

PROTEÇÃO PENAL DA INTEGRIDADE FÍSICA DO FETO – ESTUDO A PARTIR DE UM CASO CONCRETO¹

Mariângela Gama de Magalhães Gomes

Danilo Martini de Moraes Ponciano de Paula

Eduardo Augusto Alves José Ferioli Pereira

Fábio Roberto Cabar

Naiara Vilardi Soares Barberio

1. INTRODUÇÃO



Em 1981, foi identificada, pela primeira vez, a síndrome da imunodeficiência adquirida (AIDS). Atualmente, a infecção pelo vírus da imunodeficiência humana (HIV) representa fenômeno global, dinâmico e se destaca entre as doenças infecciosas emergentes pela grande magnitude e extensão dos

¹ Trabalho apresentado pela Professora Associada de Direito Penal da Faculdade de Direito da USP, Dra. Mariângela Gama de Magalhães Gomes, no Colóquio de Direito Luso-Brasileiro realizado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, no dia 16 de maio de 2014. Este trabalho é resultado dos estudos realizados pelo Grupo de Pesquisa em Temas Atuais de Direito Penal do Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

danos causados aos indivíduos. Desde a sua origem, cada uma de suas repercussões tem sido exaustivamente discutida pela comunidade científica e pela sociedade em geral.

A epidemia de AIDS mostra-se bastante complexa, com subepidemias regionais. No Brasil, assim como em alguns países da América do Sul, Sudão, Tailândia e Etiópia, a prevalência da infecção pelo HIV é superior a 5% em uma ou mais subpopulações com comportamento de alto risco, mas a prevalência entre gestantes atendidas em clínicas de acompanhamento da gestação (clínicas de pré-natal) revela-se menor do que 5%. Tal característica difere da epidemia generalizada, que ocorre nos países da África subsaariana e Haiti, onde a infecção pelo HIV deixou de ser restrita às subpopulações de comportamento de risco, que apresentam elevadas taxas de prevalência da infecção, e a prevalência entre gestantes atendidas em clínicas de pré-natal é igual ou superior a 5%.²

Refletindo as enormes desigualdades sociais brasileiras, a disseminação da infecção pelo HIV no Brasil revela epidemia de múltiplas dimensões que sofre, ao longo do tempo, transformações significativas em seu perfil epidemiológico. No início era restrita às metrópoles nacionais (São Paulo e Rio de Janeiro), era predominantemente masculina, atingindo homens com prática homossexual e indivíduos hemofílicos; em 1984, 71% dos casos notificados eram referentes a homossexuais e bissexuais masculinos. Posteriormente, seguiu-se certa estabilização na prevalência da infecção, especialmente entre homens pertencentes aos estratos sociais médios urbanos, em meio aos quais verificou-se relevante mobilização social e mudança de comportamento no sentido de práticas sexuais mais seguras.³

Logo após este primeiro momento, houve importante

² M. ZUGAIB, *Obstetrícia (Doenças Sexualmente Transmissíveis)*, 1ª ed., Barueri: Manole, 2008, pp. 965-1000.

³ F.R. CABAR, *Obstetrícia Principais Temas para Provas de Residência Médica (Síndrome da Imunodeficiência Adquirida e Gestação)*, 10ª ed. São Paulo: Medcel, 2014, pp. 85-98.

aumento na proporção de transmissão heterossexual: de 6,6 %, em 1988, para 39,2% em 1998. Esta característica tem contribuído de modo decisivo para o aumento de casos em mulheres, traduzido na progressiva redução da razão de sexo (razão entre os casos do sexo masculino e os casos do sexo feminino), em todas as categorias de exposição: passaram de 24:1, em 1985, para 6:1 em 1990 e 2:1 em 1997. Assim, pode-se dizer que há, na atualidade, processos de heterossexualização, feminização, além de interiorização e da pauperização da epidemia⁴. No início dos anos 2000, entre as mulheres contaminadas, 57% eram donas de casa, em todos os níveis de escolaridade, na faixa etária de 20 a 39 anos. Por sua vez, a feminilização da epidemia ocasionou o aumento dos casos de crianças infectadas por transmissão materno-infantil (TMI). Também chamada de transmissão vertical, a TMI pode ocorrer durante a gestação, o parto ou a amamentação, sendo que cerca de 65% dos casos ocorrem durante o trabalho de parto. Em 1986, esta categoria correspondia a 0,2% do total de casos e, em 2000, representava 2,6%. Dentre os fatores associados à TMI, destacam-se: a alta carga viral materna, tempo prolongado de rotura da bolsa amniótica, a presença de infecção sexualmente transmissível, o tipo de parto, o parto prematuro e o uso de drogas injetáveis³.

Os avanços tecnológicos e o melhor conhecimento da doença permitiram o surgimento de novas estratégias diagnósticas, profiláticas e terapêuticas, a que pode ser atribuído o significativo aumento da sobrevida dos doentes. Além disso, o desenvolvimento dos conhecimentos e a utilização de tecnologias cada vez mais eficazes fez com que a AIDS tivesse sua história natural alterada: da evolução rápida e letal dos primeiros casos, a doença assumiu caráter crônico, em que longos períodos assintomáticos são interrompidos pelo surgimento de

⁴ A. M. T. GOMES, E. M. P. SILVA; D. C. de OLIVEIRA, Representações sociais da AIDS para pessoas que vivem com HIV e suas interfaces cotidianas, *in* Revista Latino-Americana de Enfermagem, vol. 19, no 3, 2011.

infecções oportunistas. O tratamento antirretroviral combinado foi extremamente importante para esta alteração da história natural da AIDS⁵. Desde 1994, sabe-se que o uso da zidovudina (AZT) pela gestante infectada e pelo recém-nascido, durante as primeiras semanas de vida, pode reduzir em cerca de 70% o risco de a criança ser infectada, sendo considerado um dos principais avanços no conhecimento sobre a AIDS. Além disso, o uso de terapia antirretroviral combinada, ou seja, a utilização simultânea de duas ou mais drogas, é capaz de reduzir significativamente a carga viral no sangue da gestante, reduzindo, assim, o risco de transmissão do HIV para o recém-nascido.⁶

Os governantes do Brasil vêm se empenhando para reduzir as taxas de transmissão vertical do HIV no país. Entre as medidas tomadas nos últimos anos, destacam-se o aconselhamento e a realização de sorologia para HIV durante o acompanhamento pré-natal, a administração de drogas antirretrovirais para as gestantes infectadas, a utilização da zidovudina durante o trabalho de parto e a contra-indicação ao aleitamento materno. Importante ressaltar que esses procedimentos estão disponíveis a toda população de forma universal e gratuita. Em estudo realizado no Estado de São Paulo, anterior à introdução da terapia antirretroviral universal, a taxa de transmissão vertical foi estimada em 16%; estudo posterior, realizado no Rio de Janeiro, que acompanhou gestantes infectadas pelo HIV, mostrou redução acentuada da TMI, para 3% entre aquelas que seguiram todas as recomendações médicas preconizadas⁷.

Desta forma, resta absolutamente clara a importância da utilização das medidas de prevenção no sentido de se evitar que

⁵ J.G BARTLETT, J.E. GALLANT. Tratamento clínico da infecção pelo HIV. Baltimore: Johns Hopkins University, 2001-2002.

⁶ P. R. B. de SOUZA JR., C. L. SZWARCWALD, A. BARBOSA JR., M. F. de Carvalho, E. A. de CASTILHO, Infecção pelo HIV durante a gestação: Estudo-Sentinela Parturiente, *in* Rev. Saúde Pública, vol.38, no.6, 2004.

⁷ Ministério da Saúde, Secretaria de Vigilância Epidemiológica, Programa Nacional de DST e Aids, Recomendações para profilaxia da transmissão vertical do HIV e terapia anti-retroviral em gestantes, 2002/2003. Brasília: Ministério da Saúde; 2003.

o filho da gestante infectada pelo HIV nasça com a doença, crônica, porém fatal.

A aderência a tratamentos é tema bastante importante, principalmente quando se trata de doenças crônicas. Trata-se da conduta do paciente no sentido de seguir a prescrição médica, que abrange a posologia, a quantidade de medicamentos por horário, o tempo de tratamento e as recomendações especiais para determinados medicamentos. O termo pode ainda ser interpretado de maneira mais ampla, como uma atividade na qual o paciente não apenas obedece as orientações médicas, mas segue, entende e concorda com a prescrição estabelecida pelo médico. Representa um acordo entre o médico e o paciente, relação em que são firmadas as responsabilidades de cada um e também de todas as outras pessoas envolvidas no processo.

A aderência ao tratamento é ainda mais importante para pessoas infectadas pelo HIV. O uso incorreto dos medicamentos antirretrovirais está relacionado diretamente à falência terapêutica, facilitando o aparecimento de cepas do vírus que sejam resistentes aos medicamentos disponíveis. Como o número e as combinações destes ainda são limitadas, o uso inadequado e irregular dessas drogas pode criar situações nas quais serão necessárias combinações com mais de quatro drogas, o que acaba por comprometer ainda mais a aderência. Para manter a carga viral indetectável por tempo mais longo e obter aumentos significativos na contagem de linfócitos CD4+, a aderência aos medicamentos deve ser superior a 90%. Em gestantes, este fator é ainda mais importante, visto que o tratamento inadequado expõe o conceito ao risco de transmissão vertical do vírus⁸.

2. DESCRIÇÃO DO CASO CONCRETO

M.J.S, 28 anos, encontrava-se na quarta gestação em

⁸ M. WILDE, R. PATERSON, Fusion inhibitors in HIV infection. Summary and table, *in* Drugs R D, Auckland: Adis, Springer International, 1999.

2011. As gestações anteriores resultaram dois filhos (vivos e saudáveis) e um aborto espontâneo. No momento do diagnóstico de gestação índice, a paciente encontrava-se no quarto mês de gravidez; já era conhecedora de seu *status* sorológico, tendo recebido o diagnóstico de positividade para HIV em setembro de 2010, sendo que, até aquele momento, não havia indicação médica para utilização de medicamentos antirretrovirais. Durante a primeira consulta do acompanhamento pré-natal, M.J.S. foi orientada a respeito dos riscos envolvidos para ela própria e para seu conceito em virtude da infecção; foram solicitados exames gerais (indicados para todas as gestantes) e específicos (como carga viral, contagem de linfócitos CD4+ e CD8+), assim como recomendou-se, explicitamente, que a paciente iniciasse imediatamente a utilização de medicação antirretroviral, conforme Protocolo Assistencial para gestantes infectadas pelo HIV do Ministério da Saúde do Brasil. Após não comparecer à consulta para acompanhamento pré-natal, agendada para o mês seguinte à primeira visita, foi ativamente convocada pela assistente social a comparecer ao Serviço Médico. No retorno, encontrava-se com seis meses de gestação e os exames mostraram alta carga viral, linfócitos CD4+ e CD8+ sem alterações significativas, sendo considerados normais os demais exames de pré-natal. A paciente informou, naquela oportunidade, não estar tomando regularmente a medicação prescrita, por “decisão própria”; foi novamente orientada a respeito dos riscos envolvidos e da importância da utilização dos medicamentos para prevenção da infecção de seu conceito. Embora novos exames tivessem sido solicitados e nova consulta pré-natal fosse agendada para o mês seguinte, a gestante somente retornou à consulta para acompanhamento pré-natal após dois meses, afirmando ainda não ter iniciado o tratamento medicamentoso prescrito. Exames de sangue mostraram aumento discreto da carga viral sanguínea, além de pequena diminuição nas concentrações de CD4+, confirmando, naquele momento, o não cum-

primento das recomendações médicas. Diante desses fatos, a equipe médica discutiu a possibilidade de internação da gestante para realização do tratamento, o que foi prontamente rejeitado por não haver indicação médica que justificasse tal conduta: a medicação estava disponível, sendo oferecida gratuitamente pelo Sistema Único de Saúde (SUS), a administração das drogas deveria ocorrer por via oral e, além do mais, a permanência de indivíduo portador de HIV em ambiente hospitalar pode significar aumento de risco de infecção oportunistas, o que é absolutamente indesejável. Apesar das recomendações recebidas, tal gestante só voltou ao hospital em trabalho de parto, aos nove meses de gestação. A partir daí, todas as medidas médicas foram ativamente tomadas no sentido da prevenção da TMI: administração materna, por via endovenosa, de zidovudina nas doses preconizadas durante todo o trabalho de parto, além de oferecimento de tratamento profilático adequado ao recém-nascido (xarope de zidovudina); a amamentação natural foi formalmente contraindicada. No pós-parto, a paciente foi encaminhada para acompanhamento médico em ambulatório de doenças infecto-contagiosas e o recém-nascido foi matriculado em ambulatório de pediatria de serviço médico terciário. Os primeiros exames de sorologia mostraram que a criança era portadora do HIV, o que foi confirmado em exames posteriores.

Desde 1999, quando os procedimentos para prevenção de transmissão de HIV passaram a ser adotados no Hospital das Clínicas da Universidade de São Paulo, este foi o primeiro caso em que se verificou a transmissão do vírus HIV da mãe para seu filho.

3. DAS IMPLICAÇÕES JURÍDICO-PENAIAS

Diante do caso descrito, surgem questionamentos acerca do tratamento penal que deve ser dado à matéria, uma vez

que, claramente, a saúde da criança recém-nascida encontrou-se comprometida devido a um comportamento deliberado e evitável por parte da sua mãe.

Pressuposto para qualquer análise é a constatação de que a saúde é, no Brasil, bem jurídico com *status* constitucional, indispensável para o desenvolvimento do ser humano.

Ao estabelecer que a vida é um direito fundamental para todos os cidadãos, o art. 5º da Constituição Federal brasileira também acaba por inserir a saúde entre os elementos essenciais para o desenvolvimento do ser humano; mais do que isso, o mesmo texto constitucional elegeu a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro (artigo 1º, III, CF), o que implica que o direito à vida não é o direito a qualquer forma de vida, mas há a necessidade de se assegurar uma vida digna, o que necessariamente implica o amparo da saúde.

De forma ainda mais expressa e direta, a saúde é considerada um direito social e um dever do Estado, encontrando-se assegurada entre os artigos 196 e 200 da Constituição Federal. A tutela deste direito é realizada pelo Estado de diversas formas: pela prestação de serviços médicos gratuitos, pela judicialização de demandas que obrigam o Estado a fornecer medicamentos para o tratamento de determinadas doenças, pela tipificação de condutas que possam originar danos à saúde de terceiros.

Feitas essas observações, buscar-se-á identificar o tratamento que, eventualmente, poderá ser dado pelo ordenamento jurídico-penal brasileiro a situações concretas como a descrita acima, tendo em vista aquilo que já foi enfrentado pela doutrina e pela jurisprudência nacionais em casos que guardam alguma semelhança com o objeto deste trabalho.

4. EM BUSCA DE UM ENQUADRAMENTO JURÍDICO-PENAL

4.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

De início, cabe observar que os únicos tipos penais que tratam especificamente da proteção do feto, no direito brasileiro, são aqueles referentes ao crime de aborto. Este delito, como se sabe, refere-se à conduta de quem, dolosamente, causa a morte do produto da concepção, durante o período da gestação. Não se adequa, portanto, ao caso em tela, uma vez que não há, aqui, a morte do feto, mas apenas o comprometimento de sua saúde.

Na tentativa de verificar eventual adequação típica da conduta acima descrita, optou-se, nesse trabalho, por analisar, primeiramente, a forma como nossos tribunais vêm tratando os casos em que o agente, sabendo-se portador do vírus HIV, pratica relações sexuais sem preservativos com parceiro que desconhece sua condição ou, mesmo, perpetra qualquer outro ato hábil a transmitir o vírus, de modo consciente e voluntário⁹. Embora claramente diversa da conduta da gestante que opta por não evitar a transmissão de doença ao nascituro, a escolha desse método comparativo fundamenta-se na constatação de que são estas as principais hipóteses enfrentadas pela jurisprudência quando o assunto diz respeito à transmissão do HIV, o que não deve ser desprezado no estudo que será desenvolvido. Em seguida, a partir dos resultados obtidos, buscar-se-á um cotejamento com as fontes doutrinárias e com experiências em ordenamentos jurídicos estrangeiros.

4.2. DA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

Sinteticamente, pode-se dizer que, nos mais diversos

⁹ Vale destacar que, ainda que haja uma série de situações hipotéticas em que um agente atue de modo a tornar possível a transmissão do vírus, os julgados atinentes à matéria versam, em sua maioria, a respeito de práticas sexuais.

casos, as condutas aptas a vulnerar a saúde de terceiros pela transmissão do HIV têm sido definidas juridicamente com base em um dos três tipos penais que se seguem: o homicídio – às vezes, até mesmo, em sua forma qualificada pelo uso de meio insidioso (art. 121, § 2º, inciso III, do CP) –, a lesão corporal grave da qual resulta enfermidade de natureza incurável (art. 129, § 2º, inciso II, do CP) e o crime de perigo de contágio de moléstia grave (art. 131 do CP). Quanto ao homicídio, de modo geral, as denúncias são oferecidas pela modalidade tentada (art. 14, inciso II, do CP), uma vez que, nesta fase da persecução, ainda que alguns sintomas da AIDS já tenham se manifestado, não se concretizou o resultado morte causalmente vinculado ao vírus HIV.

Em uma primeira abordagem, é possível identificarmos uma evolução linear da jurisprudência no que diz respeito ao enquadramento típico das condutas aqui examinadas. Como já foi dito, por ser este o substrato fático mais corriqueiro nos julgados, com algumas poucas exceções, os casos mencionados tratarão de atos sexuais envolvendo agente soropositivo que omite esta informação do parceiro e deixa de tomar as cautelas cabíveis para evitar o contágio. Assim, de início, não seria desacertado afirmar que, em sua generalidade, julgados mais antigos – de fins dos anos de 1990 e início da década de 2000 – optavam pela qualificação objetiva dos fatos como tentativa de homicídio¹⁰.

¹⁰ Nesse sentido: TJRS, 2ª Câmara Criminal, Rel. Des. Marcelo Bandeira Pereira, Recurso Criminal n. 698485232, j. 17/12/1998. Neste acórdão, é bom que se ressalte, os julgadores não optaram pela qualificação definitiva dos fatos como tentativa de homicídio. Tratando-se de recurso em sentido estrito interposto pela defesa em face da decisão de pronúncia, como se pode inferir a partir da leitura do voto do relator, a Câmara julgadora entendeu, tão-somente, que, ante a descrição fática, era de rigor a remessa do feito para julgamento pelo Tribunal do Júri. Assim, nos termos do voto do relator, apenas o Conselho de Sentença poderia decidir sobre a eventual configuração do *animus necandi*. Como apontado por Andrei Zenkner Schmidt (“Aspectos jurídico-penais da transmissão da AIDS”, in *RBCCrim* v. 37, jan./mar. de 2002, p. 211), em razão dessa decisão foi impetrado *habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, HC n. 9.378/RS,

Não obstante, em tempo próximo, com o desenvolvimento de técnicas e tratamentos que têm se mostrado bastante eficazes, os pacientes soropositivos, ainda que não curados definitivamente, têm conseguido um padrão de vida estável com o uso de antirretrovirais. Essa evolução no campo médico-farmacêutico parece ter influenciado nos posicionamentos dos tribunais brasileiros; estes, em alguma medida, passaram a ter em conta as chances – agora mais reduzidas – de a contaminação pelo vírus resultar em morte da vítima, desde que esta receba um acompanhamento terapêutico adequado.

Vale mencionar, a título ilustrativo, julgado relativamente recente do Tribunal de Justiça de São Paulo¹¹ em que é descrita esta *evolução* no tratamento jurisprudencial da matéria,

j. 18/10/1999) que, à unanimidade, ratificou o posicionamento da corte gaúcha, entendendo possível a tipificação como tentativa de homicídio.

Igualmente nesse sentido, pode-se citar: TJSP, Terceiro Grupo de Câmaras Criminais, Rel. Des. Luzia Galvão Lopes, Revisão Criminal n. 232.233-3/1-00, j. 14/09/2000. Neste julgamento, o peticionário pretendia a desconstituição de sentença emanada do Tribunal do Júri e que o havia condenado pela prática de duas tentativas de homicídio qualificado (art. 121, § 2º, incisos I e IV, do Código Penal), sendo uma delas em concurso formal com o crime de atentado violento ao pudor (art. 214 do CP, antes da reforma promovida pela Lei n. 12.015/09) e a outra acompanhada da causa de aumento prevista na antiga redação do § 4º do art. 121, *in fine* (homicídio doloso praticado contra menor de 14 anos). Para os fins aqui pretendidos, basta destacar que o peticionário pleiteava o reconhecimento de decisão manifestamente contrária à prova dos autos em relação a uma das tentativas de homicídio, sustentado ausência de comprovação de *animus necandi* e impossibilidade de transmissão do HIV por beijo. A despeito da manifestação da Procuradoria de Justiça pela procedência do pedido com atribuição de nova qualificação jurídica ao fato, a relatora, pautada em citação de trecho da 11ª edição da obra “Medicina Interna de Harrison”, votou pela manutenção da decisão rescindenda, visto que o autor havia beijado a vítima “de maneira agressiva e perfeitamente capaz de produzir a transmissão de saliva ou substância hematóide infectada”. Os demais julgadores, unanimemente, acompanharam o voto, no qual também se lê que é presumível o *animus necandi*, “uma vez que o resultado morte é consequência normal da AIDS”.

¹¹ TJSP, 1ª Câmara Criminal, Rel. Des. Figueiredo Gonçalves, Recurso em Sentido Estrito n. 0023398-40.2009.8.26.0590, j. 10/09/2012. Neste caso, a Câmara julgadora decidiu pela manutenção da decisão do magistrado de primeiro grau que determinou a desclassificação e remessa dos autos ao juízo competente, por entender que não haveria crime doloso contra a vida, sendo que a denúncia havia sido oferecida por tentativa de homicídio qualificado pelo uso de meio insidioso.

a qual teria permanecido atrelada ao progresso das ciências médicas. No voto do relator, incorporado ao acórdão, pode-se ler expressamente que a imputação de homicídio – consumado ou tentado, a depender da situação – era a via corrente no tempo em que os tratamentos disponíveis, ainda limitados, não poderiam garantir muito mais do que “alguma sobrevida ao doente”. Isto teria sido alterado em tempo recente, quando a síndrome da imunodeficiência humana passou a ser tomada por especialistas em infectologia como doença crônica, que pode ser compatível com uma vida de qualidade, desde que o paciente seja guarnecido pelos fármacos e terapias necessários.

Assim, estaria aberto o caminho para a atribuição de qualificações jurídicas diferentes do homicídio (consumado ou tentado) – em especial, os crimes de lesão corporal gravíssima (em razão da enfermidade permanente decorrente da contaminação) e de perigo de contágio de moléstia grave. Ressalte-se que não se pretende discutir, neste momento, questões referentes à tipicidade subjetiva, que assumem inegável importância nas abordagens doutrinárias a respeito deste tema¹². Por seu potencial para figurar como *leading cases* em julgamentos posteriores, vale o destaque para dois acórdãos prolatados pelas Cortes Superiores brasileiras em tempo recente.

O primeiro deles, do Supremo Tribunal Federal¹³, é um *habeas corpus* impetrado em favor de paciente a quem foi atribuída a prática de tentativa de homicídio, pois este, conhecedor de sua condição de portador do HIV, teria mantido, em tempos distintos, “relacionamento amoroso e sexual” com três mulheres, que desconheciam sua doença. O *writ* pretendia, em síntese, a desclassificação para o tipo previsto no art. 131 do CP,

¹² Para fazer apenas uma referência, Cezar Roberto BITENCOURT (*Tratado de Direito Penal*, v. 2. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, p. 220) entende que, no caso da transmissão do HIV, o enquadramento delitivo como perigo de contágio de moléstia grave, lesão corporal ou, ainda, homicídio, dependerá, basicamente, da “intenção do agente”.

¹³ STF, Primeira Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, HC n. 98.712/SP, j. 05/10/2010.

evitando, assim, o julgamento pelo Tribunal do Júri. O relator, Ministro Marco Aurélio, manifestou-se no sentido de que “descabe cogitar de tentativa de homicídio na espécie, porquanto há tipo específico considerada a imputação – perigo de contágio de moléstia grave. Verifica-se que há, até mesmo, presente o homicídio, a identidade quanto ao tipo subjetivo, sendo que o do artigo 131 é o dolo de dano, enquanto, no primeiro, tem-se a vontade consciente de matar ou assunção de risco de provocar a morte. Descabe potencializar este último a ponto de afastar, consideradas certas doenças, o que dispõe o artigo 131 (...)”.

O voto do relator foi acompanhado pelos Ministros Dias Toffoli e Cármen Lúcia, até a interrupção do julgamento pelo pedido de vista do Ministro Ayres Britto. Na sessão em que este foi retomado, o Ministro Ayres Britto proferiu seu voto, discordando do relator quanto à qualificação jurídica que este atribuíra aos fatos postos para análise. Calcado em lições doutrinárias a respeito do tema, bem como em pesquisa acerca da criminalização da transmissão do HIV no Europa, o voto-vista orientou-se no sentido de que, em última análise, a transmissão dolosa do HIV, considerados os resultados que dela podem advir, pode ser considerada, juridicamente, como qualquer das condutas típicas supramencionadas (homicídio, lesão corporal gravíssima em razão da enfermidade permanente ou perigo de contágio de moléstia grave). E, com relação ao quadro fático do caso específico examinado naquele *habeas corpus*, o Ministro entendeu que poderia haver a desclassificação, ante a manifesta ausência de *animus necandi*, mas não a precisa atribuição de nova qualificação jurídica, a qual teria de ser dada pelo juízo competente.

A decisão foi dada de forma unânime – para afastar o julgamento pelo Tribunal do Júri¹⁴ –, mas, se examinados deti-

¹⁴ A competência do Tribunal do Júri – colegiado heterogêneo composto por um juiz togado (juiz de direito que figura como seu presidente) e por jurados (juizes leigos escolhidos entre os cidadãos) – vem fixada no art. 5º, inciso XXXVIII, “d”, da Constituição Federal do Brasil de 1988. No dispositivo referido, há previsão no

da e individualmente os pronunciamentos de cada ministro, podem ser observadas divergências. De fato, o próprio Ministro Ayres Britto chegou a asseverar que, se lhe fosse dado desclassificar o delito, “*desclassificaria para ‘lesão corporal qualificada pela enfermidade incurável’*”. Também nessa linha, a posição do Ministro Ricardo Lewandowski, para quem “*no atual estágio da ciência, a enfermidade é incurável, quer dizer, ela não só é grave, nos termos do artigo 131, como também é incurável*”¹⁵.

Já o mencionado julgado do Superior Tribunal de Justiça¹⁶ – igualmente, um *habeas corpus* – demonstra maior precisão quanto à definição de uma figura típica objetiva. Neste caso, no mérito, o impetrante pretendia o enquadramento da conduta do paciente¹⁷ – condenado por lesão corporal gravíssima em razão da enfermidade incurável resultante – em um dos tipos penais constantes do Capítulo III do Título I da Parte Especial do Código Penal (“Da periclitación da vida e da saú-

sentido de que fica reservada ao júri “a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida”, quais sejam, o homicídio, o induzimento, instigação ou auxílio a suicídio, o infanticídio e o aborto. Conforme adverte Gustavo BADARÓ (*Processo Penal*. Rio de Janeiro: Elsevier/Campus, 2012, p. 467), esta é uma competência mínima e obrigatória do Tribunal do Júri, decorrente da letra da própria Constituição, mas não há impedimentos para que a lei infraconstitucional a amplie, o que, contudo, não se verifica na atual legislação brasileira. Na decisão comentada, ao afastar o julgamento pelo Tribunal do Júri, o Supremo Tribunal Federal considerou incontestemente a não caracterização do homicídio (consumado ou tentado), ainda que não tenha se posicionado, de forma unânime, quanto à melhor qualificação jurídica dos fatos.

¹⁵ Em sentido próximo é o posicionamento de Guilherme de Souza NUCCI (*Código Penal Comentado*. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 658) para quem o tipo penal do art. 131 se afigura insuficiente, uma vez que a AIDS “ainda é considerada uma doença letal”.

¹⁶ STJ, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, HC n. 160.982/DF, j. 17/05/2012.

¹⁷ Do voto da relatora é possível extrair que a conduta do paciente atendeu ao padrão já descrito: prática de relações sexuais, durante um determinado intervalo temporal, sem uso de preservativos, com vítima desconhecedora de sua condição de portador do HIV, o que possibilitou a conclusão das instâncias ordinárias pela verificação do dolo eventual.

de”)¹⁸.

Em seu voto, a relatora – que foi acompanhada por todos os integrantes da Turma julgadora –, fez expressa referência ao HC n. 98.712/SP do STF, especialmente ao voto-vista do Ministro Ayres Britto e ao mencionado posicionamento do Ministro Lewandowski, para concluir que, do modo como os fatos e as provas vinham dispostos, a melhor solução seria a manutenção da capitulação jurídica já conferida (art. 129, § 2º, inciso II, do Código Penal). Da leitura do acórdão, também é possível inferir que esta decisão foi pautada na convicção de que, no atual estágio da ciência, a síndrome da imunodeficiência adquirida ainda se enquadra na definição de “enfermidade incurável”.

Estaria, assim, caracterizada a evolução linear mencionada no início. A alteração de entendimento, como dito, poderia ser relacionada ao progresso das ciências médicas e farmacêuticas¹⁹ e, de fato, esta inclinação demonstrada pelo STF e também pelo STJ nos últimos anos parece ter sido, já há algum tempo – mesmo antes das decisões das Cortes Superiores –, incorporada por Tribunais de Justiça estaduais²⁰. Todavia, ain-

¹⁸ Neste capítulo, inserem-se os seguintes crimes: perigo de contágio venéreo, perigo de contágio de moléstia grave, perigo para a vida ou saúde de outrem, abandono de incapaz, exposição ou abandono de recém-nascido, omissão de socorro, condicionamento de atendimento médico-hospitalar emergencial e, por fim, o delito de maus-tratos.

¹⁹ Nos debates havidos durante a primeira sessão de julgamento do indigitado *habeas corpus*, os Ministros Ayres Britto e Ricardo Lewandowski mencionaram expressamente os avanços alcançados pelo Brasil no tratamento da AIDS, sobretudo em razão do emprego do “coquetel de medicamentos específicos para esse tipo de moléstia”.

²⁰ A esse respeito, podem ser citados dois julgados do Tribunal de Justiça de São Paulo em que foram mantidas as condenações de primeira instância pela prática de lesão corporal grave da qual resultou enfermidade incurável para as vítimas (art. 129, § 2º, inciso II, do CP): TJSP, 1ª Câmara Criminal, Rel. Des. Mário Devienne Ferraz, Apelação n. 01.100.481.3/6-0000-000, j. 15/01/2008 e TJSP, 2ª Câmara Criminal, Rel. Des. Teodomiro Mendez, Apelação n. 993.07.056216-1, j. 23/08/2010. Neste último julgado, da leitura do corpo do acórdão é possível inferir que, de início, o membro do *Parquet* a quem foram distribuídos os autos requereu

da que em menor número, podem ser encontradas decisões recentes que optam pela tipificação da tentativa de homicídio²¹, baseadas, em sua generalidade, na forma como o elemento subjetivo do tipo se apresenta no caso concreto. Nestes casos, não se têm verificado maiores questionamentos acerca da possibilidade de o agente, a despeito de suas intenções, poder ou não controlar o curso causal encetado por sua atuação.

Desse modo, em síntese, pode-se afirmar que a abordagem jurisprudencial da proteção penal da saúde de terceiros em razão da prática de atos capazes de transmitir o HIV revela evolução, com tendência a predominar, em tempo atual, a tipificação com base no delito de lesão corporal grave, em função

sua remessa ao Promotor de Justiça oficiante perante a Vara do Júri da comarca. Suscitado o conflito de atribuição, o Procurador-Geral de Justiça entendeu não estar configurada a prática, em tese, de crime doloso contra a vida, de modo que a atribuição para o feito não seria, de fato, do Promotor atuante junto ao Tribunal do Júri.

Entendendo, da mesma forma, tratar-se de crime de lesão corporal gravíssima: TJSC, 1ª Câmara Criminal, Rel. Des. Marli Mosimann Vargas, Apelação n. 2011.030246-5, 13/12/2011; TJRS, 3ª Câmara Criminal, Rel. Des. Elba Aparecida Nicolli Bastos, Apelação n. 70028856680, j. 30/04/2009; e, por fim, TJMG, 2ª Câmara Criminal, Rel. Des. José Antonino Baía Borges, Apelação n. 1.0000.00.342300-1/000, j. 30/10/2003. Interessante destacar que este último acórdão, a despeito de haver sido julgado há quase dez anos, já se posicionava no sentido de que a correta qualificação jurídica da conduta daquele que pratica relações sexuais desprotegidas com parceira desconhecadora de sua condição de soropositivo pratica é o delito previsto no art. 129, § 2º, II, do CP, em razão de a AIDS ser doença incurável.

²¹ V. g., TJDF, 2ª Turma Criminal, Rel. Des. Alfeu Machado, Recurso em Sentido Estrito n. 20100310176367, j. 11/11/2010. Neste caso, o *modus operandi* utilizado pelo agente em nada se assemelha à transmissão por via sexual. Da leitura do relatório, pode-se extrair que O. M. P. fora denunciado pela prática, em tese, de tentativa de homicídio qualificado pelo uso de meio cruel (art. 121, § 2º, inciso III, c/c art. 14, inciso II, ambos do CP), pois, sabendo-se portador do HIV, extraiu o próprio sangue por meio de uma seringa e, logo após, injetou parte deste em uma funcionária do nosocômio que tentou contê-lo. O. M. P. foi pronunciado e interpôs o recurso em sentido estrito em face desta decisão. No julgamento, a fim de manter a pronúncia por tentativa de homicídio, argumentou o relator que “[e]mbora a Defesa levante a questão do crime se amoldar ao descrito no art. 131 do CP, na medida em que o Recorrente pretendeu contaminar as vítimas com moléstia grave, é certo que a AIDS não se configura como moléstia grave e sim como doença letal, até o momento, e que inexoravelmente leva à morte”.

do resultado “enfermidade incurável” (art. 129, § 2º, II, do Código Penal). Não se pode descartar, contudo, o fato de que as análises da jurisprudência têm se mostrado, frequentemente, casuísticas: se, em alguns casos, como no julgamento do HC n. 160.982/DF pelo STJ, vislumbra-se a busca de uma tipicidade objetiva mais precisa – em especial através de considerações como a atribuição do qualificativo “enfermidade incurável” à AIDS, em oposição a “moléstia grave” –, em outros, a solução da questão é relegada, fundamentalmente, para momento posterior à prova do dolo²². Assim, as respostas dadas a perguntas como: “houve *animus necandi*?”²³ ou “o agente assumiu o risco de transmitir doença incurável” assumem destacada importância e, em última análise, determinam a qualificação do injusto.

²² Esse casuismo na interpretação jurisprudencial, essencialmente pautado na prova do dolo, ficou mitigado em caso julgado pelo TJSP no ano de 2008 (1ª Câmara Criminal, Rel. p/ o Acórdão Des. Péricles Piza, Apelação n. 993.05.070796-2, j. 01/12/2008). Neste julgado, figurou como apelante J. L. C. M., réu condenado pelo Tribunal do Júri pela prática de tentativa de homicídio qualificado pelo uso de meio insidioso (art. 121, § 2º, III, c/c art. 14, II, ambos do CP), por ter mantido relações sexuais sem preservativos com vítima que não sabia ser ele portador do HIV. O relator designado, em seu voto, além de conferir destaque para o progresso das ciências médicas, afirma que “embora a transmissão da doença seja controlável pelo agente, a ocorrência do resultado morte escapa ao seu domínio e vontade”. Nesse sentido, entendeu o julgador que a conduta praticada pelo réu, objetivamente, não poderia causar a morte da vítima. Em sua fundamentação, tratando do elemento subjetivo, o relator designado também destacou que a prova do dolo eventual não se sustentaria, uma vez que não se coadunaria com o *animus necandi* o fato de a vítima, voluntariamente, manter relacionamento amoroso com o réu até pouco tempo antes da sessão do júri. Tratando-se de apelação interposta em face de decisão do júri, não caberia ao Tribunal a atribuição de nova qualificação jurídica aos fatos, mas, de qualquer modo, por maioria de votos, a Câmara julgadora determinou a realização de nova sessão de julgamento, entendendo que a anterior sentença mostrou-se manifestamente contrária à prova dos autos.

²³ Como exemplo de acórdão em que foi dado grande destaque à necessidade de conclusão pela não verificação do *animus necandi* – o que, de acordo com os julgadores, só poderia ser decidido pelo Tribunal do Júri – para que se afastasse a qualificação de tentativa de homicídio: TJSP, 6ª Câmara Criminal, Rel. Des. José Raul Gavião de Almeida, Recurso em Sentido Estrito n. 990.09.147142-9, j. 24/06/2010.

4.3. O CRIME DE LESÕES CORPORAIS SEGUNDO A DOCTRINA PENAL BRASILEIRA: INAPLICABILIDADE AO CASO CONCRETO

No campo da doutrina, a conduta descrita no caso estudado também não encontra fácil solução sob o ponto de vista jurídico-criminal. Tomando-se como ponto de partida a evolução jurisprudencial acerca da transmissão da AIDS, caberia aqui uma análise sobre a pertinência em se considerar a conduta praticada pela gestante soropositiva como crime de lesão corporal contra o próprio filho (nascituro).

Em síntese, cabe questionar se o sujeito passivo do crime descrito no art. 129 do Código Penal brasileiro pode ser um ser humano que ainda não nasceu, ou seja, o feto. Este parece ser, portanto, o pressuposto para uma possível adequação típica da conduta descrita inicialmente.

A esse respeito, observa-se que significativa parte dos autores faz referência apenas à pessoa viva como possível sujeito passivo da infração. Parece evidente, nesses casos, a intenção de diferenciar a lesão corporal perpetrada contra pessoa com vida em relação a eventuais lesões dirigidas à pessoa morta, ou seja, um cadáver. Resta claro que somente na primeira hipótese é possível falar no crime contra a integridade física ou psíquica da pessoa. Ilustrativas, nesse sentido, são as afirmações de Magalhães Noronha e César Roberto Bitencourt. Para o primeiro, o sujeito passivo é o homem vivo²⁴, ao passo que, para o segundo, “sujeito passivo também pode ser qualquer pessoa humana viva, com exceção das figuras qualificadas (§§ 1º, IV, e 2º, V). Nessas figuras qualificadas, somente a mulher grávida pode figurar na condição de sujeito passivo do crime de lesões corporais. Eventuais danos produzidos em cadáver, à evidência, não vêm a se adequar à conduta descrita no art. 129.

²⁴ MAGALHÃES NORONHA, Edgard. *Direito Penal: Dos crimes contra a pessoa – dos crimes contra o patrimônio*, v. II. São Paulo: Saraiva, 1963, p. 83.

As restrições à autoria são aquelas próprias limitadas pela própria dogmática penal, que afastam a imputabilidade. Qualquer ser humano vivo pode ser sujeito passivo do crime de lesões corporais”²⁵.

Há outros autores, ainda, que são mais específicos quanto ao momento a partir do qual é possível falar na proteção penal da integridade física e psíquica da pessoa. Para eles, somente após o nascimento é que incide essa específica tutela penal sobre a pessoa. Assim, por exemplo, manifestam-se Paulo José da Costa Júnior, José Henrique Pierangeli e Luiz Régis Prado. O primeiro afirma que “sujeito passivo é qualquer pessoa humana, *a contar do parto*”²⁶; para o segundo, “o tipo refere-se a outrem, que significa qualquer pessoa viva, ou seja, a qualquer pessoa *se já iniciado trabalho de parto*, com ressalvas de hipóteses de outro delito (v. g., aborto e infanticídio)”²⁷; por fim, o terceiro estabelece que “sujeito passivo é qualquer ser humano vivo, *a partir do momento em que se tem por iniciado o parto*”²⁸.

No sentido de excluir expressamente a possibilidade do feto ser sujeito passivo do crime de lesões corporais, manifestaram-se Fernando Galvão e André Estefam. O primeiro afirma que “o feto, por ainda não constituir uma pessoa autônoma em relação ao corpo da gestante, não pode ser sujeito passivo do crime de *lesão corporal*”²⁹, enquanto o segundo pondera no

²⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Especial – Dos crimes contra a pessoa*, v. II, p. 187. No mesmo sentido, posiciona-se Euclides Custódio da Silveira Luna, para quem “o sujeito passivo também pode ser qualquer pessoa, desde que viva, independentemente das suas condições pessoais, sociais, jurídicas etc.”. *Direito Penal: Crimes contra a pessoa*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 135.

²⁶ COSTA JR., Paulo José da. *Código Penal Comentado*. 9ª ed. São Paulo: DPJ, 2007, p. 389.

²⁷ PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Especial* (arts. 121 a 234). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 126.

²⁸ PRADO, Luiz Régis. *Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte Especial – Arts. 121 a 249*, v. II. 11ª ed. Revista dos Tribunais: 2013, p. 164.

²⁹ GALVÃO, Fernando. *Direito Penal: Crimes contra a pessoa*. São Paulo: Saraiva,

sentido de que “só pode figurar como sujeito passivo do crime *o ser humano nascido*. Não há qualquer outro requisito para ser vítima do delito. (...) Deve-se ter em mente que a proteção penal do nascituro se dá por meio dos arts. 124 a 127 do CP (aborto)”³⁰.

Em posição claramente isolada, Ney Moura Teles entende de maneira diversa dos autores acima citados, chegando a afirmar que “o preceito constitucional fundamental protege a vida humana, ainda quando em desenvolvimento no útero materno. É certo que também quer conferir proteção à integridade corporal e à saúde do ser em formação. (...) Evidente, pois, que também o ser em formação possui uma integridade corporal que sustenta sua vida”. Em continuidade ao seu raciocínio, conclui ainda que, “quando a ofensa recair sobre o ser humano em formação, sujeito passivo é a coletividade, a sociedade, o Estado, o interesse estatal na preservação da integridade corporal ou da saúde do ser humano em formação”³¹.

Diante dos posicionamentos expostos, e considerando que o entendimento de que o feto pode ser sujeito passivo no crime de lesões corporais é voz solteira na doutrina brasileira, parece ter razão Gisele Mendes de Carvalho, quando demonstrou a existência de lacunas na proteção jurídico-penal do nascituro, entre as quais a ausência de criminalização de condutas resultantes em lesão corporal do feto. Embora a autora tenha enfatizado a exposição da vida e da integridade física e psíquica do ser humano em formação decorrentes das diversas terapias e pesquisas que vêm sendo desenvolvidas no âmbito das ciências – e não propriamente conseqüentes à conduta deliberada da mãe, como no caso analisado –, não se pode negar que “tais lesões, geralmente efetuadas através do corpo materno, podem dar lugar a graves malformações no corpo do concebido

2013, p. 136.

³⁰ ESTEFAM, André. *Direito Penal: Parte Especial* (arts. 121 a 183), v. II. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 166-167.

³¹ TELES, Ney Moura. *Direito Penal*, v. II. São Paulo: Atlas, 2004, pp. 193-194.

que serão determinantes para o desenvolvimento anômalo do mesmo durante a gestação e para que este, quando nasça, padeça diversas anomalias em sua integridade física e psíquica, podendo inclusive vir a falecer em virtude delas”³².

Decorrência lógica dessa constatação, referida autora sustenta que, “com o fim de garantir a proteção desse importante bem jurídico não só à pessoa já nascida, mas também ao concebido, suprimindo assim uma grave lacuna legislativa em nosso ordenamento, estima-se adequada a criação do tipo de lesões ao concebido, tanto *doloso* como *culposo*”³³.

4.4. A QUESTÃO ENFRENTADA NO DIREITO COMPARADO: O CRIME DE LESÕES AO FETO NO DIREITO ESPANHOL

Na Espanha, a reforma no ordenamento jurídico-penal ocorrida em 1995 representou uma quebra de paradigma na proteção ao nascituro. Até então, a proteção à saúde do ser humano em formação se dava, exclusivamente, por meio do delito de aborto, enquanto o tipo penal de lesões corporais visava a proteger somente a integridade física e psíquica de pessoas já nascidas com vida – tal como se dá no Brasil, atualmente.

Apesar de haver decisão do Tribunal Supremo daquele país no sentido de que os delitos de lesão protegeriam a saúde e integridade das pessoas, tanto frente a ações dirigidas a elas como frente a agressões de natureza pré-natal, isto é, que incidem sobre o feto e causando nele seus efeitos, atingindo posteriormente a pessoa nascida, não era esse o entendimento majo-

³² Gisele Mendes de CARVALHO, Lacunas na proteção jurídico-penal do nascituro: os delitos de aborto culposo e de lesões ao concebido, Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009, p. 1325.

³³ A autora pondera, ainda, que na prática deverá ser mais frequente a ocorrência do crime na modalidade culposa, uma vez que tais lesões deverão ser causadas, em geral, por profissionais sanitários durante exames pré-natais e afins, mediante a execução de manobras imperitas. Op. cit., p. 1325.

ritário da doutrina. Ao contrário, esta se posicionava no sentido de que o crime de lesões não se aplicava aos fetos, pois a referência à lesão causada “em outrem”, ou seja, em outra pessoa, impedia sua extensão às condutas dirigidas a um ser que ainda não teria nascido³⁴.

Se a criança morresse após o nascimento em consequência da realização de práticas abortivas, deveria restar caracterizado o crime de aborto e não um crime contra a vida humana independente. Por outro lado, as lesões produzidas no feto e manifestadas depois do nascimento não deveriam corresponder ao tipo de lesões, e por não haver naquele ordenamento um tipo penal que punisse as lesões ao feto, estas restariam impunes porque atípicas. Em outras palavras, uma interpretação extensiva que incluísse os fetos como sujeito passivo no crime de lesões corporais vulneraria o princípio da legalidade³⁵.

³⁴ De acordo com Eduardo Ramón Ribas, “en efecto, pese a que el Tribunal Supremo estimó [...] que los delitos de lesiones protegían la salud e integridad de las personas, tanto frente acciones que actuaron directamente sobre ellas cuando ante agresiones de naturaleza *prenatal* [grifo do autor], esto es, que incidieron en primer lugar sobre el feto, actuando en él sus específicos efectos, y alcanzaron posteriormente a la persona nacida, la doctrina coincidía mayoritariamente en la ausencia de tipos aplicables a estos últimos supuestos, pues la referencia de aquellos delitos a la *lesión causada a otro* [grifo do autor], es decir, a una persona, impedía su extensión a las que se hubieren ocasionado a *un feto* [grifo do autor]. Las limitaciones apuntadas muestran la necesidad de crear una figura delictiva que sancione las intervenciones prenatales lesivas del *nasciturus* [grifo do autor], necesidad que tendrá su traducción legislativa en los arts. 157 y 158 del CP de 1995.” (RIBAS, Eduardo Ramón; *El delito de Lesiones al Feto, incidencia en el Sistema de Tutela Penal de la Vida y la Salud; Estudios de Derecho Penal Dirigidos por Carlos Maria Romeo Casabona*, 40; Editorial Comares, Granada, 2002, pp. 45 – 48).

³⁵ Conforme José Rodríguez Mesa, “si el niño muere después del nacimiento como consecuencia de la realización de practicas abortivas, hubrá que castigar por delito de aborto y no por un delito contra la vida humana independiente. Del mismo modo las lesiones producidas en el feto y manifestadas después del nacimiento no se corresponderían con el tipo de lesiones, y como no existía en nuestro ordenamiento penal un tipo que castigara las lesiones al feto, éstas serían impunes por atípicas.” Importa registrar, aqui, a outra corrente também presente na doutrina espanhola, ainda que minoritária: “si como resultado de la intervención sobre el feto se produce la muerte del niño nacido vivo, se castigará como homicidio, y si en lo que se afecta

A fim de solucionar esse impasse, a reforma de 1995 do Código Penal espanhol introduziu os artigos 157 e 158, no Título referente às lesões ao feto (Título IV “De las Lesiones al Feto”).

Segundo o art. 157, “el que, por cualquier medio o procedimiento, causare en un feto una lesión o enfermedad que perjudique gravemente su normal desarrollo, o provoque en el mismo una grave tara física o psíquica, será castigado con pena de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de dos a ocho años.” Já o art. 158, por sua vez, estabelece que “el que, por imprudencia grave, cometiere los hechos descritos en el artículo anterior, será castigado con la pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a 10 meses. Cuando los hechos descritos en el artículo anterior fueren cometidos por imprudencia profesional se impondrá asimismo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de seis meses a dos años. La embarazada no será penada a tenor de este precepto”.

Como se pode observar, o art. 157 incrimina a conduta de causar, por qualquer meio ou procedimento, lesão ou enfermidade que prejudique o normal desenvolvimento do feto; o art. 158, por seu turno, estabelece uma modalidade culposa (imprudência grave) para as condutas descritas no artigo 157, pune o profissional que comete o crime em exercício da profissão, e exclui a punição da gestante na hipótese do artigo 158.

Como pontua Francisco Muñoz Conde, os delitos de lesões ao feto abarcam todas as demais situações nas quais há um dano a integridade física do nascituro sem, contudo, causar-lhe

al niño es en su salud o integridad, serán de aplicación los tipos de lesiones correspondientes”. (MESA, José Rodríguez; “*Algunas consideraciones acerca del bien jurídico protegido en el delito de lesiones al feto*”; in *Revista de derecho penal y criminología*; n° 6; 1996; pp. 1069-1081).

o aborto. Segundo o autor, os perigos aos quais está exposto o nascituro durante a gravidez, e não apenas quando há conflito com os direitos da mãe, mas pela própria fisiopatologia da reprodução e a intervenção de terceiros nesse processo, podem repercutir não só causando-lhe a morte no ventre materno ou sua expulsão prematura para o exterior sem condições de viabilidade (aborto), mas provocando-lhe alterações em sua saúde e em sua integridade física. Apesar da importância da proteção ao feto nessas circunstâncias, havia uma lacuna legal no direito penal espanhol, não preenchida por nenhuma das reformas legislativas anteriores e que deixava impunes tais lesões³⁶.

5. CONCLUSÕES

Casos como o descrito neste trabalho trazem para os estudiosos do direito penal importante constatação quanto aos novos desafios que são impostos a esse ramo do ordenamento jurídico diante dos problemas concretos que lhe são apresentados. Embora a busca por uma solução única nunca tenha sido o objetivo desse estudo, não se pode negar a tentativa de alcançar uma resposta satisfatória a partir daquilo já construído anteriormente pela doutrina e pela jurisprudência.

Numa primeira aproximação ao problema, copiar a solução proposta pelo ordenamento jurídico espanhol poderia solucionar a insuficiência da proteção penal à integridade física do feto nos casos em que a própria mãe se omite no tratamento da AIDS e seu filho acaba nascendo com a presença do vírus em seu organismo. Contudo, analisando a situação com mais profundidade, logo se constata que a questão pode não ser tão simples como aparenta.

Conforme descrito no início, é grande a probabilidade de não haver transmissão do vírus HIV quando a mãe se sub-

³⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco; *Derecho Penal. Parte Especial*. Editora Tirant Lo Blanch. Valencia, 1996, p. 120.

mete aos tratamentos adequados; isso não significa, contudo, que a aderência aos protocolos estabelecidos garanta, em 100% dos casos, a não infecção. Com essa premissa, portanto, não seria dogmaticamente correto, no caso aqui narrado, concluir pela certeza absoluta de que a não submissão ao tratamento foi *conditio sine qua non* para a transmissão vertical do vírus – embora não se discuta a grande probabilidade disso ter acontecido. Nesse sentido, é de se questionar a utilidade de um tipo penal que proíba a lesão corporal do feto, tal como se dá no direito espanhol, para casos como este. A dúvida quanto à existência de nexo de causalidade entre conduta e resultado tornaria inviável o enquadramento típico do comportamento e, portanto, a criminalização em nada aumentaria o nível de proteção dada pelo ordenamento jurídico à integridade física do feto.

Da mesma forma, intrinsecamente relacionada a essa questão é a dificuldade que surgiria na esfera processual, especialmente quanto à produção probatória. Em outras palavras, como demonstrar que houve a transmissão do vírus da mãe para o feto em razão, *exclusivamente*, da não adesão ao tratamento?

Diante de tais dificuldades, a solução talvez esteja na construção de um tipo penal de perigo para abarcar o caso em tela, já que, dessa forma, evitar-se-ia o problema do nexo de causalidade e, conseqüentemente, de sua prova. É de se questionar, então, acerca da adequação de tal construção típica, tendo em vista que a antecipação da tutela penal abrangeria, inevitavelmente, inúmeras outras situações além daquelas inicialmente imaginadas pelo legislador (e que talvez pudessem ser satisfeitas com menos ameaça à liberdade individual de seu autor).

Como se vê, são muitos os novos questionamentos e desafios que se impõem para o direito penal frente a novos problemas concretos criados pela realidade. O caso analisado neste trabalho traz à baila apenas um pequeno exemplo entre tantos outros que se tornaram visíveis a partir do avanço da medicina

e dos conhecimentos técnicos e científicos que agora é possível alcançar.

Antes de assumir qualquer posição definitiva quanto à necessidade e adequação da criação de tipo penal igual ou semelhante àqueles inseridos na Espanha, impõe-se a reflexão acerca das limitações próprias do direito penal e da medida em que, por meio da sua *modernização*, é possível (e desejável) proporcionar maior proteção a antigos e consagrados bens jurídicos, como é o caso da integridade física do ser humano.

