

A LEI 12.984/14 (DISCRIMINAÇÃO DOS PORTADORES DO VÍRUS DA IMUNODEFICIÊNCIA HUMANA -- HIV -- E DOENTES DE AIDS) E OS CRIMES CONTRA A HONRA - CONFLITO APARENTE DE NORMAS?

*Juliana Caramigo Gennarini*¹

1. Introdução

Em 02 de junho de 2014, foi editada lei² que define uma nova infração penal – a discriminação dos portadores do vírus da imunodeficiência humana (HIV) e doentes de AIDS.

A justificativa apresentada para a inserção do tipo penal no ordenamento jurídico brasileiro foi a de que haveria necessidade em adequar o Direito Penal às diretrizes internacionais das Nações Unidas (ONU), no que se refere à matéria de Direitos Humanos.

O texto atribui como crime punível com reclusão de um a quatro anos, condutas discriminatórias adotadas contra os portadores do vírus HIV e o doente de Aids, em razão desta condição.

Vejamos o texto da lei.

Art. 1º Constitui crime punível com reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa, as seguintes condutas discriminatórias contra o portador do HIV e o doente de aids, em razão da sua condição de portador ou de doente:

- I – recusar, procrastinar, cancelar ou segregar a inscrição ou impedir que permaneça como aluno em creche ou estabelecimento de ensino de qualquer curso ou grau, público ou privado;
- II – negar emprego ou trabalho;
- III – exonerar ou demitir de seu cargo ou emprego;
- IV – segregar no ambiente de trabalho ou escolar;
- V – divulgar a condição do portador do HIV ou de doente de aids, com intuito de ofender-lhe a dignidade;
- VI – recusar ou retardar atendimento de saúde.

¹ Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Especialista em Direito e Processo Penal pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Advogada. Professora Universitária do Curso de Direito da Universidade Padre Anchieta (UNianchieta) – Jundiá.

² Lei 12.984, de 02 de junho de 2014. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>.

Todavia, pergunta-se: a situação já não era tutelada pelo ordenamento jurídico em vigor? Haveria, portanto, um conflito aparente de normas?

2. Breves considerações

Antes de responder às questões acima, faz-se necessária uma breve explicação do que é o conflito aparente de normas.

De acordo com NUCCI³, o conflito aparente de normas “é a situação que ocorre quando, ao mesmo tempo, parecem ser aplicáveis duas ou mais normas, formando um conflito aparente”.

Em outras palavras, o conflito aparente de normas acontece quando uma nova lei entra em vigor e mostra-se em confronto com outros dispositivos legais, já existentes no ordenamento jurídico.

Criaram-se critérios para resolver os aparentes conflitos. São eles: sucessividade, especialidade, subsidiariedade, absorção e alternatividade. Expliquemos, de forma sucinta, cada um deles.

a) sucessividade: utilização de lei posterior derroga a anterior;

b) especialidade: lei especial afasta a aplicação da lei geral, conforme artigo 12 do Código Penal;

c) subsidiariedade ou tipo de reserva: uma norma é considerada subsidiária da outra quando a conduta prevista integra o tipo principal de outra, ou seja, a norma principal deve se sobrepor a lei secundária;

d) absorção ou consunção: quando o fato previsto em uma norma está previsto em outra de maior amplitude. Trata-se da hipótese do crime-meio é absorvido pelo crime-fim;

e) alternatividade: aplicação de uma lei ao fato exclui o uso de outra que também o prevê.

Alguns entenderiam que não haveria necessidade de criar um novo tipo penal, pois, a conduta discriminatória ao portador do vírus do HIV e doente de AIDS poderia

³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*, 2. ed. reformulada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 52.

ser enquadrada dentre um dos crimes contra a honra, previstos no capítulo V do Título I do Código Penal Brasileiro⁴, mais especificamente, nos crimes de difamação (art. 139 CP) ou de injúria (art. 140 CP).

Nos crimes previstos nos artigos 138 a 140 do Código Penal, o bem jurídico tutelado é a honra e a imagem do indivíduo.

No crime de difamação, previsto no artigo 139 Código Penal, o que se tutela é a honra subjetiva da pessoa, ou seja, conceito que a sociedade tem do indivíduo.

Prevê o artigo 139 CP:

Art. 139 - Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação:
Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

Difamar significa desacreditar publicamente uma pessoa, maculando-lhe a reputação⁵.

Etimologicamente, difamar vem do latim “*diffamare*, que significa tirar a boa fama ou o crédito a; Falar mal de; Perder a reputação, desacreditar-se”⁶.

O tipo penal é repetitivo quando traz o núcleo da ação típica – difamar – seguido de complemento, que é imputar fato ofensivo à reputação. O próprio verbo difamar já possui o significado de atribuir algo inconveniente, indecoroso e, desta forma, não precisaria ser o legislador redundante ao prever “fato ofensivo à sua reputação”.

Todavia, cremos que o legislador teve a intenção de indicar que, não se trata de qualquer fato negativo que se atribua a alguém, mas, sim, que ofenda a reputação do indivíduo.

Mas e o que é reputação?

Podemos entender como um ato de avaliar, considerar, julgar a fama e o renome de alguém, o conceito que uma pessoa é tida perante a sociedade.

⁴ Decreto-Lei 2.848/40.

⁵ *Ibidem*, p. 284.

⁶ MICHAELIS - Dicionário eletrônico. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues>>.

Mais uma vez, ressaltamos que, para a configuração do crime de difamação, não basta um simples insulto. Deve haver indicação de um fato, um acontecimento específico, com dados descritivos, nomes, local, ocasião, etc.

Se não houver tais descrições, não se pode falar nesta figura penal, o que não impede a possível configuração de outro delito.

Exemplifica NUCCI⁷:

[...] chamar alguém de caloteira, é um simples insulto e poderia ser enquadrado como crime de injúria. Mas dizer que a pessoa não pagou os credores “A, B, ou C”, das dívidas “X e Y”, vencidas em dia tal, do mês tal, configura difamação.

O crime de injúria, previsto no artigo 140 do Código Penal, possui o seguinte texto:

Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro:

Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

§ 1º - O juiz pode deixar de aplicar a pena:

I - quando o ofendido, de forma reprovável, provocou diretamente a injúria;

II - no caso de retorsão imediata, que consista em outra injúria.

§ 2º - Se a injúria consiste em violência ou vias de fato, que, por sua natureza ou pelo meio empregado, se considerem aviltantes:

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa, além da pena correspondente à violência.

§ 3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião ou origem: (Incluído pela Lei nº 9.459, de 1997)

§ 3o Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência: (Redação dada pela Lei nº 10.741, de 2003)

Pena - reclusão de um a três anos e multa. (Incluído pela Lei nº 9.459, de 1997).

O bem jurídico tutelado também é a honra e a imagem do indivíduo. Todavia, a honra aqui tutelada é a subjetiva, ou seja, conduta que arranha o conceito que a vítima faz dela própria.

⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. Op.cit. p. 285.

Injuriar, etimologicamente, significa “*insultar, ofender, desacreditar, desonrar, vexar*”⁸.

Para a configuração deste crime é necessário que a ofensa atinja sua dignidade ou o decoro, conforme texto da lei.

Mas, como reconhecer que o fato atingiu sua dignidade ou decoro? O que são dignidade e decoro?

Podemos entender a dignidade como respeitabilidade ou amor-próprio, sentimentos estes que o indivíduo tem de si mesmo. Ao passo que o decoro se refere à compostura e a correção moral, posturas estas adotadas pela pessoa perante a sociedade.

Para os defensores da linha de que não haveria necessidade de uma novel legislação, as condutas discriminatórias aos portadores do vírus HIV e dos doentes de AIDS poderiam se enquadrar como crime de difamação ou de injúria, posto que atentam contra a honra do indivíduo.

No entanto, da análise vista acima, observando o que foi explanado – sobre a possibilidade de aplicar a legislação geral vigente - a conduta que melhor se adequaria ao fato seria a injúria e não a difamação. Explicamos.

Como descrever a condição de portador do vírus HIV ou de doente de Aids como fato ofensivo a sua reputação?

Como apontamos anteriormente, para a caracterização do crime de difamação, teríamos que indicar como se adquiriu o vírus ou a doença, de quem, como, onde, etc. O que, muitas vezes, não é possível.

Na injúria, a ofensa, o insulto, teria que atingir seu amor-próprio ou sua correção moral. Como apontar que, pelo simples fato de ser portador do vírus e/ou ser doente de AIDS, atentar-se-ia contra a sua respeitabilidade?

Em que pese às posições em contrário, não nos parece a melhor adequação jurídica. Vejamos:

O Direito Penal prima pelo princípio da legalidade estrita, onde só se considera infração penal, fatos tratados e descritos na lei, de forma pormenorizada. Não é possível fazer interpretações extensivas ou analogia “*in mallan partem*”, ou seja, para considerar

⁸ MICHAELIS - Dicionário eletrônico. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues>>.

uma conduta como infração penal, necessário que esta esteja expressamente descrita na lei.

Não nos parece que os indivíduos que sofram com atos discriminatórios, por serem portadores do vírus HIV e/ou doentes de AIDS, possam ser vítimas de um dos crimes contra a honra, como descrito nas figuras dos artigos 139 e 140 ambos do Código Penal. Nem seus agressores poderiam responder por eles, justamente porque o Direito Penal não permite extensão de interpretação de condutas típicas.

Mesmo sabendo que a sociedade é mais preconceituosa e rígida com as pessoas do que o Direito, que não pode e nem deve seguir tal caminho, não se pode interpretar que ser portador de um vírus e/ou doença atente-se contra o decoro ou a respeitabilidade deste indivíduo.

Imputar, como simples injúria, à conduta de discriminar a pessoa portadora de HIV e/ou doença de AIDS seria realizar uma subsunção forçada a este tipo penal e, ainda assim, sem a efetiva configuração do delito.

Nem falamos, portanto, em conflito aparente de normas, pois, não há subsunção (preenchimento integral de todos os elementos que compõe o tipo) da conduta discriminatória aos elementos descritos nos tipos penais de difamação e injúria.

Sendo assim, atos discriminatórios contra os portadores do HIV e doentes de AIDS não estavam abarcados pelos tipos já existentes, quais sejam, de um dos crimes contra a honra, mais especificamente, dos artigos 139 e 140 do Código penal.

Nesse passo, a novel legislação foi o caminho mais adequado para reprimir e punir aquele que pratica tais condutas que discriminam os portadores do vírus HIV e/ou os doentes de AIDS.

3. Da análise do novo crime - Lei 12.984/14

Superada a questão da necessidade ou não de nova legislação para punir a conduta discriminatória, devemos analisar os elementos que compõem o novo tipo.

3.1. Núcleo do Tipo

Compõe-se dos verbos que descrevem as condutas criminosas que, neste delito, estão relacionados nos incisos. São eles:

I – recusar, procrastinar, cancelar ou segregar a inscrição ou impedir que permaneça como aluno em creche ou estabelecimento de ensino de qualquer curso ou grau, público ou privado;

Impedir, retardar ou isolar que aluno portador de vírus do HIV e/ou doente de AIDS frequentem creche ou estabelecimento de ensino.

II – negar emprego ou trabalho;

Impedir a contratação do indivíduo com esta condição.

III – exonerar ou demitir de seu cargo ou emprego;

Causa da dispensa for a condição de portadora de HIV e/ou doente de AIDS.

IV – segregar no ambiente de trabalho ou escolar;

Isolar, afastar e separar o indivíduo do ambiente e trabalho ou na escola, independentemente de ser ele público ou privado.

V – divulgar a condição do portador do HIV ou de doente de aids, com intuito de ofender-lhe a dignidade;

Tornar pública a condição de ser portador do vírus HIV ou de doente de AIDS, com intuito de diminuir, ofender sua respeitabilidade.

VI – recusar ou retardar atendimento de saúde

Negar ou atrasar o atendimento de saúde.

3.2. Bem jurídico

O bem jurídico tutelado pela nova norma incriminadora é o Direito a Igualdade, o respeito à personalidade e à Dignidade da Pessoa.

A rigor, a igualdade deve ser entendida como identidade de condições entre membros da mesma sociedade. Juridicamente, como princípio, a igualdade atua em duas vertentes: perante a lei - compreendendo o dever de aplicar o Direito ao caso concreto; e na lei - pressupondo que as normas jurídicas não devem oferecer distinções, exceto as autorizadas pela Constituição Federal.

A personalidade é qualidade pessoal, aquilo que a distingue de outra pessoa que tanto pode ser hábitos, interesses, complexos, sentimentos, aspirações etc.

A dignidade, por sua vez, pode ser definida como um valor moral e espiritual inerente à pessoa; abrange uma diversidade de valores existentes na sociedade.

SARLET⁹ ensina que:

[...] temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

3.3. Sujeitos do crime

O sujeito ativo é aquele que pratica a conduta descrita na lei como crime. Pode ser qualquer pessoa, pois a norma não exige condição ou qualidade especial do sujeito.

Ao passo que o sujeito passivo, a vítima, se divide em: primário e secundário. O sujeito passivo primário é a pessoa que sofre a conduta, e, no caso em tela, é ele próprio, pois a lei exige uma qualidade especial, qual seja, a de ser portador do vírus do HIV e/ou doente de AIDS.

O sujeito passivo secundário é o Estado.

⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 62.

3.4. Elemento Subjetivo

Exige-se que a conduta discriminatória seja praticada com dolo, vontade livre e consciente de praticar a conduta definida como infração penal. Não se admite, portanto, a figura culposa, por falta de previsão legal.

3.5. Consumação e tentativa.

Para verificar em que momento o crime se consumou, necessário analisar o caso concreto, pois, a depender do modo pelo qual a conduta discriminatória foi praticada, por um dos atos relacionados nos incisos da norma incriminadora, é que poderemos auferir o momento de consumação bem como da tentativa.

3.6. Desdobramentos processuais

Passível a concessão de fiança, pois presentes os requisitos dos artigos 322 e seguintes do CPP.

A prisão preventiva não é possível de ser decretada, pois esta figura de constrição da liberdade só pode ser imposta a crimes punidos com reclusão com pena superior a 4 anos, conforme artigo 313, I do Código Processo Penal.

Para a figura em questão, não é possível, pois, em que pese a pena ser de reclusão, a dosimetria fica abaixo do indiciado pelo Estatuto Processual Penal, qual seja, de 1 a 4 anos.

O mesmo se diz da prisão temporária, pois a figura prevista nesta lei não está elencada no rol do artigo 1º da Lei 7.960/89.

É possível a aplicação da suspensão condicional do processo, previsto no artigo 89 da Lei 9.99/95, bem como a substituição da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, desde que presentes os requisitos listados nos artigo 44 do Estatuto Material Penal.

4. Conclusão

Diante do analisado, temos que a presente lei veio a criminalizar conduta anteriormente não prevista e que, em face do momento social que vivemos, era preciso uma melhor regulamentação.

A nova conduta ainda carece de debate no mundo jurídico, até porque, é muito recente. E, com a sua discussão, temos certo que outras interpretações surgirão.

Pontuamos que o Direito Penal deve ser utilizado como “ultima ratio”, devendo os outros ramos do Direito serem acionados para a resolução dos conflitos.

No entanto, como o Estado já legislou sobre o assunto, caracterizando a conduta como novo crime, necessária que esta seja aplicada nos moldes da legislação em vigor.

Referências:

CAPEZ, Fernando. *Direito Penal*. V. 1 – Parte Geral. São Paulo: Saraiva. 2011.

MICHAELIS - Dicionário eletrônico. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues>>.

MENDES, Gilmar. *Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva. 2014.

MIRABETE, Julio Fabrini. *Direito Penal*. V. 1 – Parte Geral. São Paulo: Saraiva. 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*, 2. ed. reformulada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.