) comunicantes; d) grupos de risco.

A portaria Interministerial N° 3.195, de 10 de agosto de 1988, firmada pelos Ministros de Estado do Trabalho e da Saúde, instituiu, em âmbito nacional, a Campanha Interna de Prevenção da AIDS —CIPAS—, com a finalidade de divulgar conhecimentos e estimular, no interior das empresas e em todos os locais de trabalho, a adoção de medidas preventivas contra a AIDS.

A portaria N° 291, de 17 de junho de 1992, firmada pelo Secretário Nacional de Assistência à Saúde, considera, no contexto médico-social da AIDS, a necessidade de implementar a assistência médica e hospitalar para o seu tratamento baseada nos atuais indicadores epidemiológicos. O resultado dos estudos desenvolvidos pela Coordenação de Doenças Sexualmente Transmissíveis DST/AIDS para assistência médica e hospitalar incluiu no Sistema de Informações Hospitalares do Sistema Único de Saúde (SIH-SUS) os grupos de procedimentos para tratamento da AIDS, realizados em hospitais previamente autorizados pelo INAMPS, mediante proposição da Secretaria Estadual da Saúde (SES).

Da vida e da saúde

Da Medicina e do médico

A Constituição Federal garante aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (art. 5°). O paciente com AIDS tem esses mesmos direitos, em especial o relacionamento com a vida e com o adequado tratamento médico e hospitalar, compreendendo este os meios necessários para a melhora da condição mórbida e da mitigação do sofrimento.

Esses valores estão unidos à saúde, direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação (Constituição Federal, art. 196).

A Medicina é uma profissão a serviço da saúde do ser humano e da coletividade e deve ser exercida sem discriminação de qualquer natureza. Não pode, em qualquer circunstância ou de qualquer forma, ser

exercida como comércio. Com efeito, o alvo de toda a atenção do médico é a saúde do ser humano, em benefício da qual deve ele agir com o máximo zelo e o melhor de sua capacidade profissional (Código de Ética Médica, arte. 1º, 2º e 9º).

O médico não pode recusar-se a atender o portador da doença sob alegação de risco profissional, ou de ser contaminado, porque a sua função é exatamente esta. O mesmo ocorre com o pessoal da área médica e com o hospital. Deve o médico guardar absoluto respeito pela vida humana, atuando sempre em benefício do paciente. Jamais utilizar seus conhecimentos para gerar sofrimento físico ou moral, para o extermínio do ser humano, ou para permitir acobertar tentativa contra sua dignidade e integridade (Código de Ética Médica, art. 6.º).

Interessa de forma substancial, no caso, a parte relacionada com os sanitaristas, aqueles que têm por função essencial a prevenção geral da moléstia para o bem-estar social. Sanitário é tudo o que se relaciona com a saúde ou pertence à sua conservação ou à sua restauração e à higiene, com objetivo de livrar ou de preservar a saúde pública ou particular dos fatos que podem prejudicá-las notadamente quando relacionados com as doenças endêmicas ou contagiosas.

Nesse passo é bom lembrar que o segredo médico poderá defrontar-se com o interesse público, que deverá prevalecer sobre o privado. Estará o profissional frente a caso de força maior, circunstância que, em termos, está prevista pelo Código de Ética Médica, ao dizer ser vedado ao médico revelar fato de que tenha conhecimento em virtude de sua profissão, salvo por justa causa, dever legal ou autorização expressa do paciente (art. 102).

Do paciente com AIDS e da sua privacidade

A privacidade do ser humano está ligada aos direitos civis e penais. O paciente com AIDS tem direito a toda privacidade exatamente em razão da dignidade humana. É que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito de indenização por dano material ou moral decorrente de sua violação (Constituição Federal, art. 5.º, Inc. X).

Resta saber se o Poder Público pode ou não divulgar os fatos envolvendo a pessoa doente. Sob o enfoque da responsabilidade estatal, com adoção de controle sobre a expansão indiscriminada da doença, medidas destinadas a afastar o mal devem ser adotadas para o bem-estar de todos, sem colocar em ridículo a situação do paciente com AIDS, haja vista que a ele, somente a ele, pelo drama que sofre, compete decidir sobre aquele a quem deve informar o seu estado.

O direito à intimidade tem por objetivo claro a privacidade pessoal, familiar e até comercial do agente portador do mal. É o direito que ele tem de se resguardar, de ficar só, se quiser. Mas não se pode dizer que esse direito seja totalmente absoluto, porque poderá confrontar-se com as normas de Direito Público. E o interesse público está acima do interesse privado, como por exemplo no caso da saúde pública.

Da AIDS e do Ensino

Da criança e do adolescente

A Constituição Federal considera todos iguais perante a lei. Diz que a educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivado com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. A lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

O ensino será ministrado com base na igualdade de condições para o acesso e permanência na escola. O

ensino é livre à iniciativa privada, cumprindo-se as normas gerais da educação nacional (Constituição Federal, art. 206, inc. I, 209, inc. I, 5.º, inc. XL, 205 e 227).

As escolas não podem recusar alunos portadores do HIV. A imprensa divulgou no final do primeiro semestre de 1992 caso de uma estudante que, vítima da doença, teve recusada a matrícula escolar. A questão foi decidida pela Justiça paulista em benefício da estudante.

Submeter a criança ou adolescente sob sua autoridade, guarda ou vigilância a vexame ou a constrangimento: Pena-detenção de 06 meses a 02 anos. A criança e o adolescente gozem de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata a Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

A criança e o adolescente têm direito à educação, visando ao pleno desenvolvimento de sua pessoa, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho, assegurando-se-lhes, entre outros, o direito de ser respeitado por seus educadores e a igualdade de condições para o acesso e permanência na escola.

A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis (Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069, de 1.990, art. 15; 53 inc. 1 e 11 e 232 § 3º). Da AIDS e dos trabalhadores urbanos e rurais

Da não discriminação dos direitos trabalhistas

Constituem objetivos fundamentais da Constituição Federal, entre outros pontos, reduzir as desigualdades sociais e regionais, e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. E livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer (Constituição Federal, art. 3º, inc. III e IV, e art. 5º, inc. XLIII).

O Título II, Capítulo II, da Constituição Federal, cuida dos Direitos Sociais e, entre eles, assegura os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, no art. 7º, inc. I a XXXIV (art. 6º e seguintes). O paciente com AIDS não pode ser discriminado na admissão ou no exercício do trabalho, a não ser que o estágio da doença tenha alcançado limite além de suas forças físicas e coloque em risco a segurança dos companheiros. Não obstante, nesses casos, têm esses trabalhadores, urbanos e rurais, além de outros direitos que visem à melhoria de sua condição social, seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa (Constituição Federal, art. 7º, inc. XXVIII).

O portador do vírus da AIDS que firmar um contrato de trabalho não poderá ser prejudicado em seus direitos trabalhistas, previdenciários e acidentários. Em vigor o contrato, pode ser reintegrado em caso de despedida (por se encontrar acometido da doença), e a entidade autárquica federal e seguradora obrigatória deverá ampará-lo tanto no campo previdenciário como acidentário, dependendo da origem da moléstia. Não há qualquer norma que proíba o paciente de trabalhar. O que deve ser observado é sua possibilidade e os cuidados para que não transmita a doença.

Dos direitos previdenciários e acidentários.

Do auxílio doença e da aposentadoria por invalidez

Nesses casos, até que seja elaborada a lista de doenças mencionadas no inc. II, do art. 26, da Lei Nº 8.213, de 1991, independe de carência a concessão de auxílio doença e da aposentadoria por invalidez, ao segurado que, após filiar-se ao Regime Geral de Previdência Social, for acometido de AIDS, entre outras doenças (Lei Nº 8.213, de 24/07/1991, art. 151, c.c Dec. Nº 357, de 07/12/1991, art. 298). Esses

benefícios serão concedidos pelo Instituto Nacional de Seguro Social (INSS), anteriormente Instituto Nacional de Previdência Social (INPS).

Antes dessas normas, em 8 de junho de 1988, quando em exercício das funções em Vara de Acidentes de São Paulo, tivemos oportunidade de fazer entrega de prestação jurisdicional de questão relacionada com autor que, no trabalho em estabelecimento comercial, vítima de assalto, ferido por golpe de arma branca, ao ser atendido em nosocômio da cidade necessitando de transfusão de sangue, viu-se acometido de AIDS. Com a decisão abriu-se campo para ação de indenização e de reparação de danos materiais e morais contra o hospital e contra os profissionais responsáveis pela transfusão de sangue contaminado.

O INPS, hoje INSS, foi condenado aos pagamentos de auxílio doença acidentária, acréscimo de 25% pela necessidade permanente de outra pessoa, pecúlio por invalidez, abono anual, juros de mora, honorários advocatícios e demais consectários legais. Recorreu a Autarquia, mas antes da apreciação pela Corte Superior, houve concessão administrativa dos benefícios acidentários. Mesmo assim, a sentença foi apreciada e mantida por votação unânime pela Oitava Câmara do 2º TACivSP.

Da AIDS e do direito de família

Da família, do casamento e dos filhos

A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas (Constituição Federal, art. 226, § 7.º).

A doença pode afetar o casamento e as relações entre os cônjuges e os filhos. Ocultando um dos cônjuges ao outro estar acometido de AIDS, levando-se em conta a gravidade e a transmissibilidade da moléstia pelo contágio, poderá ocorrer erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge. Considera-se erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge a ignorância, anterior ao casamento, de defeito físico irremediável ou de moléstia grave e transmissível por contágio ou herança, capaz de pôr em risco a saúde do outro cônjuge ou de sua descendência (Código Civil, arts. 200, § 1.º, 219, inc. III).

O casamento é anulável e o cônjuge culpado responderá por infração penal. É anulável o casamento se houve por parte de um dos nubentes, ao consentir, erro essencial quanto à pessoa do outro. Contrair casamento, induzindo em erro essencial o outro contraente, ou ocultando-lhe impedimento que não seja casamento anterior: Pena-detenção, de 06 meses a 02 anos. A ação penal depende de queixa do contraente enganado e não pode ser intentada senão depois de transitar em julgado a sentença que, por meio de erro ou impedimento, anule o casamento (Código Civil, art. 218, e Código Penal, art. 236 e parágrafo único).

Antes de mover a ação de nulidade do casamento, a de anulação ou a de desquite (hoje separação), requererá o autor com documentos que a autorizem, a separação de corpos, que será concedida pelo juiz com a possível brevidade. Embora anulável, ou mesmo nulo se contraído de boa fé por ambos os cônjuges, o casamento, em relação a estes como aos filhos, produz todos os efeitos civis até o dia da sentença anulatória. Se um só dos cônjuges estava de boa fé ao celebrar o casamento, os seus efeitos civis só a esse e aos filhos aproveitarão (Código Civil arts. 223 e 221 e parágrafo único).

No caso de anulação de casamento, havendo filhos comuns, deve-se observar o disposto nos art. 10 e 13, da Lei N.º 6.515, de 26/12/1977. Ainda que nenhum dos cônjuges esteja de boa fé ao contrair o casamento, seus efeitos civis aproveitarão aos filhos comuns. Se houver motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular, por maneira diferente da estabelecida nos artigos anteriores, a situação deles com os pais (Lei N.º 6.515, de 1977, arts. 10, 13 e 14 e parágrafo único).

Tratando-se de menor com AIDS, poderá o casamento ser autorizado pela autoridade judicial para evitar a imposição ou cumprimento de pena criminal. Mas o juiz poderá ordenar a separação de corpos, até que os cônjuges alcancem a idade legal.

No caso de um dos cônjuges acometido da AIDS, conforme estágio da doença, afigura-se conveniente a medida para segurança do outro.

Anota-se que a separação de corpos pode ser medida eleita pela parte antes de mover a ação de nulidade do casamento, de anulação ou separação (Código Civil, art. 223).

Da AIDS, da separação e dos filhos

A doença pode ser responsável pela separação ou circunstância outra de natureza não condizente com os ditamos da família.

A separação judicial pode ser pedida por um só dos cônjuges quando imputar ao outro conduta desonrosa ou qualquer ato que importe em grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum. A conduta desonrosa ou a grave violação dos deveres do matrimônio poderá ser objeto de ação no caso de um dos cônjuges ser acometido de AIDS (Lei N° 6.515, de 1977, arte. 5.º, "caput", e § 2.º).

O juiz pode recusar a homologação e não decretar a separação judicial, se comprovar que a convenção não preserva suficientemente os interesses dos filhos ou de um dos cônjuges (Lei N° 6.515, de 1977, art. 34, § 2.º).

Aos filhos devem ficar ressalvados os direitos e as garantias constitucionais que lhes são assegurados, sempre voltados para que, menores, tenham satisfeitos seus interesses, sobressaindo-se a questão do nascituro. Dar-se-á curador ao nascituro, se o pai falecer, estando a mulher grávida, e não tendo o pátrio poder (Código Civil, art. 462). São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil, os menores de 16 anos, os loucos de todo o gênero e os surdos-mudos que não puderem exprimir a sua vontade (Código Civil, art. 5.º, incs. I, II e III).

Da AIDS e do direito de sucessão

Em princípio não há como sustentar que a doença afete de forma direta a vocação hereditária, como ocorre em tantos casos de outras doenças graves, haja vista que o paciente com AIDS, no curso do longo período da doença, no mais das vezes tem capacidade para receber possível herança.

Pode ocorrer o caso de deserdação que deve ser objeto de testamento, com expressa declaração do testador sobre os fatos e motivos que o levaram a essa decisão. Além das causas constantes do art. 1.595, autorizam a deserdação dos descendentes por seus ascendentes, a desonestidade da filha que vive na casa paterna. Os herdeiros necessários podem ser privados de sua legítima, ou deserdados, em todos os casos em que podem ser excluídos da sucessão (Código Civil, arte. 1.741, 1.595 a 1.602, e 1.744, inc. 111).

Da responsabilidade civil

Do ato incito

Na acepção jurídica, responsabilidade corresponde ao dever de responder, do latim "responderá", pelos atos próprios ou de terceiros, sob proteção legal, e de reparar os danos que, forem causados. Em exposição abreviada corresponde à obrigação de responder por alguma coisa. Pode ser: a) Direta, quando decorre de ação ou de ato próprio; b) Indireta, quando originária de ato ou fato alheio pelo qual se é responsável.

Responsabilidade civil, de forma simples, pode ser definida como sendo a obrigação de reparar o dano causado a outrem. O dever de reparação tem fundamento na culpa ou no risco decorrente do ato ilícito do agente. O fundamento está na razão da obrigação de recompor o patrimônio diminuído com a lesão ao direito subjetivo.

O ato ilícito seria todo ato que possa produzir lesão a um bem jurídico. Logo, o ato ilícito pressupõe uma lesão de direitos personalíssimos ou reais, ou a violação de preceitos legais de tutela de interesses privados. O dano é a lesão a qualquer bem jurídico. Assim, se ocorre lesão ao direito subjetivo,

configura-se o dano e surge para quem foi lesado o direito de exigir a indenização correspondente ou a reconstituição, se possível, do status quo ante.

Resulta dos termos do art. 159, do Código Civil, que ato ilícito é a violação do direito ou dano causado a outrem por dolo ou culpa. O dolo consiste na intenção de ofender o direito ou prejudicar o patrimônio por ação ou omissão. A culpa é a negligência ou imprudência do agente, que determina violação do direito alheio ou causa prejuízo a outrem. Na culpa há, sempre, a violação de um dever preexistente. Se esse dever se funda em um contrato, a culpa é contratual; se no princípio geral do direito que manda respeitar a pessoa e os bens alheios, a culpa é extracontratual, ou aquilina. O Código Civil fornece conceito próprio: toda ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, que violar direito alheio ou cause prejuízo a outrem, por dolo ou culpa. O parágrafo único diz que a verificação da culpa e avaliação da responsabilidade se regulam pelo disposto nos arts. 1.518, 1.532 e 1.537 a 1.553.

Da não ilicitude dos atos

Não constituem atos ilícitos: I—Os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido. II—A deterioração ou destruição da coisa alheia, a fim de remover perigo iminente (arte. 1.519 e 1.520). Neste último caso, o ato será legítimo, somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo (Código Civil, art. 160 e parágrafo único).

Não há crime quando o agente pratica o fato: I —Em estado de necessidade. II—Em legítima defesa. III—Em estrito cumprimento do dever legal ou no exercício regular de direito. O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposo (Código Penal, art. 23, incs. I, II e III e parágrafo único).

Da responsabilidade criminal

Das modalidades diversas em relação ao paciente com AIDS e a terceiros.

A matéria não é fácil como pode parecer. É preciso ter em consideração a pessoa com AIDS tanto como agente responsável, ou como possível vítima, haja vista a existência de diversos crimes previstos pelo Código Penal que podem ser praticados por terceiros.

A pessoa portadora do vírus ou da AIDS é, sem dúvida, aquela que está sujeita ao maior número de infrações civis e penais. Se, ciente de que é portadora do vírus, passa a manter relações sexuais desordenadamente, com o propósito de transmitir a doença a terceiros, qual o crime?

Da periclitación da vida e da saúde

1º—Perigo de contágio de moléstia grave

Pune o Código Penal o crime de "perigo de contágio de moléstia grave", com pena de reclusão de 01 a 04 anos, àquele que praticar, com o fim de transmitir a outrem moléstia grave de que está contaminado, ato capaz de produzir o contágio. O objeto jurídico é a incolumidade física da pessoa. O tipo subjetivo está no dolo de dano, no elemento subjetivo do tipo "com o fim de transmitir" (Código Penal, art. 131).

2º—Perigo para a vida ou saúde de outrem

Comete crime de "perigo para a vida ou saúde de outrem", sujeito a pena de detenção de 03 meses a 01 ano, se o fato não constitui crime mais grave, aquele que expõe a vida ou a saúde de outrem a perigo direto e iminente. A conduta de "expor", corresponde a colocar ou pôr "a perigo direto e iminente", e o comportamento tanto pode ser comissivo ou emissivo (ação ou inação). (Código Penal, art. 132).

3º—Perigo de contágio venéreo

Cuida o Código Penal, no art. 130, do "perigo de contágio venéreo". Embora a transmissão da AIDS possa

ocorrer pela relação sexual, não se cuida efetivamente de "moléstia venérea".

Dos crimes contra a liberdade sexual

Dos crimes contra os costumes

Do concurso formal

Se a pessoa com AIDS age (de forma consciente da doença de que é portadora) e pratica qualquer dos crimes contra os costumes, não se a figura de boa técnica penal a aplicação ou reconhecimento das formas qualificadas previstas nos arts. 223 e 224, do Código Penal. Melhor será a adoção do concurso formal, por exemplo, estupro e perigo de contágio de moléstia grave, ou para a vida ou saúde de outrem (Código Penal, arts. 213 e 131, ou art. 213 e 132).

Dos crimes contra a honra.

Da difamação e da injúria

O terceiro que divulga desordenadamente que alguém é portador da doença, sendo ou não esse alguém doente, lembrando-se para melhor demonstrar o entendimento, das ações relacionadas aos casos confirmados, aos casos suspeitos aos comunicantes e aos grupos de risco, se o propósito resultar demonstrado na intenção de difamar, pela imputação de fato ofensivo à reputação no meio social em que vive, ocorrerá crime de difamação (art. 139, do Código Penal). Se esse comportamento gerar ofensa à dignidade ou ao decoro, ocorrerá crime de injúria (art. 140, do Código Penal).

Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação: Pena—detenção, de 03 meses a 01 ano, e multa (Código Penal, art. 139). Difamar é imputar a alguém fato ofensivo à sua reputação. O objeto jurídico é a honra objetiva, a reputação de que cada pessoa goza no meio social. O tipo subjetivo consiste no dolo de dano e o elemento subjetivo do tipo no propósito de ofender (Código Penal, art. 145).

Injuriar alguém ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro: Pena— detenção, de 01 a 06 meses, ou multa (Código Penal, art. 140). Injuriar é ofender o decoro ou a dignidade de alguém. O tipo objetivo compreende a opinião no sentido de que o agente transmite e precisa chegar ao conhecimento do ofendido. O tipo subjetivo é o dolo de dano e o elemento subjetivo do tipo é a intenção de ofender (Código Penal, art. 145).

Dos crimes contra a saúde pública

1º—Curandeirismo

Se a pessoa portadora do vírus for vítima de outrem que lhe prescreva, ministre ou aplique, habitualmente, qualquer substância, ou use gestos, palavras ou qualquer outro meio, ou mesmo faça diagnósticos, sem estar investida oficial e legalmente em função para tanto, haverá crime de curandeirismo (art. 284 do Código Penal).

Prescrever é receitar, ou indicar remédio. Ministrara corresponde a servir. Aplicar equipara-se a empregar, usar. A substância pode ser vegetal, animal ou mineral. Gestos são movimentos do corpo. Palavras podem ser entendidas como esconjurações, encomendações, rezas. O texto de lei ressalva ainda "qualquer outro meio". Diagnosticar é estabelecer uma doença pelos sintomas que são indicados. O tipo subjetivo consiste no dolo, na vontade livre e consciente de praticar o curandeirismo.

2º—Crime contra a saúde pública

Questiona-se também se esse comportamento pode dar ensejo a crime contra a saúde pública, como nos casos, entre outros:

a) Causar epidemia, mediante a propagação de germes patogênicos: Pena — reclusão, de 05 a 15 anos. Se

do fato resulta morte, a pena é aplicada em dobro. No caso de culpa, a pena é de detenção, de 01 a 02 anos, ou, se resulta morte, de 02 a 04 anos (Código Penal, art. 267, § 1º e § 2º).

b) Deixar o médico de denunciar à autoridade pública doença cuja notificação é compulsório: Pena—detenção, de 06 meses a 02 anos, e multa (Código Penal, art. 269).

c) Infringir determinação do Poder Público, destinada a impedir introdução ou propagação de doença contagiosa: Pena — detenção, de 01 mês a 01 ano, e multa. A pena é aumentada de um terço, se o agente é funcionário da saúde pública ou exerce a profissão de médico, farmacêutico, dentista ou enfermeiro (art. 268 e parágrafo único). Por seu lado, diz o Código de Ética Médica ser vedado ao médico deixar de colaborar com as autoridades sanitárias ou infringir legislação pertinente (art. 44).

Não há, como no caso de homicídio e de tentativa de homicídio, norma especial. E, a mesma prudência ali reclamada aqui também se faz presente.

Dos crimes contra a paz pública

Do erro sobre elementos do tipo

É preciso ter em conta se não ocorre em qualquer das hipóteses incitação ao crime, pois incitar publicamente à prática de crime sujeita o agente à pena de 03 a 06 meses de detenção ou multa. O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei (Código Penal, art. 286 e 20).

Dos crimes contra a inviolabilidade dos segredos.

Violação de segredo profissional

A violação do segredo profissional, sem justa causa, de quem tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem, constitui crime punível com detenção de 03 meses a 01 ano, ou multa (Código Penal, art. 154). O tipo objetivo compreende a proteção do segredo. O tipo subjetivo consiste no dolo, na vontade livre e consciente de revelar, ciente o agente do perigo de dano.

Da falsidade documental

1º—Certidão ou atestado ideologicamente falso

Atestar ou certificar falsamente, em razão de função pública, fato ou circunstância que habilite alguém a obter cargo público, isenção de ônus ou de serviço de caráter público, ou qualquer outra vantagem, constitui infração penal punível com detenção de 02 meses a 01 ano (Código Penal, art. 301). O tipo objetivo compreende em atestar ou certificar falsamente. O tipo subjetivo consiste no dolo, na vontade livre e consciente de atestar ou certificar falsamente.

2º—Falsidade material de atestado ou certidão

Falsificar, no todo ou em parte, atestado ou certidão, ou alterar o teor de certidão ou de atestado verdadeiro, para prova de fato ou circunstância que habilite alguém a obter cargo público, isenção de ônus ou de serviço de caráter público, ou qualquer outra vantagem, constitui infração penal punível com detenção de 03 meses a 02 anos. Se o crime é praticado com o fim de lucro, aplica-se, além da pena privativa de liberdade, a de multa (Código Penal, art. 301, § 1º e § 2º). O tipo subjetivo é semelhante ao do "caput".

3º—Falsidade de atestado médico

Dar o médico, no exercício da sua profissão, atestado falso, sujeita-o a pena de detenção de 01 mês a 01 ano. Se o crime é cometido com o fim de lucro, é aplicável também a multa (Código Penal, art. 302 e

parágrafo único). O tipo subjetivo é o dolo, a vontade livre e consciente de atestar com falsidade.

Da execução da pena em relação ao paciente com AIDS e da prisão domiciliar

1 °—Do paciente com AIDS e da prisão domiciliar

Verifica-se da Lei de Execuções Penais que somente se admitirá o recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular quando se tratar de condenado acometido de doença grave (art. 117, inc. II, da Lei N° 7.210, de 1984).

"Diante de uma doença misteriosa, altamente contagiosa, cujos efeitos maléficos e perniciosos ainda não estão suficientemente conhecidos pela Ciência moderna, concede-se ao condenado aidético o direito de cumprir a pena em prisão domiciliar, ressalvada a hipótese do surgimento de circunstâncias posteriores que aconselhem ou autorizem a revogação ou substituição da medida" (Habeas-corpus— 9.218, Vitória, ES, 1° Cam., j. 03/06/87, "In" RT 623/334).

"AIDS. Portador assintomático, não apresentando indícios da manifestação da síndrome de imunodeficiência adquirida. Empenho do Juízo na obtenção da transferência para estabelecimento adequado ao regime semi-aberto, concedido ao paciente. Ordem denegado" (Apelação Criminal 80.981-3, 5° Câmara Criminal, j. de 01/11/89, TJSP, "In" RJTJESP 125/577).

2°—Do paciente com AIDS e do indulto

O Decreto N° 668, de 16 de outubro de 1.992, concede indulto aos condenados a penas privativas de liberdade superiores a 04 anos, que, até a data da publicação, mantendo bom comportamento, satisfaçam alguns dos requisitos ali delineados, entre eles, de "encontrar-se em estado avançado de doença grave ou moléstia incurável contagiosa, comprovada por laudo médico oficial circunstanciado".

Esse dispositivo deve ser aplicado mesmo que a sentença condenatória esteja em grau de recurso interposto pela Defesa, sem prejuízo do respectivo julgamento pela Instância Superior. No caso de recurso pela Acusação, se for negado provimento, não impedirá a concessão do benefício.

No Recurso de Agravo N° 118.534-3/3, a 1° Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, por votação unânime, não concedeu indulto a réu acometido da doença, porque, "...embora não se discuta a incurabilidade e a possibilidade de enorme potencial de contágio do vírus HIV, não ficou demonstrado que a moléstia decorrente desse vírus tenha atingido já os estágios avançados, que poderiam permitir a concessão do indulto". O acórdão fundamenta-se no Decreto N° 98.389, de 13 de novembro de 1989, arte. 1°, e 2°, inc. III.

3°—Do paciente com AIDS e da prisão albergue

Agravo em Execução N° 549.387-1-SP, 5° Cam. TACrimSP, j. 25/01/89: "Agente portador de AIDS que requer concessão do benefício na modalidade domiciliar. Doente que não se encontra em fase terminal. Inadequação da situação ao disposto no art. 117, II, da Lei de Execuções Penais. Agravo impróvido".

Das distinções entre responsabilidade penal e responsabilidade civil

Para aplicação da pena deve-se atentar ao princípio *Nulla poena sine lege, nalla poena sine crimine, nallum crimen sine poena legale* (Não há pena sem lei (que a define), não há pena sem crime, não há crime sem pena legal). Haverá responsabilidade penal com violação da lei. Haverá responsabilidade civil com o prejuízo, com o dano. A sanção penal mantém a ordem social. O ressarcimento do prejuízo oferece cobertura ampla ao patrimônio lesado.

O objetivo da norma penal está na reação do Estado para a satisfação da ordem pública, punindo o agente responsável. O fim colimado pela norma cível está na restituição ao lesado do *statu quo*, da forma mais ampla possível.

Abstract—*AIDS and the Law*

The author focus on situations in which the patient with HIV can raise law problem, bringing to the reader's consideration all the juridical norm that can be applied to rule the relationship between the patient with HIV and the society.

Articles of the Brazilian Constitution, of the Civil Code and the Penal Code, of the Work Accident Law, of the Code of Medical Ethics, in addition to articles of Administrative Rules, are revised in order to suit all of them to the situation of the patient with AIDS.

The study is developed in the civil, criminal and work accident legislation fields.

Bibliografia

1. Barbosa AACN. *Direito à própria imagem: aspectos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1989:103
2. Bevilacqua C. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1958. v.1, p.174,177.
3. Dias JA. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Ed. Rev. Forense, 1944. v.1, p.201-2.
4. Espinola E. *Sistema* v.2, p.99. "Apud" Dias JE. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Ed. Rev. Forense, 1944. vol.1, p.202-3.
5. Gonçalves LC. *Comentários ao código civil português*. São Paulo: Max Limonad, 1957. v.12, t.2,p.371.
6. Mendonça JXC. *Doutrina e prática das obrigações*. Rio de Janeiro: Ed. Freitas Bastos, 1954. vol.2, p.438, 450, 739.
7. Pedrotti IA. *Responsabilidade civil*. São Paulo: LEUD, 1990. v.2, p.623-4.
8. Pontes de Miranda. *O dano moral e sua reparação*. São Paulo: Forense, 1983.

Endereço para correspondência:

Rua Baronesa de Itu, 544/81
01231-000 São Paulo - SP

[Índice Revista](#)