



FACULDADE BAIANA DE DIREITO

CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS

HENRIQUE CHAVES BERNARDO

A CRIMINALIZAÇÃO DA TRANSMISSÃO DO VÍRUS HIV

Salvador

2016

HENRIQUE CHAVES BERNARDO

A CRIMINALIZAÇÃO DA TRANSMISSÃO DO VÍRUS HIV

Monografia apresentada à Pós Graduação da Faculdade Baiana de Direito como requisito parcial para a obtenção de grau de Especialista em Ciências Criminais.

Salvador

2016

TERMO DE APROVAÇÃO

HENRIQUE CHAVES BERNARDO

A CRIMINALIZAÇÃO DA TRANSMISSÃO DO VÍRUS HIV

Monografia aprovada como requisito para obtenção do grau Especialista em Ciências Criminais pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/2016

AGRADECIMENTOS

Encerrado o trabalho, é chegado o momento de reconhecer e agradecer o apoio daqueles que contribuíram, direta ou indiretamente, na construção dessa monografia.

Nos caminhos percorridos na construção desse trabalho deparei-me com pessoas que, em momento algum, relutaram em me ajudar. Por lapso de memória, provavelmente, deixarei de citar algumas, mas o próprio trabalho denunciará as suas participações.

Em primeiro lugar, quero agradecer a Deus, por ter me guiado nessa jornada.

Sou especialmente grato ao Dr. Gamil Föppel, coordenador e professor da pós-graduação, pelas importantes contribuições a minha formação profissional.

A minha esposa, Luane Matos por todo apoio e incentivos em todos os momentos.

A minha mãe pelo acolhimento em vários momentos desse percurso, pela confiança em minhas decisões e apoio durante essa etapa da minha vida.

Ao meu pai pelo apoio e confiança nos meus passos.

A minha irmã pela constante companhia, incentivo e cumplicidade.

Agradeço aos funcionários da *pós-graduação da Faculdade Baiana de Direito* pelo atendimento e atenção dispensada durante o curso.

Aos professores e colegas da pós-graduação pelos ensinamentos e parcerias.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABIA - Associação Brasileira Interdisciplinar de AIDS.

ANVISA - Agência Nacional de Vigilância Sanitária.

CCJC - Constituição Justiça e Cidadania.

COAS - Centro de Orientação e Apoio Sorológico.

CP – Código Penal.

CPB - Código Penal Brasileiro.

CTA - Centro de Testagem e Aconselhamento.

CNAIDS - Comissão Nacional de AIDS.

DST - Doenças Sexualmente Transmissíveis.

GAPA - Grupo de Apoio à Prevenção à Aids.

GIV - Grupo de Incentivo à Vida.

HC - Habeas Corpus.

HIV - Human Immunodeficiency Virus.

HVTN - Vaccine Trials Network.

ORBIS - Observatório Regional Base de Indicadores de Sustentabilidade.

ONU - Organização das Nações Unidas.

PVHA - Pessoas vivendo com Aids.

SIDA/AIDS - Síndrome de Imunodeficiência Adquirida.

SINAM - Sistema de Informações de Agravos de Notificação.

SIV - Simian Immunodeficiency Virus.

SUS - Sistema Único de Saúde.

STF - Supremo Tribunal Federal.

STJ - Superior Tribunal de Justiça.

VIDDA - Pela Valorização Integração e Dignidade do Doente de AIDS.

RESUMO

A transmissão intencional da HIV, vírus da Imunodeficiência humana, é um tema que vem preocupando alguns juristas. Este trabalho trata da possível classificação criminal das diversas formas de transmissão do vírus, enfatizando a transmissão através da relação sexual. Buscou-se identificar as possíveis formas de tipificação desse crime, começando por perigo de contágio de moléstia, de acordo com o artigo 131 do Código Penal Brasileiro (CP), lesão corporal gravíssima, artigo 129, parágrafo 2º do CP, tentativa de homicídio ou até mesmo o homicídio consumado como trazido pelo artigo 121 do CP. Concluiu-se que é importante que seja analisado a conduta de acordo com o resultado obtido: se houve, ou não, o contágio pelo vírus do HIV, a transmissão com consentimento da suposta vítima e ainda se ocorreu à morte da vítima.

Palavras-chave: HIV; AIDS; Direito penal.

ABSTRACT

Intentional transmission of HIV, the human immunodeficiency virus, is a subject that is worrying some jurists. This paper deals with the possible criminal classification of various forms of virus transmission, emphasizing the transmission through sexual intercourse. We sought to identify possible ways to typify this crime, beginning with disease contagion danger, in accordance with Article 131 of the Brazilian Penal Code (CP), very serious injury, Article 129, paragraph 2 of the CP, attempted murder or even consummated murder as brought under Article 121 of the Penal Code. It was concluded that it is important that analyzed the behavior according to the result: if there was or not the infection by HIV, the transmission with the alleged victim's consent and even if there was the death of the victim.

Keywords: HIV; AIDS; Criminal law.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO 1	
HIV COMO PROVOCADOR DA MORTE	13
1.1 HISTÓRIA DA AIDS	13
1.2 DISTRIBUIÇÃO POR FAIXA ETÁRIA E GÊNEROS	18
1.3 TRANSMISSÃO	20
1.4 TRATAMENTO	21
CAPÍTULO 2	
A TRANSMISSÃO DO HIV E SUA TIPIFICAÇÃO PENAL	23
2.1 HIPÓTESES DE TIPIFICAÇÃO	25
2.2 CONDUTA	34
2.3 RESULTADO E NEXO CAUSAL	36
2.4 ELEMENTO SUBJETIVO: DOLO	37
2.5 ANÁLISE DE CASOS CONCRETOS	40
CAPÍTULO 3	
TRANSMISSÃO SEXUAL DO HIV NAS RELAÇÕES CONSENTIDAS	43
3.1 FATO TÍPICO E TIPICIDADE	44
3.2 TEORIA DA IMPUTAÇÃO E RELAÇÃO DE CAUSALIDADE	48
3.3 BEM JURÍDICO PROTEGIDO OU QUESTÕES MORALIZANTES?	54
CONSIDERAÇÕES FINAIS	60
REFERÊNCIAS	66

A Síndrome de Imunodeficiência Adquirida (AIDS), surgiu na década de 1980 surpreendendo a comunidade científica, como uma doença rara, provocada pelo *Pneumocystis carinii*, um vírus desconhecido que afetava, principalmente, homens homossexuais (HAGA, 2002).

Segundo dados da Organização Mundial de Saúde, a AIDS é considerada um dos maiores problemas de saúde pública, na atualidade, mesmo nos países mais desenvolvidos.

Na década de 1990, a falta de tratamento eficaz e a alta letabilidade da AIDS, traz para o Brasil, os primeiros debates sobre a criminalização da transmissão do HIV (ARANHA, 1994; Mott, 2002) e, desde então, grandes têm sido os avanços no âmbito do Direito, no sentido de buscar forma de enquadramento do crime de transmissão do vírus, considerando que não existe, no Código Penal Brasileiro, artigo relacionado a este fato típico, evidenciando um descompasso entre as leis vigentes no Brasil e as mudanças existentes na sociedade brasileira.

Apesar disso, o Direito Penal (DP), através de seus legisladores vêm buscando vias alternativas para tratar das questões que envolvem o objeto de estudos dessa pesquisa, utilizando-se, principalmente, da analogia.

Mesmo entendendo que a maior vítima da AIDS é o portador do vírus do HIV, é sabido que em situações diversas encontramos situações em que o portador passa de vítima a agente, transmitindo o vírus a outrem, dolosamente. Qual a forma de punição nesses casos? Qual o posicionamento dos operadores do Direito?

Existe responsabilidade penal, para o indivíduo portador do vírus HIV quando o vírus é transmitido com o consentimento da suposta vítima?

Considerando que a AIDS não é considerada doença venérea, pois existem outras formas de transmissão do vírus, alguns legisladores defendem que o crime de transmissão do vírus seja enquadrado no artigo 131 do Código Penal, que se refere ao crime de perigo de contágio de moléstia grave, cuja pena é a de reclusão, de um a quatro anos, e multa.

A pesquisa bibliográfica evidenciou a existência de poucos estudos que tratem da criminalização do HIV no Brasil, denunciando o desinteresse dos juristas pelo tema. Como resultado, temos, em muitos casos, ou a exacerbação de penas, como forma de desestimular a prática criminosa, ou o enquadramento da transmissão do HIV como tentativa de homicídio ou homicídio consumado (DAMASIO, 1991).

No Brasil, a Comissão que estuda reformulação do Código Penal, ao tratar do tema, reuniu os artigos 130 (transmissão de doenças venéreas por meio de ato sexual) e 131 (contaminação de uma pessoa com doença grave), para prever a aplicação de penalidades contra aqueles que transmitirem o HIV:

BRASÍLIA - A transmissão voluntária e involuntária do vírus da aids passará a ser crime punido com penas que variam de 3 meses a 2 anos de prisão. A Comissão Especial do Ministério da Justiça que estuda a reformulação do Código Penal aprovou a proposta, por unanimidade, e até março ela deverá ser transformada em anteprojeto. A comissão discute a possibilidade de incluir o assédio sexual como crime de constrangimento ilegal, com 6 meses a 2 anos de prisão.

Guimarães (2011), chama a atenção do posicionamento das lideranças do movimento social, quanto a caracterização da transmissão do HIV via ato sexual como tentativa de homicídio qualificado. Para essas lideranças, essa

caracterização trará como consequência, o acirramento dos processos de estigmatização relacionados à Aids, devendo-se, sobretudo, ampliar-se o debate em torno da corresponsabilidade da proteção da transmissão do vírus. Para esse grupo composto por ONGs, o Estado não deve legislar nos casos de transmissão do vírus através de relação sexual consentida e sem o uso do preservativo, pois trata-se de esfera privada dos indivíduos.

Nos primeiros meses de 2015, a criminalização do HIV ganhou visibilidade no Brasil a partir da divulgação, na mídia impressa, digital e televisiva, de casos de transmissão proposital do HIV, fomentando a discriminação das pessoas portadoras da doença e estimulou que a bancada conservadora do Congresso Nacional discutisse o Projeto de Lei (PL) 4.887/01, que já havia sido arquivado em janeiro de 2015, voltado para a inclusão de uma pena mais severa para aqueles que transmitissem o HIV, através do PL 198/15, do Deputado Pompeo de Mattos (PDT/RS).

Como resposta ao Projeto de Lei 198/15, um grupo de ativistas do Projeto “Advocacy em Saúde” entregou, aos deputados integrantes da Comissão de Constituição Justiça e Cidadania (CCJC), da Câmara dos Deputados, um dossiê intitulado “Não ao PL 198”, na tentativa de esclarecer os aspectos desse retrocesso envolvidos na aplicação de um PL dessa natureza (AGÊNCIA DE NOTÍCIAS DA AIDS, 2015). Ao mesmo tempo, foram registradas manifestações da sociedade civil, do Departamento de DST, AIDS e Hepatites Virais e da UNAIDS Brasil, contrária, igualmente, ao referido PL (ABIA, 2015; BRASIL, 2015; UNAIDS, 2015).

Este trabalho está dividido em quatro capítulos. O primeiro capítulo, intitulado “HIV como provocador da morte” a síndrome é apresentada de forma

mais detalhada, assim como a faixa etária atingida pela doença e a diferença entre gêneros, transmissão e **tratamento**.

O capítulo 2, denominado “A transmissão do HIV e sua tipificação penal”, aborda o posicionamento de juristas frente à transmissão do vírus da AIDS. No campo jurídico, Mott salienta que, para alguns juristas, a transmissão do HIV não tem a intenção de matar e o crime pode ser enquadrado no contágio de moléstia grave (Artigo 131). Para outros juristas, existe intenção de transmitir uma doença grave e incurável, definida como “culpa consciente” do portador do vírus, que pode ser enquadrada como tentativa de homicídio simples (de 6 a 20 anos de prisão) ou qualificado (de 12 a 30 anos de prisão).

O capítulo 3 aborda a Transmissão sexual do HIV nas relações consentidas, tema que tem gerado muitas discussões entre os legisladores, Estado e sociedade civil. Para tratar do tema trazemos casos apresentados por doutrinadores e o posicionamento do Direito, ONG's, problematizamos o uso das teorias da imputação e relação de causalidade e o descompasso entre a implantação, no Brasil, do Estado Democrático de Direito, e os princípios que orientam o direito penal nessa forma de Estado.

Na conclusão, as principais constatações observadas ao longo do trabalho, com a expectativa de que as questões formuladas inicialmente tenham sido respondidas de maneira satisfatória para os leitores interessados por este campo de estudos. Apresentamos, também, nossas conclusões em relação aos objetivos propostos inicialmente e apontamos novas possibilidades de desenvolvimento de pesquisas que permitam a compreensão cada vez mais aprofundada sobre o tema estudado.

CAPÍTULO 1

HIV COMO PROVOCADOR DA MORTE

O HIV é o vírus que ataca o sistema imunológico do indivíduo, sendo o responsável pela Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (AIDS), quando esta encontra-se em seu estágio mais avançado, transformando o corpo do seu portador em campo fértil para doenças infecciosas como o resfriado, a tuberculose e o câncer, dificultando, inclusive o tratamento.

De acordo com o Departamento de DST, Aids e Hepatites Virais, até o início de 1990, a AIDS era vista como uma doença de prognóstico muito negativo, cujo paciente era considerado com baixa expectativa de vida. Com a descoberta do coquetel¹, composição feita com vários medicamentos com capacidade de diminuir os efeitos do vírus presente no sangue do seu portador baixa, as pessoas portadoras da doença tiveram a possibilidade de uma maior sobrevida.

1.1 HISTÓRIA DA AIDS

Embora alguns estudos apontem a evidência de mortes provocadas pela Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (AIDS) na década de 1950, foi na virada da década de 1980 que a comunidade científica se deparou com o surgimento de uma doença rara que afetava, primordialmente, homens

¹ Combinação de medicamentos responsáveis pelo atual tratamento de pacientes HIV positivo, capaz de manter a carga viral do sangue baixa, o que diminui os danos causados pelo HIV no organismo e aumenta o tempo de vida da pessoa infectada.

homossexuais anteriormente sadios, provocada por um micro-organismo - *Pneumocystis carinii*, e ainda não se conhece onde o vírus se originou, embora as hipóteses mais prováveis indiquem que pode ter se originado em macacos, na África Central² (HAGA, 2002).

Os primeiros casos foram descobertos e definidos como AIDS, em 1982, nos EUA, Haiti e África Central, quando se classificou a nova síndrome. Em 1981, as autoridades de saúde pública nos EUA registram as primeiras preocupações com uma nova e misteriosa doença (site DST aids).

O Vírus da Imunodeficiência humana (HIV³) foi isolado, pela primeira vez, em células de pacientes portadores da AIDS, em 1984, por cientistas americanos. A partir de então, o HIV, passou a ser considerado o responsável pelo surgimento da doença.

A AIDS é uma doença que ataca o sistema imunológico, responsável pela defesa do organismo humano contra doenças, impedindo-o de proteger o organismo contra os ataques externos causados por parasitas, bactérias, células cancerígenas e outros vírus.

As células mais atingidas pelo HIV são os linfócitos T CD4+, que consegue alterar o DNA dessas células, fazendo cópias de si mesmo, e se multiplicando.

² Existem registros de uma família de retrovírus, relacionados ao HIV, que está presente em primatas não humanos na África, que têm mostrado similaridade com o HIV-1 e com o HIV-2, sugerindo que ambos evoluíram da mesma origem.

³ Sigla em inglês do vírus da imunodeficiência humana, responsável pela AIDS. Ser portador do HIV (chamados soropositivos) não significa que é portador da AIDS. É possível que pessoas soropositivas vivam sem apresentar sintomas e sem desenvolver a doença, mas são potenciais transmissores através das relações sexuais sem proteção, pelo compartilhamento de seringas contaminadas ou de mãe para filho durante a gravidez e a amamentação. Da família dos retrovírus, contém pelo menos duas subcategorias de vírus, o HIV-1 e o HIV-2.

Quando as células T são atacadas e destruídas pelo vírus do HIV, o sistema imunológico debilitado, não permite que o organismo da pessoa infectada possa se defender contra doenças e tumores, ocasionando as chamadas infecções oportunistas⁴.

A pneumonia é a infecção oportunista mais comum, sendo diagnosticada em, aproximadamente, 57% dos casos. A fragilidade em que se encontra o organismo infectado pelo HIV, leva muitos indivíduos à morte por infecções banais.

A AIDS foi identificada pela primeira vez no Brasil no ano de 1982, quando foram publicados os primeiros casos acompanhados por um grupo de especialistas que vinham tratando pacientes portadores da doença de forma sistemática e que preparavam evidências do surgimento da doença em território nacional.

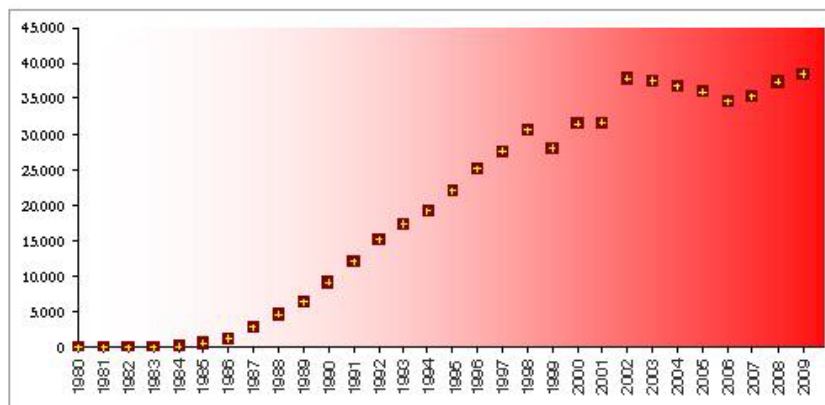
Já em 1983, foi inaugurado o primeiro programa de atenção e prevenção da AIDS do Brasil, por uma equipe de profissionais da área da saúde, no Instituto de Saúde da Secretaria de Saúde do Estado de São Paulo. Paralelamente, criou-se um sistema de notificação de casos, importante para o acompanhamento do desenvolvimento da doença no país.

Entre os anos de 1982 e 2010, foram registrados 592.914 casos de pacientes infectados pelo HIV. Em 2009, quando foi registrado um aumento de 2,9% de casos em relação ano anterior, tivemos a notificação de 38.538 casos. De

⁴ Entre essas doenças, encontram-se a tuberculose; a pneumonia por *Pneumocystis carinii*; a candidose, que pode causar infecções na garganta e na vagina; o citomegalovírus um vírus que afeta os olhos e os intestinos; a toxoplasmose que pode causar lesões graves no cérebro; a criptosporidiose, uma doença intestinal; o sarcoma de Kaposi, uma forma de cancro que provoca o aparecimento de pequenos tumores na pele em várias zonas do corpo e pode, também, afetar o sistema gastrointestinal e os pulmões.

acordo com dados do Ministério da Saúde, em 2033, o Brasil terá, aproximadamente, 600.000 portadores do vírus HIV.

GRÁFICO – Número de novos casos no Brasil - 1980 - 2009



Fonte: DATASUS – Sistema de Informações de Agravos de Notificação - SINAM

O Brasil é considerado modelo para outros países em desenvolvimento que enfrentam dificuldades com a epidemia da AIDS, devido à decisão do Governo Brasileiro de oferecer assistência técnica e medicamentosa para a implantação de projetos que visam ao tratamento de portadores do HIV/AIDS. De acordo com a Embaixada do Brasil em São Tomé e Príncipe, essa decisão do governo Brasileiro.

[...] cumpre dois objetivos fundamentais. De um lado, recentes resoluções e declarações da comunidade internacional, emitidas sob forte encorajamento de delegações brasileiras, têm admitido a necessidade de se expandir o acesso a medicamentos para a AIDS. De sua vez, esta atual posição de liderança internacional assumida pelo Brasil tem gerado um incremento considerável de demandas por parte de instituições e organizações não-governamentais de diversos países para que o Brasil, no sentido de uma atuação mais incisiva quanto a ampliação da oferta de medicamentos anti-retrovirais aos milhões de portadores que a eles ainda não tem acesso (<http://www.embrasil-stp.org/spip.php?article70>).

De acordo com os dados do Boletim Epidemiológico AIDS/DST 2008, de 1980 início da epidemia no país a junho de 2009, foram registrados 506.499 casos, sendo que 205.409 levaram o indivíduo infectado a morte em decorrência da doença.

Dados registrados no Boletim Epidemiológico de 2010, desde 1980 a junho de 2010, 11,3% (66.751) dos casos registrados no país, estavam relacionados a jovens com idade cronológica entre 13 a 24 anos (Boletim Epidemiológico - Aids e DST, 2010).

Ainda de acordo com o Boletim de 2010,

[...] as investigações mostram que as prevalências de infecção pelo HIV no Brasil se apresentam da seguinte maneira: 0,6% na população de 15 a 49 anos de idade (0,4% nas mulheres e 0,8% nos homens), 0,12% nos jovens do sexo masculino de 17 a 20 anos de idade e 0,28% em mulheres jovens de 15 a 24 anos. Nas populações vulneráveis, as prevalências são mais elevadas e destacam-se aquelas entre usuários de drogas ilícitas (5,9%), homens que fazem sexo com homens (10,5%) e mulheres profissionais do sexo (5,1%) (Boletim Epidemiológico - Aids e DST, 2010, p. 8).

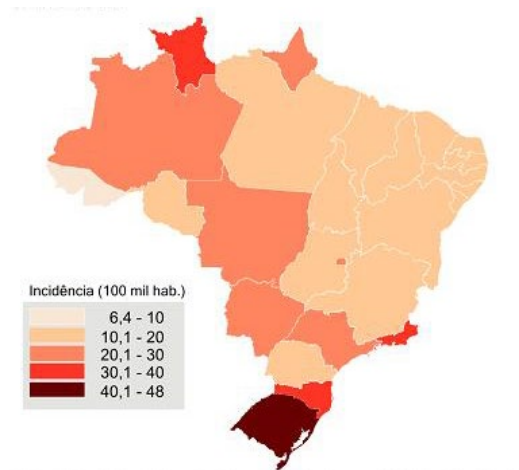
De acordo com o Ministério da Saúde, a maior concentração do percentual de pessoas infectadas é na região Sudeste do país com 58,0%, seguido do Sul com 19,5%, o Nordeste com 12,5%, o Centro Oeste com 5,7% e o Norte com 4,2% (Boletim Epidemiológico - Aids e DST, 2010).

A doença que, inicialmente, teve início nos grandes centros urbanos, tomou tal proporção que começou a atingir localidades cada vez mais distantes destes centros.

Nos últimos 10 anos (1999 a 2009), enquanto a taxa de incidência caiu no Sudeste de 25 casos para 20 casos a cada 100 mil habitantes, cresceu nas demais regiões: de 23 para 32 casos no Sul; de 12 para 18 no Centro-Oeste; de 6 para 14

no Nordeste e acentuadamente na região Norte, que passou de 7 para 20 casos a cada 100 mil habitantes.

Mapa de incidência de HIV/AIDS por ano de diagnóstico (por 100.000 habitantes)



Fonte: DATASUS – Sistema de Informações de Agravos de Notificação - SINAM

No mundo, verificou-se uma redução de quase 20% nos casos de pessoas infectadas pelo HIV, epidemia que gerou em torno de 30 milhões de óbitos. “Apesar da redução de novas infecções nos últimos 10 anos, em regiões como a África Subsaariana estima-se que existam 22 milhões de pessoas vivendo com HIV, o que representa 5% do total de habitantes” (Orbis, 2016).

Mapa - Pessoas vivendo com HIV em diferentes regiões do mundo – 2009



Fonte: DATASUS – Sistema de Informações de Agravos de Notificação - SINAM

1.2 DISTRIBUIÇÃO POR FAIXA ETÁRIA E GÊNEROS

Em relação ao sexo da população geral diagnosticada com AIDS, os dados apresentados indicam maior incidência de casos de AIDS no sexo masculino (385.818) do que no feminino (207.080); entretanto, nota-se uma queda na razão de sexos ao longo dos anos, que permanece estável desde 2002 em 1,5:1 (15 homens para cada 10 mulheres). Em ambos os casos, a faixa etária de maior incidência de AIDS está entre as pessoas situadas na faixa etária dos 30 aos 48 anos de idade.

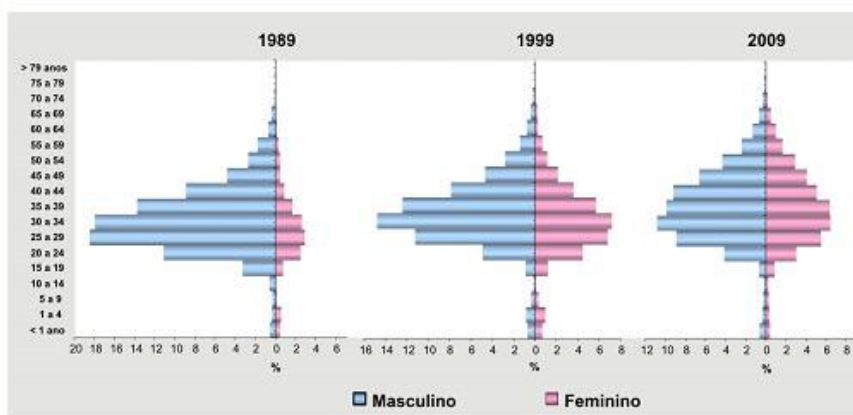
De acordo com o Observatório Regional Base de Indicadores de Sustentabilidade (ORBIS),

Analisando a diferença entre os gêneros, a única faixa etária em que o número de casos de Aids é maior entre as mulheres é a de jovens entre 13 a 19 anos, que apresentam incidência de 3,1 a cada 100 mil habitantes (enquanto entre homens a incidência é de 2,4).

Entre os homens, a maior proporção de casos é entre jovens homossexuais (26,8% homossexuais e 10,2% bissexuais) (Boletim Epidemiológico - Aids e DST, 2010). Entre as mulheres, os casos de AIDS estão relacionados majoritariamente (91,2%) à categoria de exposição heterossexual (Boletim Epidemiológico - Aids e DST, 2010).

Nos indivíduos com 60 anos e mais, verifica-se um aumento importante dos casos de aids em ambos os sexos, que passaram de 394 casos em 1999 para 938 casos em 2009 no sexo masculino, e, no feminino, de 191 casos em 1999 para 685 casos em 2009. No entanto, a faixa etária de 35 a 39 anos exibe a maior taxa de detecção do país, 46,7 casos por 100.000 habitantes em 2009 (Boletim Epidemiológico - Aids e DST, 2010, p. 10).

Pirâmides – idade e gênero registrados em 1989, 1999 e 2009



Fonte: DATASUS – Sistema de Informações de Agravos de Notificação - SINAM

Nos últimos 10 anos, tem-se verificado o aumento de casos de AIDS entre pessoas idosas. O aumento da expectativa de vida, associado à melhoria da qualidade de vida entre o segmento populacional composto pelos mais velhos, e as possibilidades do estabelecimento de novas relações amorosas, o aumento da incidência da doença entre a população com mais de 60 anos

aumentou é uma realidade, tornando-se necessário um programa de educação voltado para esse segmento populacional.

Entre os fatores que dificultam o diagnóstico de AIDS entre pessoas com mais de 60 anos podemos citar a fragilidade do sistema imunológico dessas pessoas, tornando comum, nessa faixa etária, o surgimento de doenças cujos sintomas são comuns aos sintomas da AIDS, associado ao fato de que, tanto os idosos quanto os profissionais da saúde tendem a não pensar na aids, negligenciando, assim a doença nessa faixa etária. Como consequência, o diagnóstico de AIDS só vai acontecer tardiamente, facilitando o agravamento das infecções e o comprometimento da saúde mental do idoso, podendo chegar a quadros graves de demência (Departamento de DST, AIDS e Hepatites Virais).

1.3 TRANSMISSÃO

Embora a Organização Mundial de Saúde (OMS) considere que a transmissão mais comum do HIV ocorra através da relação sexual⁵, através das relações heterossexuais sem o uso de preservativo, o vírus pode ser transmitido pela troca de fluidos corporais⁶, como leite materno, sangue⁷, secreção vaginal e sêmen e pelo compartilhamento de seringas entre usuários de drogas injetáveis.

⁵ Pode ocorrer pelo ato sexual vaginal, anal ou oral, quando há contato do sêmen, sangue ou secreção vaginal da pessoa infectada com a pessoa sadia.

⁶ Infecção de recém-nascidos durante a gestação, durante o parto ou durante a amamentação. A assistência pré-natal é um momento importante para diminuir a incidência da sífilis congênita e da transmissão do HIV da mãe para o bebê, com diagnóstico precoce e tratamento adequado.

⁷ Transmissão de sangue contaminado ou produtos derivados dele como plasma plaquetas em transfusões sanguíneas. Um meio encontrado para evitar esse tipo de contaminação foi fazer exames de rotina no sangue de doadores.

Diniz (2001, p. 190), enumera algumas formas de transmissão do vírus da AIDS, entre eles:

[...] transfusão de sangue contaminado, prática de sexo não seguro com pessoa infectada, uso de drogas endovenosas com agulha comunitária, via perinatal, a partir da mãe para o filho, transplante de órgãos, acidentes de trânsito em que uma vítima com lacerações entra em contato com o sangue de outro ferido soropositivo, sangramento oral, inseminação artificial com sêmen de doador infectado e amamentação de criança soropositiva com estomatite, desde que a nutriz apresente fissuras mamilares. Tem sido encontrado esse vírus no sangue, nas secreções vaginais, no sêmen, nos líquidos sinovial ou cefalorraquiano, pleural, peritoneal e amniótico. Todavia, temos notícias, ainda que em casos raros, de sua presença em espermatozóide, saliva, suor, lágrima, leite materno, urina, vômito, secreção nasal, fezes e escarro, principalmente se contiverem sangue.

O HIV pode ser transmitido, também, através equipamentos cirúrgicos, odontológicos entre outros não esterilizados, transplante de órgão e inseminação artificial com sêmen de pessoa infectada, acidentes de trânsito com lacerações múltiplas em contato com sangue de outras pessoas feridas, embora esses casos sejam muito raros (HAGA, 2002).

Completando esse quadro de possíveis formas de transmissão, Haga (2002, p. 28), chama a atenção para a “transmissão ocupacional, por acidente de trabalho em profissionais da área da saúde que sofrem ferimentos com objetos perfuro cortantes contaminados com sangue de pacientes com infecção pelo HIV” e que não se enquadram nos casos de transmissão por relação sexual nem pela “exposição sanguínea pelas vias classicamente descritas.

De acordo com o ORBIS, verificou-se uma diminuição significativa da transmissão de mãe para filho. “Entre 1980 e 1997, 46% das crianças menores de um ano, filhos de portadores do vírus, eram acometidos pela doença. Em 2009 esse percentual caiu para 18%” (ORBIS).

1.4 TRATAMENTO

Os medicamentos antirretrovirais, criado na década de 1980, com o objetivo de impedir a multiplicação do vírus no organismo, embora não destruam o HIV, vírus causador da AIDS, ajudam a evitar que o sistema imunológico fique debilitado, sendo de uso fundamental para aumentar o tempo e a qualidade de vida dos portadores da doença.

No Brasil, desde o ano de 1996, todos os pacientes que necessitam do tratamento antirretroviral, recebe, gratuitamente, o medicamento. De acordo com dados do Ministério da Saúde (2015), cerca de 455 mil pessoas recebiam, regularmente, os remédios para tratarem a doença, o que representa um gasto de US\$427 milhões, por ano, com tratamento e cuidados com portadores do vírus.

Atualmente, devido à implantação da política de acesso universal ao tratamento, que foi inserido não somente no Brasil, no qual a combinação de diversos medicamentos chamados de coquetéis vem conseguindo uma importante queda na mortalidade devido ao controle do vírus HIV.

Para combater o HIV é necessário utilizar pelo menos três antirretrovirais combinados, sendo dois medicamentos de classes diferentes, que poderão ser combinados em um só comprimido. O tratamento é complexo, necessita de acompanhamento médico para avaliar as adaptações do organismo ao tratamento, seus efeitos colaterais e as possíveis dificuldades em seguir corretamente as recomendações médicas, ou seja, aderir ao tratamento.

Recentemente a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) através da Resolução RDC 103/16, excluiu da lista de substâncias do controle especial, os antirretrovirais, que estarão, a partir de então, sujeitas apenas à prescrição médica.

TABELA 1 – Classe de medicamentos antirretrovirais

Inibidores Nucleosídeos da Transcriptase Reversa - atuam na enzima transcriptase reversa, incorporando-se à cadeia de DNA que o vírus cria. Tornam essa cadeia defeituosa, impedindo que o vírus se reproduza (Abacavir, Didanosina, Estavudina, Lamivudina, Tenofovir, Zidovudina e a combinação Lamivudina/Zidovudina).

Inibidores Não Nucleosídeos da Transcriptase Reversa - bloqueiam diretamente a ação da enzima e a multiplicação do vírus (Efavirenz, Nevirapina e Etravirina).

Inibidores de Protease – atuam na enzima protease, bloqueando sua ação e impedindo a produção de novas cópias de células infectadas com HIV (Atazanavir, Darunavir, Fosamprenavir, Lopinavir/r, Ritonavir, Saquinavir e Tipranavir).

Inibidores de fusão - impedem a entrada do vírus na célula e, por isso, ele não pode se reproduzir (Enfuvirtida).

Inibidores da Integrase – bloqueiam a atividade da enzima integrase, responsável pela inserção do DNA do HIV ao DNA humano (código genético da célula). Assim, inibe a replicação do vírus e sua capacidade de infectar novas células (Raltegravir).

Fonte: Departamento de DST, AIDS e Hepatites Virais

CAPÍTULO 2

A TRANSMISSÃO DO HIV E SUA TIPIFICAÇÃO PENAL

Tipo, é o modelo, o padrão de conduta que o Estado visa impedir que seja praticada, ou determina que seja levada a efeito pelos cidadãos, utilizando-se para isso, da lei. A palavra tipo, na lição de Cirilo de Vargas (2008, p. 44), "constitui uma tradução livre do vocábulo Tatbestand, empregada no texto do art. 59 do Código Penal alemão de 1871, e provinha da expressão latina *corpus delicti*. O tipo, portanto, é a descrição precisa do comportamento humano, feita pela lei penal."

De acordo com Welzel (2004, p. 160): "o tipo penal é a descrição concreta da conduta proibida [...], "é a matéria da proibição das prescrições jurídico-penais".

Para que ocorra o Tipo Penal, é necessário que sejam efetivados o Tipo Formal e o Tipo Material. Ou seja, é preciso que o ato seja efetivado exatamente como está descrito na Lei, e que ocorra o Tipo Material, que é a real e significativa lesão ao bem protegido pelo tipo penal.

Para que um fato seja caracterizado como crime, é preciso que exista o fato típico, primeiro substrato do crime, fato humano indesejado, que consiste numa *conduta* humana voluntária produtora de um *resultado* que se ajusta formalmente (resultado jurídico) e materialmente (resultado naturalístico) ao tipo penal. Verifica-se a existência de um elo entre a conduta do agente e o resultado. Portanto, nota-se configurado uma relação de causalidade (*nexo causal*) entre a conduta, que se enquadra perfeitamente ao modelo abstrato de lei penal (*tipicidade*), e o resultado.

Se considerarmos o princípio da legalidade, que se manifesta pela locução *nullum crimen nulla poena sine previa lege*, prevista no artigo 1º, do Código Penal Brasileiro (CPB), segundo o qual não há crime sem lei anterior que o defina, nem há pena sem prévia cominação legal, é possível afirmarmos que o crime de transmissão da AIDS talvez não encontre respaldo, visto que o Código Penal em nenhum momento se refere a tal fato típico cometido pelo agente. Isso porque, no momento em que o Código Penal Brasileiro foi concebido, não se previa o surgimento de uma epidemia dessa gravidade e que suscitasse amparo jurídico.

O princípio da legalidade, tem também, força constitucional, na medida em que a Constituição da República consagrou-o no art. 5º, inciso XXXIX, que traz: "não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal" (princípio da legalidade e princípio da anterioridade).

Dito isso, fica claro que, como forma de apenar os agentes infratores envolvidos na transmissão do vírus do HIV, o que existe atualmente, são entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, com a utilização da analogia, dos costumes e dos princípios gerais de Direito.

Para acompanhar as constantes mudanças ocorridas na sociedade, faz-se necessário que o ordenamento jurídico passe por contínuos processos de renovação e atualização, sendo notório o uso do processo de integração, recurso à analogia e aos princípios gerais do próprio ordenamento.

De acordo com a doutrina de *Bevilacqua* (1976, p. 170):

A analogia é a operação lógica, em virtude da qual o intérprete estende o dispositivo da lei a casos por ele não previstos". Do mesmo Clovis ainda a descrição seguinte: "A analogia é a operação lógica, pela qual o aplicador da lei remonta aos

princípios de que ela emana para, por via de consequência, estender-lhe o império a casos semelhantes aos que a lei regula. Há aí, embora limitada, uma revelação do direito latente ou uma cristalização das forças jurídicas que a inteligência do aplicador ergue à tona da vida social corrente.

O debate jurídico sobre a criminalização da transmissão do HIV no Brasil teve início na década de 1990, devido à falta de tratamento eficaz e pela alta letalidade da AIDS, naquele momento (ARANHA, 1994; Mott, 2002).

A transmissão do HIV pode ser enquadrada no artigo 131 do Código Penal Brasileiro no capítulo da periclitación da vida e da saúde, segundo o qual “Praticar, com o fim de transmitir a outrem moléstia grave de que está contaminado, ato capaz de produzir o contágio”, e prevê pena de 01 (um) a 04 (quatro) anos de reclusão e multa.

Existem várias doenças que podem ser enquadradas no artigo 131, porém por ser a AIDS uma doença que, mesmo com todo avanço da medicina ainda levar a morte, surgiu uma corrente jurídica que vem tentando mudar a tipificação da transmissão intencional do vírus do HIV, como homicídio consumado ou tentado.

Para os defensores dessa corrente, havendo a intenção, a vontade de matar, ou seja, presente o elemento subjetivo do agente, por meio de transmissão da AIDS, fica tipificado o crime de homicídio ou de tentativa de homicídio, se transmissão não ocorrer.

É indispensável a análise da conduta do agente, uma vez que deve haver o livre e consciente querer praticar uma conduta, que sabe ser contrária do direito, e que está descrita em uma norma penal, ou seja, deve estar presente o dolo por parte da conduta do agente.

Considerando-se que a transmissão do vírus do HIV deixará a vítima com sérios problemas de saúde, há também a possibilidade do crime de transmissão intencional do vírus ser configurado como crime de lesão corporal gravíssima.

2.1 HIPÓTESES DE TIPIFICAÇÃO

O enquadramento jurídico limita-se a dois artigos do Código Penal Brasileiro: Artigo 130 (contágio venéreo) e Artigo 131 (contágio de moléstia grave).

Trataremos de três hipóteses de tipificação para a transmissão intencional do vírus do HIV: crime de perigo de contágio de doença venérea, lesão corporal e tentativa de homicídio.

2.1.1 CRIME DE CONTÁGIO DE MOLÉSTIA GRAVE

O artigo 130 do Código Penal Brasileiro prevê o crime de contágio venéreo.

Art. 130. Expor alguém, por meio de relações sexuais ou qualquer ato libidinoso, a contágio de moléstia venérea, de que sabe ou deve saber que está contaminado:

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.

§ 1º. Se é intenção do agente transmitir a moléstia: Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

§ 2º. Somente se procede mediante representação.

De acordo com o artigo 131 do Código Penal Brasileiro *in verbis* “Praticar, com o fim de transmitir a outrem moléstia grave de que está contaminado, ato capaz de produzir o contágio”, prevê pena de 01 (hum) a 04 (quatro) anos de reclusão e multa.

Entendemos que o artigo 131, parece ser o que melhor se ajusta ao caso em pauta, considerando-se que se trata de delito formal, de mero perigo, que basta a prática de ato capaz de produzir a transmissão da doença para que o delito esteja consumado.

Mas o que é moléstia grave e contagiosa, e podemos considerar o vírus HIV como tal? Podemos responder essas perguntas com a própria legislação, e também através de normas técnicas utilizadas pela medicina.

De acordo com a Lei nº 8.112/90, no seu artigo 186 § 1º:

Consideram-se doenças graves, contagiosas ou incuráveis, a que se refere o inciso I deste artigo, tuberculose ativa, alienação mental, esclerose múltipla, neoplasia maligna, cegueira posterior ao ingresso no serviço público, hanseníase, cardiopatia grave, doença de Parkinson, paralisia irreversível e incapacitante, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave, estados avançados do mal de Paget (osteíte deformante), Síndrome de Imunodeficiência Adquirida - AIDS, e outras que a lei indicar, com base na medicina especializada.

Também o artigo 6º da Lei nº 7.713/88, no seu inciso XIV aponta uma definição moléstia grave, considerando a transmissão do vírus do HIV como tal.

[...] os proventos de aposentadoria ou reforma, desde que motivadas por acidente sem serviços, e os percebidos pelos portadores de moléstia profissional, tuberculose ativa, alienação mental, esclerose-múltipla, neoplasia maligna, cegueira, hanseníase, paralisia irreversível e incapacitante, cardiopatia grave, doença de Parkinson, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave, estados avançados da doença de Paget (osteíte deformante), contaminação por radiação, síndrome da imunodeficiência adquirida, com base em conclusão da medicina especializada, mesmo que a doença tenha sido contraída depois da aposentadoria ou reforma

Tem-se observado em ações judiciais, que a omissão da informação do diagnóstico positivo em contextos de risco, como a prática do sexo sem proteção, tende a caracterizar a intencionalidade da infecção do outro, objetiva-se analisar as situações nas quais a pessoa infectada pelo HIV pode processar seu/sua parceiro/a por não ter sido informada da condição sorológica dele/dela durante a prática sexual.

Alguns doutrinadores, a exemplo de Julio Fabrini Mirabete, defendem a ideia de que a prática de relações sexuais de pessoas infectadas com a AIDS com alguém saudável, tendo a intenção de transmitir a doença a outrem deverá ser enquadrada no Artigo 131⁸ do Código Penal que trata sobre o Perigo de Contágio de Moléstia Grave, desde que neste caso, o sujeito passivo não venha a ser contaminado, por situação alheia à vontade do autor.

Para Cesar Roberto Bittencourt (2014), no entanto, por ser possível a transmissão do vírus do HIV por outros meios que não exclusivamente a relação sexual e atos libidinosos, como apregoa o Artigo 130 do Código Penal, independentemente de haver contaminação ou não da vítima, sempre haverá o crime descrito no artigo 131 do Código Penal.

Os doutrinadores que defendem o enquadramento do fato da transmissão intencional do vírus do HIV no artigo 131, apoiam sua defesa no avanço da medicina que tem permitido aos portadores da AIDS significativo prolongamento da vida por meios de medicamentos, nem sempre levando à morte imediata.

2.1.2 LESÃO CORPORAL

O crime de lesão corporal está tipificado no artigo 129 do código penal: “Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem”. Este artigo, além de proteger a integridade física da pessoa, visa à proteção da saúde biológica e

⁸ Artigo 131, do Código Penal Brasileiro: Praticar, com o fim de transmitir a outrem moléstia grave de que está contaminado, ato capaz de produzir o contágio. Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

mental, compreendendo a integridade anatômica, fisiológica e psíquica do ser humano.

De acordo com Nelson Hungria (1955, p. 313),

[...] o crime de lesão corporal consiste em qualquer dano ocasionado por alguém, sem animus necandi, à integridade física ou a saúde (fisiológica ou mental) de outrem. Não se trata, como o nomen juris poderia sugerir prima facie, apenas do mal infligido à inteireza anatômica da pessoa. Lesão corporal compreende toda qualquer ofensa ocasionada à normalidade funcional do corpo ou organismo humano, seja do ponto de vista anatômico, seja do ponto de vista fisiológico ou psíquico. Mesmo a desintegração da saúde mental é lesão corporal, pois a inteligência, a vontade ou a memória dizem como atividade funcional do cérebro, que é um dos mais importantes órgãos do corpo.

Ainda segundo ao Código Penal no caput do artigo 129 e seus parágrafos, vemos que o crime de lesão corporal pode ocorrer por meio de seis modalidades diferentes, a saber:

- a) Lesão corporal leve – art. 129, caput do CP;
- b) Lesão corporal grave – art.129, §1º, do CP;
- c) Lesão corporal gravíssima – art. 129, §2º, do CP;
- d) Lesão corporal seguida de morte – art. 129, §3º, do CP
- e) Lesão corporal culposa – art. 129, §6º, do CP

Nos interessa, especialmente, o § 2º, inciso II e o § 3º, do artigo 129, que tratam, respectivamente, de lesão corporal gravíssima por enfermidade incurável e lesão corporal seguida de morte.

§ 2º. Se resulta:

II – enfermidade incurável;

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos.

§ 3º. Se resulta morte e as circunstâncias evidenciam que o agente não quis o resultado, nem assumiu o risco de produzi-lo:

Pena – reclusão de 4 (quatro) a 12 (doze) anos.

Nesse estudo será considerada apenas a lesão corporal gravíssima que, conforme já afirmado anteriormente, se configura quando a vítima não corre risco de morte, mas passa a apresentar sérios problemas de saúde.

As lesões corporais gravíssimas são aquelas que resultam incapacidade permanente para o trabalho, enfermidade incurável, perda ou inutilização de membro, sentido ou função, deformidade permanente ou aborto. Considera-se incapacidade permanente para o trabalho a perda ou inaptidão permanente para o trabalho.

Segundo Rogério Greco (2009, p 280.)

[...] esse resultado qualificador pode ter sido produzido dolosa ou culposamente. Admite-se tanto dolo direto quanto o eventual; na modalidade culposa, faz-se mister seja o resultado previsível para o agente.

A incapacidade diz respeito à impossibilidade, caráter duradouro, para o trabalho. É conhecida a discutível posição de Hungria (1955, p 325-326) quando afirma que a lei penal não se refere:

[...] à ocupação habitual do ofendido, mas ao trabalho in genere. O ofendido deve ficar privado da possibilidade, física ou psíquica, de aplicar-se a qualquer atividade lucrativa. O vocábulo trabalho é empregado em sentido restrito, isto é, como livre movimento ou emprego do corpo para um fim econômico.

A enfermidade incurável é onde podemos melhor encaixar a transmissão intencional do HIV, quando a vítima não correr risco de morte. Cezar Roberto Bitencourt (2002, p. 192-193) esclarece que enfermidade é:

[...] um processo patológico em curso. Enfermidade incurável é a doença cuja curabilidade não é conseguida no atual estágio da medicina, pressupondo um processo patológico que afeta a saúde em geral. A incurabilidade deve ser confirmada com dados da ciência atual, com um juízo de probabilidade. Incurável deve ser entendido em sentido relativo, sendo

suficiente o prognóstico pericial para caracterizá-la, pois em termos de ciência médica nada é certo, tudo é provável, pode-se afirmar num exagero de expressão.

Luiz Regis Prado (2015, p. 128) pondera, no entanto que:

Enfermidade é o processo patológico – físico ou psíquico – em desenvolvimento que afeta a saúde em geral. Não é necessária certeza no tocante à incurabilidade (conceito relativo). Basta a séria probabilidade de inocorrência de cura – com base nos recursos e no estágio de desenvolvimento em que se encontra a medicina na época – atestada por laudo pericial.”

E é com base nesse entendimento que Prado (2015) entende que, por ser a AIDS uma moléstia grave e contagiosa, no caso da transmissão consciente do HIV, configura-se o crime descrito no artigo 131, do Código Penal. Caso a transmissão seja efetivada, trata-se do delito de lesão corporal, vez que resulta em violação à integridade física da vítima. Em havendo intenção de matar (dolo direto ou eventual), restará configurado o delito de homicídio, tentado ou consumado, sendo plenamente possível sua forma culposa, se a transmissão ocasionar a morte da vítima, que ocorreu em razão dos da infração dos deveres objetivos de cuidado por parte do sujeito ativo.

Rogério Greco (2009, p. 282) define bem a perda ou inutilização de membro, sentido ou função ao afirmar que:

Tal como ocorre com a hipótese prevista no inciso II do § 2º do artigo 129 do Código Penal, a qualificadora correspondente à perda ou à inutilização de membro, sentido ou função pode ser atribuída ao agente a título de dolo, direto ou eventual ou mesmo culposamente. O que não se admite, é a responsabilização puramente objetiva, sem que, ao menos, tenha o agente incorrido em culpa, conforme determinação contida no artigo 19 do diploma penal.

A deformidade permanente segundo Noronha (1991, p. 72):

[...] deve ser de certa monta, preocupando, causando mesmo vexame ao portador e desgosto ou desagrado a quem o vê,

sem ser necessário atingir os limites de coisa horripilante ou aleijão.

Já o aborto é bem definido por Rogério Greco (2009, p. 284) quando afirma:

Tal como a hipótese de aceleração de parto, para que o aborto qualifique as lesões corporais sofridas pela vítima, tal resultado não poderá ter sido querido, direta ou eventualmente, pelo agente, sendo, portanto, um resultado qualificador que somente poderá ser atribuído a título de culpa.

Trata-se, outrossim, de crime preterdoloso. A conduta deve ter sido dirigida finalisticamente a produzir lesões corporais na vítima, cuja a gravidez era conhecida pelo agente. Contudo, o resultado aborto não estava abrangido pelo seu dolo, direto ou eventual, sendo-lhe, entretanto, previsível.

Embora não conste no Código Penal Brasileiro, a enfermidade incurável, é classificada na doutrina e na jurisprudência como lesão corporal de natureza gravíssima, em geral irreparável, justificando, portanto, uma pena mais severa que a lesão corporal grave.

Dessa forma, figura inconteste que, o portador do HIV que tem a intenção de transmitir a AIDS, uma doença incurável, encontra-se enquadrada no § 2º, inciso II, do art. 129, do Código Penal.

2.1.3 TENTATIVA DE HOMICÍDIO

§ 3º. Se resulta morte e as circunstâncias evidenciam que o agente não quis o resultado, nem assumiu o risco de produzi-lo:

Pena – reclusão de 4 (quatro) a 12 (doze) anos.

Conhecido como homicídio preterintencional ou homicídio preterdoloso, há dolo no antecedente e culpa no consequente, ou seja, quando o agente pratica uma conduta dolosa, menos grave, porém obtém um resultado danoso

mais grave do que o pretendido, na forma culposa. No caso objeto de estudo desse trabalho, um sujeito soropositivo pretendia contaminar outra pessoa com o vírus do HIV, mas o resultado desse ato termina por levar a vítima a óbito.

Segundo Rogério Greco (2015, p. 154),

A consumação do delito de homicídio ocorre com o resultado morte, já mencionado, sendo, *in casu*, perfeitamente admissível a tentativa, tendo em vista tratar-se de crime material e plurissubsistente, sendo possível a hipótese de fracionamento de inter criminis. Apesar da possibilidade de o resultado morte ocorrer até mesmo dias, ou meses após a prática da conduta levada a efeito do agente, para fins de aplicação da lei penal, considera-se praticado o crime, nos termos do artigo 4º do código penal, no momento da ação ou da omissão, ainda que outro seja o momento do resultado.

Para Rogério Greco (2015), a AIDS, mesmo tendo como uma das formas de transmissão a relação sexual, não pode ser considerada doença venérea. Assim sendo, sua transmissão não se enquadra no tipo penal previsto no artigo 130, do Código Penal. Para esse doutrinador, a análise decida caso deve colocar como ponto central, o dolo do agente: se o objetivo era contaminar a vítima, almejando-lhe a morte, enquanto a vítima estiver viva, o agente responde por tentativa de homicídio; se a vítima vier a falecer, o agente responde por crime de homicídio.

Sabemos que a AIDS não somente é uma doença incurável, mas também letal. Embora, como já afirmamos, existam os 'coquetéis' de medicamentos que fazem com que a vítima tenha sobrevivida prolongada, não foi proclamada, ainda, sua cura (GRECO, 2015, p. 324).

De acordo com a doutrina de Aranha (1994), ao assumir o risco de não proteger o(a) parceiro(a) durante a relação sexual ou o compartilhamento de uma seringa para o uso de drogas, o indivíduo que pratica ato que resulte na

transmissão do HIV, pode responder por tentativa de homicídio caso a transmissão do HIV leve a outra pessoa ao óbito.

Ora, sabendo o contaminado que praticar atos idôneos pode transmitir a moléstia a outrem, que de eventual contágio e transmissão decorrerá a morte da vítima, é de questionar-se se o delito não passa a ser o de tentativa de homicídio qualificado (meio insidioso de conduta), que poderá consumar-se se o ofendido vem a falecer em período curto de tempo e antes do próprio agente, transmissor da doença (ARANHA, 1994, p.13).

Como a morte devida à infecção do HIV pode demorar muito tempo, e devido ao grande avanço da medicina algumas vezes pode até ser prolongado por muitos anos através dos coquetéis de remédios tomados pela vítima, a transmissão intencional do vírus do HIV seria enquadrado na modalidade do crime tentado de homicídio.

Guilherme de Souza Nucci (2014), entende que, em função dos avanços das pesquisas biomédicas, a AIDS perdeu o status de doenças letal, passando a ser considerada uma doença crônica. Assim posto, prega em sua doutrina que, em havendo apenas a relação sexual com a transmissão do vírus e, conseqüentemente, o desenvolvimento da doença e, conseqüente necessidade de tratamento por parte da vítima, cabe a imputação de lesão corporal gravíssima, de acordo com o artigo 129, § 2º, inciso II, do Código Penal. No entanto, refere a possibilidade de usar-se o enquadramento de homicídio ou homicídio consumado, se o agente tiver conhecimento que é portador do vírus e que sua transmissão poderá levar o outro à morte.

Tem se tornado comum [...] o fato do sujeito, sabedor de que é portador da síndrome da imunodeficiência adquirida – AIDS – passar a buscar parceiros para ter relações sexuais no intuito de transmitir a doença aos mesmos, até como forma de desabafar sua revolta. Nesse caso, não se pode falar em crime de perigo de contágio venéreo e sim de homicídio ou tentativa de homicídio, conforme o caso. Isso porque a AIDS – ainda

considerada letal pela medicina - não é doença venérea, pois ela possui outras formas de transmissão além das vias sexuais. Não pode ser considerada simples moléstia grave para efeito da aplicação do artigo 131 do Código Penal, porque a AIDS é doença letal. Dessa forma, quando alguém, com AIDS tem relações sexuais com alguém querendo transmitir a doença responde por tentativa de homicídio ou homicídio consumado, conforme o resultado atingido [...].

Também responde por tentativa de homicídio o sujeito que atira sangue contaminado sobre a vítima. Com o crescente aumento de pessoas portadoras do vírus HIV, cresce o número dos que buscam transmitir a doença, sendo assim, deixar sem punição tais indivíduos ao argumento de que já foram punidos com a doença, significa desarmar o braço da Justiça deixando de cumprir a lei, além da falta de respeito com as pessoas das vítimas (GAYA, 2007).

Em 2000, a Comissão Especial do Ministério da Justiça aprovou como crime a transmissão voluntária e involuntária do HIV, com pena de três meses a dois anos de prisão. Para Mott (2002, p. 171):

O projeto do novo Código Penal decidiu considerar crime um soropositivo manter relações sexuais sem camisinha, assumindo o risco de transmitir a doença. O portador poderá ser condenado pelo crime de perigo de contágio de moléstia grave ou dano à saúde. O crime existirá mesmo se o parceiro não for contaminado.

Neste sentido, o Supremo Tribunal de Justiça (STJ) decidiu que “Em havendo dolo de matar, a relação sexual forçada e dirigida à transmissão do vírus da AIDS é idônea para a caracterização da tentativa de homicídio” (HC 9378/RS – *Habeas Corpus* 1999/0040314-2 – 6ª Turma – Rel. Min. Hamilton Carvalhido, julgado em 18/10/1999, publicado no *DJ* em 23/10/2000, p. 186).

2.2 CONDUTA

Temos a conduta como primeiro elemento integrante do fato típico. Trata-se de ação, de comportamento humano. Para Rogério Greco (2009, p. 149-150):

A ação, ou conduta, compreende qualquer comportamento humano comissivo (positivo) ou omissivo (negativo), podendo ser ainda dolosa (quando o agente quer ou assume o risco de produzir o resultado) ou culposa (quando o agente infringe o seu dever de cuidado, atuando com negligência, imprudência ou imperícia).

Ao autor da prática do fato podem ser imputados dois tipos de condutas: dolosa, quando o agente atua com dolo, quando quer diretamente o resultado ou assume o risco de produzi-lo, ou culposa, quando age com culpa, quando dá causa ao resultado em virtude de sua imprudência, imperícia ou negligência.

Além de atuar com dolo ou culpa, o agente pode praticar a infração penal fazendo ou deixando de fazer alguma coisa a que estava obrigado. As condutas, dessa forma, podem ser comissivas (positivas) ou omissivas (negativas).

Segundo Rogério Greco (2009, p. 149-150)

Nos crimes comissivos, o agente direciona sua conduta a uma finalidade ilícita. Por exemplo, no crime de furto, o agente atua com a finalidade de subtrair os bens móveis pertencentes à vítima, ou, no delito de homicídio, nela desfere punhaladas querendo a sua morte. Nessas hipóteses, diz-se que a conduta praticada pelo agente é positiva. Nos crimes omissivos ao contrário, há uma abstenção de uma atividade que era imposta pela lei ao agente, como no crime de omissão de socorro, previsto no artigo 135 do Código Penal.

De acordo com René Ariel Dotti, a omissão é toda conduta considerada negativa, ou seja, quando se verifica uma atitude psicológica e física de não-atendimento da ação esperada, que devia e podia ser praticada pelo agente. Trata-se, portanto de conceito meramente normativo.

Para Damásio (1999), se há responsabilidade do soropositivo, deliberadamente, de transmitir a outrem o vírus do qual é portador, com a intenção de praticar o crime (homicídio ou tentativa), deve-se levar em conta,

além dos requisitos essenciais de cada figura criminosa, a demonstração indene de culpa do nexo de causalidade entre o *modus agendi* e o resultado.

2.3 RESULTADO E NEXO CAUSAL

Não basta somente uma conduta plausível para a existência de um fato típico, é preciso além disso que haja um segundo elemento de suma importância que faz parte integrante do mesmo, que é o resultado. Ou como afirma Ney Moura Telles:

Não basta a existência de uma conduta dolosa e um resultado morte. Entre ambos deve haver nexo de causalidade. É a relação de causa e efeito indispensável para atribuir, ao agente da conduta, a responsabilidade pela causação da morte da vítima” (TELLES, 2004, p. 81).

De acordo com a teoria naturalista, resultado é a modificação provocada no mundo exterior pela conduta, a exemplo de morte nos casos de homicídio (crime material), e ofensa à integridade corporal nas lesões corporais. As infrações serão classificadas em crimes materiais ou formais, a depender do resultado da ação do agente. Nesse estudo, iremos nos ater aos crimes de tentativa de homicídio e lesão corporal.

No crime formal, o resultado, é previsível e até possível, porém considerado irrelevante, pois a sua consumação só será verificada com o simples perigo criado para o bem protegido, não dependendo da ocorrência de um resultado verossímil (artigo 131 do Código Penal).

De acordo Damásio (1999, p. 229), “o resultado pode ser físico (dano, por exemplo, fisiológico (lesão, morte) ou psicológico (temor, sentimento, etc.)”.

Entre a conduta e o resultado, é preciso ainda existir uma relação entre causa e efeito.

O artigo 13 do Código Penal (CP) prevê “O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido”.

É indispensável lembrar, que no direito penal, é imprescindível para a existência de qualquer delito, relevância causal entre a conduta dolosa e o seu consequente resultado.

Ainda no artigo 13, §1º, primeira parte, do Código Penal encontramos quanto ao nexos de causalidade: “A superveniência de causa relativamente independente exclui a imputação, quando, por si só, produziu o resultado”.

Ney Moura Telles (2004, p. 51), referindo-se à linha tênue que separa a imputação justa do agente transmissor que age com o dolo de matar, e da interpretação errônea que resultaria em injustiça ou impunidade afirma:

A consideração sobre o instrumento utilizado, a localização da lesão produzida, as relações entre agente e vítima, os antecedentes do fato, o local em que se deu, e acerca de outras circunstâncias que envolvem o acontecimento é indispensável para que se possa concluir pela existência do dolo na conduta do sujeito (TELLES, 2004, p. 51).

Analisando 18 processos relativos à criminalização da transmissão do HIV nos tribunais brasileiros, Godoi (2013) verificou que 10 foram denunciados ou condenados por tentativa de homicídio e sete por lesão corporal grave, o que permite interpretar que a intencionalidade é comprovada quando o portador do vírus, ciente da sua condição, não faz uso do preservativo durante a relação.

No caso tratado neste trabalho, para haver relação de causalidade faz-se necessário que o agente tenha a intenção da transmissão do vírus do HIV para a vítima e tenha êxito. Em ocorrendo o óbito da pessoa contaminada, temos um caso de crime material.

2.4 ELEMENTO SUBJETIVO: DOLO

Segundo o Código Penal em seu artigo 18, “diz-se crime doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo”. Rogério Greco (2015, p. 185) esclarece que “dolo é a vontade e consciência dirigidas a realizar a conduta prevista no tipo penal incriminador”.

A definição do que venha a ser considerado dolo vai mudar de acordo com diversos autores, tendo como ponto comum a intencionalidade do agente em produzir a ação. Para Welzel (1987, *apud* GRECO, 2009, p. 193):

[...] toda ação consciente é conduzida pela decisão da ação, ou seja, pela consciência de que se quer – o momento intelectual – e pela decisão a respeito de querer realizá-lo – o momento volitivo. Ambos os momentos, conjuntamente, como fatores configuradores de uma ação típica rel, formam o dolo (= dolo do tipo).

Enquanto Zaffaroni (1999, p. 405), “dolo é uma vontade determinada que, como qualquer vontade, pressupõe um conhecimento determinado”, a consciência segundo Rogério Greco (2009, p. 185):

[...] é o momento intelectual do dolo, basicamente, diz respeito à situação fática em que se encontra o agente. O agente deve ter consciência, isto é, deve saber exatamente aquilo que faz, para que se lhe possa atribuir o resultado lesivo a título de dolo.

Conforme afirma Ronaldo Tanus Madeira (1999, p. 152):

[...] “a função de conhecimento do dolo se limita a alcançar e a atingir os elementos objetivos do tipo. As circunstâncias do tipo legal de crime. O agente quer a realização dos componentes do tipo objetivo com o conhecimento daquele caso específico e concreto.

O artigo 18, parágrafo único do código penal, diz que “Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente”.

Para GRECO (2009, p. 187)

[...] a regra contida nesse parágrafo é a de que todo crime é doloso, somente havendo a possibilidade de punição pela prática de conduta culposa se a lei assim previr expressamente. Em síntese, o dolo é a regra; a culpa, a exceção.

Assim, se não houver expressamente em lei, é sinal de que não é admitida, naquela infração penal, a modalidade culposa. Um exemplo é o crime de dano previsto no artigo 163 do código penal, no qual o legislador somente fez a previsão da sua forma dolosa, permanecendo o dano culposo meramente de natureza civil.

Sobre o dolo há algumas teorias na qual podemos destacar quatro:

- a) Teoria da vontade;
- b) Teoria do assentimento;
- c) Teoria da representação;
- d) Teoria da probabilidade.

As teorias adotadas pelo código penal, seguindo pela redação do artigo 18, I, do estatuto repressivo, foram as teorias da vontade e do assentimento. Para Rogério Greco (2009, p.) “segundo a teoria da vontade, dolo seria tão

somente a vontade livre e consciente do querer praticar a infração penal, isto é, de querer levar a efeito a conduta prevista no tipo penal incriminador”.

Já a teoria do assentimento segundo a precisa lição de Juarez Tavares (ANO, p. 278-279):

[...] a teoria do consentimento ou da assunção é a teoria dominante e tem por base uma vinculação emocional do agente para com o resultado. Vale dizer, exige não apenas o conhecimento ou a previsão de que a conduta e o resultado típico podem realizar-se, como também que o agente se ponha de acordo com isso ou na forma de conforma-se ou de aceitar ou de assumir o risco de sua produção.

O dolo pode ser direto ou indireto. No dolo direto, o agente quer praticar a conduta descrita no tipo. Quer preencher os elementos objetivos descritos em determinado tipo penal. É o dolo por excelência, pois que, quando falamos em dolo, o primeiro que nos vem à mente é justamente o dolo direto. Já o dolo indireto pode ser dividido em alternativo e eventual.

O dolo alternativo, nas lições de Fernando Galvão (2015, p.23):

[...] apresenta-se quando o aspecto volitivo do agente se encontra direcionado, de maneira alternativa, seja em relação ao resultado ou em relação à pessoa contra a qual o crime é cometido.

Logo o dolo eventual segundo lições Muñoz Conde (2015, p. 60):

No dolo eventual, o sujeito representa o resultado como de produção provável e, embora não queira produzi-lo, continua agindo e admitindo a sua eventual produção. O sujeito não quer o resultado, mas conta com ele, admite sua produção, assume o risco, etc.

2.5 ANÁLISE DE CASOS CONCRETOS

O caso de maior notoriedade nacional ocorreu em São Paulo: três assaltantes invadiram o apartamento do advogado Benedito Luiz Franco, 54

anos, ameaçaram infectar os reféns com o vírus HIV e levaram 45 mil dólares e cerca de 20 mil reais em joias. A polícia suspeitou que os criminosos fossem os mesmos que roubaram o deputado Erasmo Dias. Dois deles disseram ser portadores do vírus HIV. Um ano depois, Francisco Luiz Ferreira Picerini, 19 anos, ex-detento da Febem, foi preso e identificado como líder dessa gangue que ameaçava as vítimas com sangue contaminado. Foi também acusado de ameaçar e estuprar uma moça para contaminá-la com HIV e reconhecido por quatro vítimas.

Em Salvador, “Pivetes armados com seringas contendo um líquido vermelho, que afirmam ser sangue contaminado com o vírus da Aids, estão aterrorizando estudantes” em Corredor da Vitória, Graça e Campo Grande, áreas elegantes da cidade. Eles ameaçam espetar os jovens, exigindo dinheiro, bolsas e os sapatos. A.P.S., 15 anos, estudante do 1.o grau, foi cercada por pivetes. “Eles estavam agressivos e ameaçavam espetar a seringa no meu braço. Tentei correr, mas percebi que não conseguiria ir muito longe. A minha sorte foi à interferência de dois rapazes que estavam perto de uma banca de jornal”, declarou a estudante.

Já há casos de decisões tomadas na justiça como em alguns exemplos a seguir:

O Colendo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do habeas corpus nº 9.378/RS, já assentou que *"em havendo dolo de matar, a relação sexual forçada e dirigida à transmissão do vírus da AIDS é idônea para a caracterização da tentativa de homicídio"* (STJ, 6ª Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 18.10.1999, v.u.).

O Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul também já decidiu pela caracterização do delito definido no art. 121 (e não do singelo 131) do Código Penal, na hipótese em que o agente assume o risco da transmissão de doença letal incurável a terceiros, tal como se verifica do julgado abaixo colacionado:

Estupro. Réu portador do vírus HIV. Probabilidade de transmissão de doença incurável e que acarreta a morte. Tentativa de homicídio. Dolo eventual. Possibilidade. Materialidade e autoria suficientemente provadas. Decisão dos srs. jurados que não se mostra manifestamente contrária à prova dos autos. Manutenção. Soberania dos veredictos do Tribunal Popular. Apelo improvido (TJRS, Câm. de Férias Criminal, Apel. Crim. nº 70000012872, Rel. Des. Marco Antonio Barbosa Leal, j. 09.11.1999, v.u.).

Pereira e Monteiro (2015), relatam a identificação de dois processos relacionados à tentativa de homicídio, nos quais a transmissão do HIV foi interpretada de forma distinta. No primeiro caso, que foi a júri popular, o soropositivo foi enquadrado no Artigo 121 §2º (homicídio qualificado - reclusão de 12 a 30 anos), enquanto o segundo caso, julgado pelo Supremo Tribunal Federal em 2010, o homem acusado de transmitir o HIV para três mulheres, foi julgado como transmissão de doença grave (Artigo 131) e não como tentativa de homicídio, abrindo uma jurisprudência no Brasil ao enquadrar a transmissão sexual do HIV como como transmissão de doença grave (Artigo 131) e não como tentativa de homicídio (Artigo 121).

Ainda de acordo com relato de Pereira e Monteiro (2015), contrariamente, em um caso de transmissão do HIV através do sexo consentido encontrado no site do Supremo Tribunal Federal (STF), em 2013, o pedido de *habeas corpus* para o soropositivo condenado foi negado, o que leva os autores (2015, p. 1197) a interpretarem que “a abertura para a mudança do

enquadramento jurídico da transmissão do vírus para uma pena mais branda se concretizou em termos”.

Segundo o relato do STF:

Na hipótese de transmissão dolosa de doença incurável, a conduta deverá ser apenada com mais rigor do que o ato de contaminar outra pessoa com moléstia grave, conforme previsão clara do art. 129, § 2.º inciso II, do Código Penal” (Habeas Corpus nº 160.982 - DF).

No entanto, muitos casos não chegam ao conhecimento público, pois as vítimas temem ser alvo de preconceito por parte da sociedade, deixando-se de buscar soluções através do poder judiciário. O medo da exclusão social e do abandono de companheiros e familiares, termina por contribuir para a ocultação de casos de violência envolvendo a transmissão do HIV.

Embora alguns estudiosos entendam que a pena para transmissores do vírus do HIV seja inviável considerando-se que os mesmos morreriam ou estariam gravemente doentes no transcurso da ação penal, o que extingiria a possibilidade de punição, tornando vã a prevenção geral legislativa penal e toda a persecução penal (ARANHA, 1994), convém lembrar que com o avanço da tecnologia e a descoberta de novos medicamentos eficazes no tratamento das infecções oportunistas que agem sobre o HIV, a AIDS, perdeu o caráter de doença letal, se tornando uma doença crônica, tornando passível de punição o transmissor do vírus, de forma consciente a outrem.

Por outro lado, esse avanço na medicina e na área medicamentosa, não diminui a gravidade do crime citado, considerando-se que a vítima passará o resto de sua vida dependente de medicamentos que possibilitem sua sobrevivência.

Mas, e nos casos da transmissão consentida, como devem operar a jurisprudência?

CAPÍTULO 3

TRANSMISSÃO SEXUAL DO HIV NAS RELAÇÕES CONSENTIDAS

Pode-se falar em responsabilidade penal, quando uma pessoa portadora do vírus HIV tem relações sexuais com outrem, não portador do vírus, sem uso de preservativo, estando a pessoa sadia consciente da condição do parceiro?

O fato acima apresentado é considerado por Pazó e Duarte (2016), como uma nova forma de comportamento sexual, ou seja, o desejo de pessoas sadias em ter relações sexuais com portadores da AIDS com o objetivo de contrair o vírus.

Prata, Pazó e Duarte (2016, p. 3) falam da existência de grupos, denominados, Grupos do Carimbo⁹, “composto por indivíduos soropositivos que são procurados por pessoas que desejam ter relações sexuais desprotegidas, a fim de contrair o vírus, ou meramente pelo prazer do ato sob a ótica do risco.

Conforme Reportagem exibida no Programa Fantástico, da Rede Globo, em 15 de março de 2015, estes grupos configuram-se pelo hábito de transmitir a “doença” por meio de sexo desprotegido - sem uso de camisinha, também conhecido como “bareback”. Em tal contexto duas situações distintas surgem: a) a transmissão que ocorre não se informando aos eventuais parceiros acerca da condição de portadores do HIV dos membros do grupo (*situação que não é aqui objeto de debate*) e b) a situação fática em que existe previamente a devida informação acerca da condição de soropositivo dos membros do grupo, mas que, ainda assim, é seguida do devido consentimento do parceiro que opta conscientemente pela manutenção da relação sexual (sendo esta a situação aqui colocada em debate).

Prata, Pazó e Duarte (2016) esclarecem que é possível verificar duas situações distintas no comportamento das pessoas que frequentam o “grupo carimbo: indivíduos soropositivos que mantém relações sexuais com pessoas

⁹ Grupos do carimbo - são grupos que surgiram ao redor do mundo e que intentam a transmissão do vírus do HIV a terceiros.

não contaminadas pelo vírus, sem preservativo, com o objetivo de contaminar essas pessoas que desconhecem a situação de adoecimento do parceiro sexual, e existem, também, aqueles que conhecem a situação sorológica do parceiro sexual, conhecidos no grupo como “vitaminados”, por serem “soropositivos”, e que desejam a relação sexual sem proteção para que seja possível contrair a doença. Ou seja, pessoas que, apesar de conhecerem a condição de soropositivo do parceiro, por razões que desconhecemos, assumem o risco de, através da relação sexual sem preservativos, se tornarem, também, portadores do HIV. Esses casos, são exemplos fáticos do que chamamos de transmissão consentida do HIV.

3.1 FATO TÍPICO E TIPICIDADE

Como tratamos no capítulo 1, fato típico é a descrição de uma conduta humana, considerada proibida pela norma penal, para a qual se estabelece uma penalidade.

Para Zafaroni (1999), o tipo penal é um instrumento legal, necessário, descritivo, cuja função é individualizar condutas penais consideradas relevantes por estarem proibidas do ponto de vista penal. O código penal apresenta três modelos de tipos: incriminadores¹⁰, permissivos¹¹, devidos¹² e explicativos¹³.

¹⁰ TIPOS INCRIMINADORES: trazem modelos de condutas proibidas.

¹¹ PERMISSIVOS: trazem condutas autorizadas pelo legislador; são os que descrevem as causas de exclusão de ilicitude, também conhecidas como causas de justificação, e trazidas no art.23 do Código Penal.

¹² DEVIDOS: trazem condutas OBRIGATÓRIAS; EXEMPLO: artigo 13, § 2o. que estabelece que o dever de agir incumbe a quem: tenha por lei obrigação de dever, cuidado ou vigilância; por outro meio, assumiu a obrigação de evitar o resultado; com seu comportamento anterior criou risco da ocorrência.

¹³ EXPLICATIVOS: explicam algum conceito. EXEMPLO: artigo 327 que define o que é funcionário público.

No momento em que se atribui uma qualidade ao fato típico, temos o que chamamos no Direito Penal de tipicidade, ou seja, “é a adequação da conduta a um tipo. É um juízo de verificação se o fato é ou não é típico”.

Para que o juiz possa comprovar a tipicidade de um fato, é necessário que compare “a conduta particular e concreta com a individualização típica”, se a adequação é comprovada, temos, então, a tipicidade (MARTINS, 2008).

Camargo (1997), enfatiza que, antes de tratar do problema da tipicidade, é preciso considerar, nos casos em que se trata de crime envolvendo o vírus HIV, algumas características que envolvem as condutas tanto do agente, como da pretensa vítima, destacando como mais importante, a questão do consentimento tratado nos parágrafos anteriores.

Importante lembrar que a Constituição Federal de 1988 traz a dignidade da pessoa humana, como um dos seus fundamentos. Com isso, fica assegurado:

[...] a todo ser humano exercer sua personalidade jurídica da forma mais ampla possível, cabendo ao Estado o respeito incondicional à mesma, eliminando todos os obstáculos que possam restringir a existência do homem, de acordo com a sua consciência social (CAMARGO, 1997, p. 59).

Dentre as várias situações que envolvem o reconhecimento dessa dignidade humana, no que se refere à intervenção do direito penal nas relações da vida privada ou na intimidade (direitos fundamentais acolhidos, também, na Constituição Federal), nos interessa a relação entre duas pessoas adultas, através do relacionamento sexual. Em seguida, será possível, ao tratarmos do elemento subjetivo do tipo, analisar os outros aspectos possíveis da conduta capaz de transmitir o vírus HIV.

Entre essas possibilidades de relações Camargo (1997) apresenta:

a) Quando o agente portador do vírus que mantém relação sexual com o consentimento do ofendido.

Nesse caso, Camargo (1997), nos convida a imaginar a situação de um soropositivo, que faz parte de determinado “grupo de risco” e que mantém relação sexual com seu parceiro, sem comunicar sua situação.

Para Camargo (1997, p. 59), se o parceiro sabe que o agente pertence a um grupo de risco e, mesmo assim não se protege na hora da relação sexual, “não poderá alegar desconhecimento da possibilidade de contaminação, uma vez que cria ou incrementa para si próprio o risco pelo resultado *a posteriori*”.

Nesse caso, ainda segundo o autor, está fora de análise o elemento subjetivo do autor do fato, não se pode falar em autoria, uma vez que houve o consentimento responsável, excluindo-se a tipicidade.

b) Quando o autor, que poderia prever ser portador do vírus HIV, porque tem uma vida de alto risco, mas não tem certeza de sua situação, mantém relação sexual com a vítima com o consentimento responsável desta.

Também nesse caso, a possível transmissão do vírus HIV à vítima ocorreu por conta e risco da mesma, fora, portanto, do âmbito do direito penal, o que, para Camargo (1997, p. 60), nos coloca:

“[...] diante de uma situação que foge ao âmbito de proteção do direito penal, isso porque [...] estamos falando de consentimento válido do ofendido, não do menor irresponsável ou do débil mental, quando, nesses casos, poderíamos atribuir um dolo eventual ou culpa consciente por parte do autor”.

c) O autor, conhecendo ser portador do vírus HIV, ou pertencendo a um grupo de risco, ou podendo supor que, pela sua vida, é provável que tenha

adquirido o vírus, mantém relação sexual com a vítima, forçando-a ou viciando seu consentimento.

Também nesse caso Camargo (1997, 60) afirma:

[...] não ser possível a caracterização de crime contra a vida ou a integridade corporal (artigos 121 e 129 do Código Penal brasileiro), isso porque não se admite a punição de uma conduta cujo resultado, para fins de classificação típica, seja retardado, ou o dano social não seja apurável pela incerteza de que possa ocorrer efetivamente.

E questiona: como punir penalmente o agente, se não se sabe qual o dano social causado, uma vez que os efeitos ou reflexos de autuação do vírus surgirão somente com o tempo e, no caso, pode decorrer lapso capaz de ser atingido pela prescrição? Ao que responde: tomando-se como base o Código Penal, podemos afirmar que não é possível falar de um crime de resultado, mas somente de perigo.

Como segunda hipótese o autor traz a possibilidade de existir, entre a ação e o resultado final, resultados intermediários, não permitindo a reabertura do processo, uma vez que não há revisão criminal em favor do Estado. E exemplifica:

[...] determinada pessoa, na situação descrita, seria contaminada pelo vírus HIV e, decorrido algum tempo, sofreria lesões corporais em razão do mesmo. Condenado o agente por lesões corporais, anos após, a vítima viria a morrer. Não há como reabrir-se o processo e punir o mesmo agente por lesão corporal seguida de morte, pois haveria uma afronta à coisa julgada, o que seria inadmissível no direito penal ou processo penal (CAMARGO, 1997, p. 61).

Vale lembrar que, sob o ponto de vista dogmático, deve-se excluir do contexto de situações típicas os resultados tardios, pois estas consequências

fogem do controle do autor e sua manutenção é imprevisível para a sociedade (SCHÜNEMAN, 1993).

Também diante das situações onde há o consumo de drogas injetáveis, Camargo (1997) considera difícil a interferência do direito penal, e traz como exemplo a situação de um grupo de drogados, onde o uso comum de seringas infectadas são utilizadas pelos seus componentes com consentimento válido. Nesse caso, o autor considera que não há possibilidade de punição no caso de transmissão do vírus HIV, pois a participação no grupo, para se auto drogar, sem qualquer prevenção no uso de seringas, pois há a participação efetiva daquele que foi contaminado, constituindo-se em autolesão.

Como explica Camargo (1997), não é possível punir

[...] àquele que se utilizou da seringa em primeiro lugar e a contaminou, porque não existe autoria mediata ou direta nos crimes de autolesão. O ofendido, no caso, não só criou o risco, como também o incrementou, não podendo alegar desconhecimento ou crença na inexistência de risco, diante dessa situação socialmente divulgada e combatida pelos órgãos de saúde pública (CAMARGO, 1997, p. 61).

Em outro exemplo apresentado por Camargo (1997), nos deparamos com um caso de transmissão com o consentimento da suposta vítima, conhecedora plena do risco. Nesse caso,

Apesar de não pertencer a um grupo de risco, aquele que se dispõe a drogar-se, como experiência, por via endovenosa e desconhece que o autor, que não o avisou, participava de um grupo de drogados, de igual modo, cria seu próprio risco [...] Sendo uma atitude de risco a utilização de seringas já usadas por outra pessoa, aquele que se dispõe, mesmo que por experiência, a drogar-se, correndo o risco de contaminação, deve responder pelas conseqüências.

3.2 TEORIA DA IMPUTAÇÃO E RELAÇÃO DE CAUSALIDADE

Frente às situações apresentadas acima, parece-nos claro que quando se trata de casos relacionados à transmissão do vírus HIV, a equivalência das condições não atende a todos os casos. É preciso que o direito penal brasileiro se aproxime do direito penal moderno, nascido em 1927, na Alemanha, onde Larenz e Honig perceberam:

[...] a inadequação da teoria da equivalência das condições, e outras da causalidade, para justificar todas as situações de responsabilidade pelo resultado em direito penal. Assim, propuseram, cada um desses autores, a inclusão de um elemento valorativo na análise dessa relação de causalidade, ligado à capacidade de o sujeito reconhecer o efeito de determinadas causas e à faculdade de intervir nesse acontecimento, imprimindo-lhe uma direção desejada (CAMARGO, 1997, p. 62).

É nesse contexto que surge, na Alemanha, a teoria da imputação objetiva,

[...] como forma de tentar solucionar os inúmeros problemas que decorriam das outras teorias do tipo, desenvolvidas na Alemanha, sendo elas: a atrelada ao conceito de causalidade, a chamada teoria da equivalência – desenvolvida na virada do século – e a teoria finalista da ação, pensada principalmente por Welzel, na década de 30 (PRATA, PAZÓ E DUARTE, 2016, p. 23).

De acordo com Claus Roxin (2002, p. 14), principal idealizador desta teoria:

[...] um resultado causado pelo agente só deve ser imputado como sua obra e preenche o tipo objetivo unicamente quando o comportamento do autor cria um risco não permitido para o objeto da ação, quando o risco se realiza no resultado concreto, e este resultado se encontra dentro do alcance do tipo.

Ou seja, ao contrário do que ocorre na legislação brasileira¹⁴, para que o resultado seja imputado a determinada pessoa, é necessário que o acusado crie uma situação de risco não permitida, que a ação que tornará possível o risco aconteça, de fato, e que, como consequência dessa ação de risco tenhamos uma situação que se enquadre dentro do alcance do tipo. A partir dessa perspectiva, se o risco é permitido pelo ordenamento jurídico, é impossível imputar o resultado a alguém.

O exemplo apresentado por Roxin (2002) para esclarecer esse tema apresenta uma situação em que um indivíduo convence outro a viajar para a Flórida, com o objetivo de que o viajante seja morto naquele local devido aos altos índices de violência contra turistas. Roxin (2002) argumenta que, mesmo que a suposta vítima tenha morrido em consequência da viagem custeada pelo agente, considerando que há milhares de turistas fazem a mesma viagem sem sofrer qualquer tipo de violência, a conduta do suposto autor não aumentou o risco geral de vida da vítima.

É duvidoso que uma viagem à Flórida tenha aumentado o pequeno risco de ser vítima de um delito de homicídio, existente em qualquer país. [...] A morte do viajante não pode

¹⁴Nas palavras de Gurgel (1997), ainda seguimos o modelo positivista-jurídico neokantiano, sem considerarmos as teorias mais modernas do direito penal. O mesmo se aplica em relação à teoria de causalidade. Como vimos no capítulo 2, de acordo com o artigo 13 do Código Penal brasileiro: “o resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido”. Parágrafo 1o “a superveniência da causa relativamente independente exclui a imputação quando, por si só, produziu o resultado; os fatos anteriores, entretanto, imputam-se a quem os praticou”. Trata-se da teoria da *conditio sine qua non*, ou equivalência das condições, de origem causalista, que determina que haja imputação do fato ao autor, sempre que se prove ter sido este o causador do resultado. Ao contrário do que ocorre nas teorias mais modernas, o dolo e a culpa, na dogmática brasileira, estão na culpabilidade, e não na ação. Nessas condições, havendo um resultado através de um raciocínio lógico-formal, chega-se ao autor e, pura e simplesmente, à adequação típica, restando, como conclusão, a aplicação de uma pena, tendo em vista a intensidade do dolo ou da culpa. Exige-se, apenas, a voluntariedade do ato para que se deduza pela prática de um crime. Somente as ações inconscientes ou por força irresistível podem ou são capazes de excluir a responsabilidade pelo resultado.

ser, portanto, imputada ao provocador da viagem como ação de homicídio. Isto significa que sequer o tipo objetivo de homicídio está preenchido, de modo que a pergunta a respeito do dolo sequer se coloca (ROXIN, 2002).

Em outro exemplo Roxin (2002) traz uma situação envolvendo um sujeito que dispara com arma de fogo, na tentativa de tirar a vida de outra pessoa, sem, contudo, atingir seu objetivo. Se o sujeito baleado for levado ao hospital por uma ambulância que sofre um acidente, e morre em consequência do acidente, a causa da morte não pode ser imputada ao sujeito que desferiu o tiro.

É verdade que, através do tiro, criou o autor um perigo imediato de vida, o que é suficiente para a punição por tentativa. Mas este perigo não permitido não se realizou, pois a vítima não morreu em razão dos ferimentos, e sim de um acidente de trânsito. [...] Falta, portanto, a realização do risco criado pelo tiro, de modo que o resultado morte não pode ser imputado àquele que efetuou o disparo como sua obra (ROXIN, 2002, p. 15).

Finalmente, em um terceiro exemplo, o autor apresenta um caso em que um sujeito entrega heroína a outro indivíduo. Considerando que o tráfico de drogas representa um risco proibido pelo ordenamento jurídico, Roxin (2002) analisa esse caso, tomando como referência o alcance do tipo e o princípio da auto responsabilidade. Se nesse caso, o resultado de tal ato foi a morte do dependente químico, podemos afirmar que o fato se concretizou. Se esse caso fosse julgado tomando como referência a teoria finalista¹⁵, o traficante responderia por homicídio na modalidade de dolo eventual, contudo, de acordo

¹⁵No Ordenamento Jurídico Brasileiro, a participação em suicídio de outrem encontra-se tipificada no artigo 122, do Código Penal: “ Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça. Pena - reclusão, de dois a seis anos, se o suicídio se consuma; ou reclusão, de um a três anos, se da tentativa de suicídio resulta lesão corporal de natureza grave.

com a teoria de Roxin (2002, p. 16): “[...] não poderá ser punível a participação em uma auto colocação em perigo, quando houver por parte da vítima uma completa visão do risco”.

No entendimento de Roxin (2002), não é possível a configuração de delito de lesão corporal ou de homicídio, se a vítima se coloca em situação de perigo, mesmo que o risco assumido aconteça. Ou seja, mesmo que o agente instigue, auxilie ou possibilite a auto colocação em perigo, não poderá ser punido por homicídio ou lesões corporais.

Ao que Camargo (2001, p. 159) conclui:

[...] a vítima passa a ter um papel relevante no fato ocorrido, com seu agir comunicativo e, quando a autocolocação em perigo decorre de sua própria consciência de risco, não há que se falar em fato típico, passível de imputação ao autor, mesmo que tenha facilitado, incitado ou auxiliado nesta colocação em perigo.

Tomando a teoria de Roxin como referência, Camargo (2001) aborda a responsabilidade dos sujeitos diante de escolhas que as expõem ao perigo:

É o caso da transmissão de AIDS, através da relação sexual. Os parceiros, independentemente da informação pessoal que lhes possa ser fornecida, têm consciência do risco de transmissão do vírus HIV no contato sexual, diante da ampla campanha que os governos fazem sobre o tema. Não se pode imputar a alguém o fato de transmissão do vírus HIV, quando houve a plena consciência de terceiro que se envolveu no relacionamento sexual, sem tomar as precauções devidas para evitar o perigo preexistente na sociedade. [...] Caso este insista em não tomar as cautelas, mesmo sabendo do risco, agora expresso, não haverá crime. [...]. Em resumo, a autocolocação em perigo, para excluir a imputação, deve ter como elemento básico o consenso de quem sofre a lesão, e não haja nenhum outro dado que permita concluir pela motivação de quem age, de forma fraudulenta ou enganosa, de modo que, em circunstâncias normais, teria impedido a continuidade da ação da autocolocação em perigo da vítima (CAMARGO, 2001, p. 160-161).

Entretanto, de acordo com o artigo 122, do Código Penal Brasileiro, sendo a vida é um bem jurídico indisponível, a conduta do agente que transmite o vírus HIV encontra limites no Direito Penal Brasileiro, uma vez que estaria fornecendo meios para outrem lesar este bem. Prata, Pazó e Duarte (2016, p. 30), contestam esse posicionamento, pois entendem que “a vida não é em abstrato um direito indisponível, isto porque o titular de tal direito pode abrir mão do mesmo, praticando o suicídio”.

Ademais, é importante lembrar que a relação direta entre a transmissão do vírus HIV e a morte da vítima não encontra respaldo nos avanços médicos alcançados nos últimos anos, isto porque, atualmente, é possível que a pessoa viva com o vírus sem manifestar os sintomas da doença. Assim, não é possível dizer que o agente teria participado do suicídio em questão, isto porque a vítima pode nem vir a óbito naquele momento, bem como, a morte pode não ocorrer em razão da transmissão do referido vírus, mas de causa totalmente independente.

O que poderia ser defendido neste ponto é a participação em uma possível lesão à integridade física da vítima, entretanto, faz-se necessário mencionar que o ordenamento jurídico pátrio já reconhece a possibilidade de outro indivíduo participar de forma lícita ao ataque de bem jurídico alheio. Isto ocorre porque, além do consentimento do ofendido, existe uma aceitação cultural e social dessas práticas, é o que acontece, por exemplo, em esportes como o MMA, boxe, *MuayThai*, e, ainda, no futebol (PRATA, PAZÓ e DUARTE, 2016, p. 30).

É possível pensarmos que se está claro o desejo da vítima e se há a aceitação social, o ato, antes considerado ilícito, torna-se justificado frente ao consentimento daquele a quem foi dirigido.

Verificamos através dos exemplos das práticas violentas nos esportes (MMA, boxe, futebol), que há, por parte do Estado, o reconhecimento de que, “mesmo sendo a integridade física um direito abstratamente indisponível, em alguns casos a sua disponibilidade se encontra justificada ante o desejo da vítima de assim proceder” (PRATA, PAZÓ e DUARTE, 2016, p. 32).

Porém, não verificamos o mesmo posicionamento do Direito Penal, quando se trata de crimes cuja ação penal possui natureza pública incondicionada¹⁶. Nesses casos, o consentimento da vítima não merece atenção, pois o Estado Brasileiro ainda desconsidera que os cidadãos são detentores de direitos, entre eles, a disposição da própria vida e da integridade física, não se limitando a mera “receptora dos danos que lhe são causados, pelas ações típicas” como foi estabelecido quando se definiu que “a missão do Direito Penal era única e exclusiva de proteção aos bens jurídicos” (CAMARGO, 2001, p. 158).

É mister para o ordenamento jurídico, considerar o desejo da vítima, para que o direito de disposição dos bens jurídicos, seja exercido. Para Pierangeli (2005, p. 98), está claro:

[...] que o consentimento do ofendido pode se constituir em causa de exclusão da antijuridicidade unicamente nos delitos em que o único titular do bem, ou interesse juridicamente protegido é a pessoa que aquiesce (“acordo” ou “consentimento”) e que pode livremente dele dispor. De uma maneira geral, estes delitos podem ser incluídos em quatro grupos diversos: a) delitos contra bens patrimoniais; b) delitos contra a integridade física, c) delitos contra a honra; e, d) delitos contra a liberdade individual.

Já é possível identificar, no Brasil, casos em que é clara a aplicação da teoria da imputação objetiva, de forma a não punir o suposto autor, conforme podemos ver no caso apresentado por Prata, Pazó e Duarte (2016, p. 32), decidido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo¹⁷.

¹⁶ Onde há a prevalência do interesse coletivo sobre o interesse individual. Nesse caso, o promotor deve propô-la independente de manifestação de vontade de quem quer que seja.

¹⁷ Para Prata, Pazó e Duarte (2016), que a jurisprudência nacional vem aceitando a aplicação da teoria em alguns casos, principalmente quando o resultado, ainda que derive da ação teoricamente ilícita – o que configuraria o nexos causal entre conduta e resultado, suficiente para a penalização do autor, com base na teoria finalística,

[...] o suposto autor foi acusado de homicídio culposo, uma vez que dirigia um veículo GM Astra a 78 (setenta e oito) quilômetros por hora em via que o limite máximo de velocidade era de 40 (quarenta), colidindo frontalmente com a vítima, ciclista, que se encontrava vindo na contramão da direção correta.

Para o relator designado não restaram dúvidas de que “a vítima contribuiu de maneira decisiva para o acidente”, fatalidade esta que causou a morte do sujeito passivo, que, de acordo com o referido Julgador, teria ocorrido ainda que o condutor do veículo automotor estivesse dentro da velocidade permitida. Assim, no entendimento do relator, o fim de proteção da norma (controle da velocidade máxima permitida) não diz respeito à possibilidade de um ciclista vir na contramão, nas palavras do Desembargador:

Pois é claro que a velocidade máxima de 40dkm/h naquele local **não visa** a evitar situações como a de um ciclista vindo na contramão de direção. Ou, para usar as palavras de Frisch, o resultado que se materializou **não foi** “El riesgo em virtude del cual está prohibido el comportamiento”; a morte, lamentável mas creio não imputável ao apelado, não ocorreu como “realización del riesgo desaprobado”.

Por que não é possível aplicar aos eventos que envolvem a transmissão do vírus do HIV a teoria da imputação objetiva?

3.3 BEM JURÍDICO PROTEGIDO OU QUESTÕES MORALIZANTES?

Camargo (1997) traz as dificuldades, para o jurista penal brasileiro frente às questões relacionadas com a transmissão do vírus HIV, considerando-se que, como já falado anteriormente, há um descompasso entre a implantação, no Brasil do Estado Democrático de Direito¹⁸, e os

atualmente imperante no nosso ordenamento -, não foi almejado pelo autor, bem como quando este não agiu com risco além daquele permitido pelo ordenamento e dentro do padrão de normalidade das práticas sociais.

¹⁸Artigo 1o, Constituição Federal, de 1988. *A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:*

princípios que orientam o direito penal nessa forma de Estado. “Assim, a *ultima ratio*, a subsidiariedade e a fragmentariedade determinam que o direito penal tenha como missão a exclusiva proteção do bem jurídico” (CAMARGO, 1997, p. 63).

Este [o Estado Democrático de Direito] se apresenta de forma abstrata na conceituação valorativa constitucional e depende do agir comunicativo, no sentido de Habermas, para a concretização social. Somente quando houver o dissenso quanto ao conceito social de bem jurídico protegido, poder-se-á falar em dano relevante (CAMARGO, 1997, p. 63).

Camargo (1997) ainda refere como dificuldade a impotência da ciência frente a um vírus que, até o momento presente, apesar de todos os esforços e pesquisas, parece impossível de ser combatido. Tudo o que se conseguiu até então, foi minimizar os efeitos do vírus sobre o organismo humano, mas a

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

União Indissolúvel:

Não têm o direito de secessão ou separação, ou seja, não poderão separar-se da Federação.

Estado Democrático de Direito:

O povo participa das decisões do governo, há a busca do término das desigualdades sociais e há pluralidade partidária, tudo submetido às leis do país.

Soberania:

É o poder do Estado de organizar-se, criar as normas e aplicá-las.

Cidadania:

É ter a nacionalidade brasileira somada aos direitos políticos (votar e ser votado).

Dignidade da pessoa humana:

É um valor que visa proteger o ser humano de tudo que lhe cause indignidade.

Valores sociais do trabalho:

São todos os direitos que possibilitam de se realizar um trabalho justo e digno.

Livre iniciativa:

Liberdade que a pessoa possui de realizar qualquer empreendimento dentro dos padrões legais.

Pluralismo político:

Diversos grupos com pensamentos diferentes em diferentes setores. Dessa forma há a garantia da existência de várias opiniões e ideias com o respeito por cada uma delas.

transmissão continua acontecendo sem precedentes, envolvendo, além do aspecto físico, os aspectos material, sentimental e afetivo.

Prata, Pazó e Duarte (2016), chamam a atenção para as questões de ordem moral e preconceituosas que envolvem a doença que recebeu o nome de AIDS em 1981, momento em que foi definido que a cada cinco pacientes que apresentavam os sintomas da doença, dois eram homens com práticas homossexuais frequentes.

Pelúcio e Miskolci (2009), mostram que foi nesse contexto que teve início o enquadramento, pelos profissionais da medicina, desses sujeitos portadores do vírus do HIV em determinados grupos, chamados, à partir daquele momento de “grupos de riscos”. Nesses grupos estavam os homossexuais masculinos, negros e usuários de drogas injetáveis, considerados os principais alvos do vírus HIV.

É também nesse momento que os povos africanos negros, que imigraram para os países do primeiro mundo, são responsabilizados pela entrada da AIDS nesses países. Muitas foram as hipóteses levantadas sobre a verdadeira origem da doença, e algumas delas prevalecem até os dias atuais.

No início de sua história, a AIDS estava marcada por um tipo de sexualidade - a homossexual; por um viés de raça/etnia (negritude e latinidade) e por um gênero (o masculino).

[...] Na geografia da aids, a terra dos fantasmas e dos medos dos países centrais foi a África e o Haiti, portanto, locais associados ao colonialismo e a um Outro (negro) hipersexualizado. Daí as teorias (ou fantasias) sobre a origem da doença por meio de relações sexuais com o macaco-verde africano (bestialidade), rituais de sangue praticados por haitianos adeptos de seitas vudu, ou por meio do turismo sexual de gays norte-americanos no país caribenho [...] (PELÚCIO e MISKOLCI, 2009, p. 134).

Galvão (2000) entende que, para entender a “aids brasileira”, é preciso considerar as particularidades estruturais e conjunturais do Brasil, pois a história da AIDS não se restringe ao biológico. Essa história tem um percurso marcado por fatores históricos, políticos e econômicos, “assim como pelas relações sócio-sexuais presentes em diferentes sociedades” (Galvão, 2000, p. 17).

De acordo com Pelúcio e Miskolci (2009), outra preocupação da ciência naquele momento foi identificar quem teria sido a primeira pessoa a apresentar a doença. Coube às autoridades norte-americanas de saúde pública, a iniciativa de afirmar que esse primeiro paciente:

[...] foi um comissário de bordo, homem, franco-canadense que, em seus momentos de lazer mundo a fora, frequentava saunas gays. Com essa prática – e por meio de cálculos altamente questionáveis – contabilizaram que ele teria se envolvido em encontros sexuais com milhares de homens e teria contaminando cerca de 250 pessoas (Pelúcio e Miskolci, 2009, p. 134-135).

Começa a surgir, a partir dos discursos morais, o estereótipo do portador da AIDS, criando o grupo de risco composto por pessoas que tinham a prática sexual desviante, ou seja, os homossexuais, prostitutas e pessoas que tinham uma prática sexual fora do casamento, consideradas promíscuas.

Como não poderia deixar de ser, a forma que a sociedade buscou para se proteger dessa doença que se apresentava de forma avassaladora, foi a tentativa de purificação coletiva.

Os discursos midiáticos, referendados no (parco) saber médico sobre a doença, instituíam no senso comum a ideia de que quanto mais “respeitável moralmente” fosse a pessoa – leia-se, praticante do “bom sexo” – menos risco ela correria (Pelúcio e Miskolci, 2009, p. 135).

O aidético passa a ser responsabilizado por ter se exposto a práticas consideradas imorais, contribuindo, assim, para a disseminação da epidemia. “ O risco, mesmo que de maneira inconfessável, ainda guardaria uma associação com a ideia de perigo, sujeira e poluição, imputando culpa e acusação àqueles que escapam às normas” (Pelúcio e Miskolci, 2009, p. 137).

Nesse contexto, como destacam Pelúcio e Miskolci, assistimos ao discurso médico que enfatizava a necessidade de destacar a profilaxia e de sexo, trazendo como consequência um controle dos corpos e dos prazeres. Surgem os discursos preventivos disseminado pela biomedicina e por grupos de ativistas gays, com a noção de risco assumindo proporções importantes nesses discursos.

Tornou-se imprescindível adotar condutas racionalizadas de forma a se evitar os riscos da contaminação, e a ameaça da doença mortal. Surge, então, dentro dos grupos gays, a proposta do sexo seguro.

Ao sexo arriscado passou-se a oferecer o “sexo seguro”, iniciativa que nasceu mais da criatividade dos grupos gays organizados do que de formuladores de políticas públicas em saúde, mas que foi incorporada, adaptada e difundida por equipes multidisciplinares ligadas aos diversos programas de prevenção em várias partes do mundo (Pelúcio e Miskolci, 2009, p. 137).

É dentro dessa história – do surgimento da epidemia da AIDS – com a necessidade de disciplinamento dos corpos e combate aos riscos que pudessem favorecer o avanço da epidemia, que vemos a redução dos fatos atrelados a esses riscos serem reduzidos ao artigo 21 do Código Penal,

qualificando como homicídio a transmissão do vírus, sem levar em consideração o desejo da suposta vítima que, lançando mão da sua liberdade de escolha, e seu direito à orientação sexual, escolheu ter relações sexuais com outrem.

Como nos adverte (Camargo, 1997, p. 62),

A Aids [...] é uma doença comportamental, não se podendo aplicar, nos resultados por ela determinados ao meio social, as normas contidas no atual Código Penal. Primeiro, porque já não se pode falar em grupo de risco, mas em comportamento de risco. Segundo, porque qualquer pessoa, mesmo no interior de sua casa, com todas as precauções de saúde, pode ser contaminada por um parceiro que, influenciado pela liberdade de conduta, se dispõe a um relacionamento de risco, mesmo que por uma única vez.

[...] não há como adequar-se a vida ou a integridade corporal como bens jurídicos a serem protegidos, no Código Penal brasileiro.

E propõe como hipótese, o crime de perigo, previsto no artigo 131¹⁹ do Código Penal, onde se tem, nesse caso, como bem jurídico a periclitção da vida e da saúde. Para Camargo (1997), considerando-se que se trata de tema relacionado à saúde, é possível:

[...] estender o conceito até os crimes dos artigos 267 e seguintes do mesmo Código Penal, naquilo que seja viável, [sendo que, nesse caso], o bem jurídico protegido será [...] a saúde individual ou a saúde pública (CAMARGO, 1997, p. 63).

Para Camargo (1997), no caso da transmissão do HIV, será considerado crime de perigo se, na relação com o outro, houver a intenção, por parte do agente, de transmitir a doença, deixando-se de se punir esse na modalidade culposa.

¹⁹ Perigo de contágio de moléstia grave: praticar, com o fim de transmitir a outrem moléstia grave de que está contaminado, ato capaz de produzir o contágio – pena: reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa.

No entanto, se “ocorrer concurso formal entre esse crime e o de estupro ou atentado violento ao pudor, a pena será aplicada na forma do artigo 70 do Código Penal” (CAMARGO, 1997, p 63).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao iniciarmos essa pesquisa fomos motivados por questões que nos acompanharam ao longo da formação acadêmica e que afetam um segmento populacional estigmatizado socialmente. Interessava-nos os estudos desenvolvidos em tona da temática da criminalização da transmissão do HIV e do posicionamento da legislatura brasileira diante desse fato. A partir dessas inquietações nos perguntamos: Quando o portador passa de vítima a vilão, querendo disseminar a epidemia dolosamente, ou seja, de forma consciente, como puni-lo? Qual a posição da sociedade frente a este comportamento? Como os operadores do Direito, agindo em reflexo ao impulso social, têm se manifestado a respeito?

Verificamos que ainda são poucos os estudos voltados para essa questão, e são muitas as dúvidas em relação ao que o futuro trará em relação à contaminação através do vírus da AIDS, particularmente no campo jurídico.

De acordo com os dados apresentados, o marco da discussão sobre a criminalização da transmissão do vírus ocorreu em 2008, impulsionado pela 17ª Conferência Internacional de Aids.

Quando do advento do Código Penal, no ano de 1940, não havia nenhum caso notificado de AIDS, nem mesmo especulava-se a chegada de doença tão avassaladora e terrível que se tornaria no grande mal do milênio, não existindo na sistemática penal brasileira regulamentação adequada para o enquadramento do crime de transmissão do vírus do HIV, podendo apenas ser considerado o artigo 131 do Código Penal como possível de aplicação num fato ocorrido sem o consentimento válido do ofendido.

A necessidade de reestruturação do Código Penal, portanto, é evidente, uma vez que a história do Direito Penal se caracteriza por uma evolução constante, sendo que cada época possui sua marca, porém, por mais completa que pareça estar a construção doutrinária de um tempo, sempre algo novo surge, demandando revisão e atualização das leis que regem o país.

Embora não haja uma lei específica sobre criminalização da infecção do HIV, os processos analisados revelam uma ampla utilização do Código Penal Brasileiro, indicando que as decisões judiciais em decorrência da transmissão do HIV ainda são rígidas e enquadradas, principalmente, no artigo de lesão corporal (Art. 129), com pena que varia de quatro a 12 anos de reclusão.

Foi possível constatar que quando o agente transmissor desse vírus atua de forma dolosa, pode ser tipificado, a princípio, como crime de perigo de

contágio de moléstia grave (artigo 131 Código Penal Brasileiro), lesão corporal gravíssima (artigo 129, parágrafo 2º do mesmo dispositivo legal) e ainda como tentativa de homicídio (artigo 121, parágrafo 2º) ou homicídio consumado (artigo 121 do CPB).

Entendemos que não é possível considerar a conduta ou ação como típica de homicídio tentado ou consumado, lesão corporal gravíssima, ou lesão corporal seguida de morte, pois, no direito penal moderno, não se admitem os resultados tardios, porque estas consequências fogem do controle do autor; a teoria da imputação objetiva, na relação de causalidade, é a única capaz de solucionar o problema entre ação e resultado, nos tipos penais relativos à transmissão do vírus da Aids; a Portaria no 1.100/96 do Ministério da Justiça colide com a forma do Estado Democrático de Direito por ferir a dignidade da pessoa humana e tratar-se de invasão indevida da intimidade e vida privada, que são direitos fundamentais.

É imprescritível que além dos meios empregados para que ocorra o crime, exista a intenção, e que o agente pratique o crime com a finalidade de transmitir para a vítima o vírus do HIV. Esse crime foi analisado em fases distintas, sendo a primeira quando não há o contágio pelo vírus do HIV, a segunda fase quando há a contaminação e a terceira fase que há a morte da vítima.

No caso de não haver o contágio do HIV, fica clara a tipificação como sendo crime de perigo de contágio de moléstia grave, uma vez que não houve o resultado pretendido. Já, em ocorrendo o contágio, o crime pode ser tipificado tanto como lesão corporal gravíssima ou como tentativa de homicídio, e ainda ocorrendo o resultado morte pode ser tipificado como homicídio qualificado.

Se o agente usar de todos os meios para transmitir o vírus à vítima, mas não obtiver êxito na sua intenção por circunstâncias alheia a sua vontade, não ocorrendo assim um dano efetivo, e sim apenas o perigo, o agente responderá apenas pela tipificação do artigo 131 do Código Penal, que é o crime de perigo de contágio de moléstia grave.

Se, com a transmissão do vírus do HIV houver a contaminação da vítima, o crime deixa de ser de perigo de moléstia grave, pois ocorreu o resultado, e a infecção do HIV é incurável, e causa graves danos à vítima, fica o crime tipificado como sendo lesão corporal gravíssima de acordo com o artigo 131 do CP, se não houver a intenção por parte do agente em levar a vítima à morte. Em ocorrendo a contaminação, e se a intenção do agente era de causar a morte da vítima, o crime poderá ser tipificado como tentativa de homicídio, ou até mesmo de homicídio caso a vítima venha a morrer, conforme o artigo 121 do Código Penal.

Considerando que embora a AIDS seja uma doença incurável, o uso de medicamentos pode prolongar a vida da vítima infectada permitindo uma sobrevivência por muitos anos, nesse caso o crime seria de homicídio tentado. No entanto, se a vítima vier a óbito em um curto espaço de tempo após a transmissão do vírus, o crime pode ser tipificado por homicídio consumado.

A mídia divulgou a preocupação do Departamento de DST, Aids e Hepatites Virais (nota técnica) e da Coordenação Estadual de DST/Aids de São Paulo (manifesto) sobre os processos de criminalização, advertindo sobre a possibilidade do aumento do estigma e da discriminação para as PVHA no Brasil.

A pressão da sociedade civil foi fundamental para que os Projetos de Lei sobre a criminalização da transmissão do HIV não fossem votados na Câmara dos Deputados. Tal pressão contribuiu para que o Brasil não tenha uma legislação específica que incrimine os soropositivos de transmitir o HIV para os seus parceiros via relação sexual.

Existe uma convergência das críticas à criminalização da transmissão sexual do HIV no contexto brasileiro, expressa por representantes da sociedade civil organizada e do governo, bem como pela literatura nacional e internacional. Tais visões têm sido divulgadas e debatidas nos eventos nacionais, organizados por ONGs e advogados, sobre o tema.

No âmbito internacional, o Programa Conjunto das Nações Unidas sobre o HIV/Aids (UNAIDS) recomenda que as leis só sejam aplicadas nos casos em que o indivíduo responsável pela transmissão do vírus estava consciente do seu status sorológico; devem ser excluídos aqueles que desconheciam sua sorologia ou não entendiam como se dava a transmissão e aqueles que usaram camisinha ou que seus parceiros aceitaram o risco.

Os dados revelam a convergência das visões de juristas, órgãos governamentais e representantes da sociedade civil organizada acerca das implicações negativas da criminalização da transmissão do HIV. Revelam-se também avanços, expressos pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca da transmissão do vírus como transmissão de moléstia grave (Artigo 131), e não como tentativa de homicídio, e pela definição da Aids como agravo crônico e não como “sentença de morte”.

Apesar dos avanços nas visões fatalistas e morais da Aids, a condenação moral dos soropositivos persiste, principalmente pelo

questionamento de como o vírus foi contraído, assim como a tentativa de implementar leis que criminalizam a transmissão do vírus com penas severas e desconsideram as atuais tecnologias de prevenção e tratamento e os receios do estigma da Aids, assim como ignoram que a criminalização reforça a estigmatização entre aqueles que foram denunciados e reitera o medo do processo pela revelação da sorologia para o/a parceiro/a.

As análises dos processos judiciais com ênfase na transmissão sexual do HIV apontam que se uma pessoa soronegativa mantiver relações sexuais desprotegidas com uma PVHA, caso seja infectada, ela tem o direito de processar o/a parceiro/a que não revelou sua sorologia. Juridicamente compreende-se que a PVHA tem a obrigação de utilizar camisinha em todas as relações sexuais, contando ou não sobre a sua sorologia para o/a parceiro/a. Tal visão não considera as implicações do estigma da Aids, expressas pelo receio dos indivíduos de serem abandonados pelo/a parceiro/a a partir da revelação da sorologia.

Após 2010, nenhum réu foi condenado por homicídio culposo ou doloso (Art. 121). Essa foi a maior conquista para aqueles processados pela transmissão do vírus. Mesmo assim, o sistema jurídico brasileiro deve repensar a condenação da transmissão do HIV, e a esfera política deve descartar de vez os Projetos de Leis que tentam tornar as sentenças mais severas, como o Projeto de Lei nº 4.887, de 2001, na qual a pena pode chegar a 30 anos de reclusão mediante a morte do infectado. Nessa direção, destaca-se que o recente protocolo do Ministério da Saúde amplia o tratamento para indivíduos recém-infectados ou com o CD4 acima de 500 células/mm³, visando reduzir as chances de transmissão do vírus (BRASIL, 2013).

Entre os fatores a serem examinados pelos tribunais brasileiros, destacamos a investigação para saber se o provável agente de transmissão do HIV estava ou não em tratamento. O debate sobre a criminalização da transmissão do HIV vem sendo ampliado e aprofundado pelas agências internacionais. A consulta pública, realizada pela UNAIDS/PNUD, resultou na divulgação de diversas publicações sobre a criminalização em âmbito mundial, como a “Declaração de Oslo sobre a Criminalização do HIV” de 2012, assinada por membros da sociedade civil internacional na Noruega. Demais documentos da UNAIDS (2008, 2013 e 2014) ressaltam os diversos processos de criminalização das PVHA pela não divulgação, exposição ou transmissão do HIV. A Comissão Global sobre o HIV e o Direito, presidida pelo ex-presidente Fernando Henrique Cardoso, lançou em julho de 2012 um relatório sobre legislação e HIV.

A partir das estratégias metodológicas, o presente artigo possibilitou uma caracterização do debate mais recente sobre a criminalização da transmissão do HIV e sua aplicação penal e sobre sua repercussão na imprensa. Tal enfoque aponta para conquistas, retrocessos e lacunas sobre o tema e indicam a importância da ampliação de estudos e ações em torno do assunto como forma de reflexão das demandas atuais da epidemia, no Brasil e no mundo.

Faz-se necessário envolver diversos atores da sociedade e do Estado, como gestores públicos, legisladores, pesquisadores, profissionais e operadores do direito, na discussão da criminalização da transmissão do vírus. Tal debate deve levar em conta que o medo da criminalização tende a afastar a

população da testagem e do tratamento, devendo ser tratado como caso de saúde pública e não de justiça penal.

Ainda são poucos os estudos voltados para essa questão, e são muitas as dúvidas em relação ao que o futuro trará em relação à contaminação através do vírus da AIDS, particularmente no campo jurídico.

Esse trabalho não teve a intenção de tratar de todos os aspectos jurídicos relacionados à transmissão do vírus do HIV. Temos consciência das limitações da pesquisa, mas acreditamos que a exposição da matéria poderá fomentar o debate e a produção acadêmica sobre os efeitos da criminalização da transmissão do HIV à luz do atual cenário da Aids no Brasil e no mundo, além de estimular que os vários fatos identificados por este estudo sejam aprofundados por outros pesquisadores da área do direito, incentivando pesquisas que identifiquem o perfil dos agentes e das vítimas, assim como formas de prevenção a este crime.

REFERÊNCIAS

ARANHA, A. S. C. de C. Enquadramento jurídico-penal da AIDS. **Justitia**, São Paulo, v.56, n. 165, p. 11-16, jan./mar.1994.

BEVILACQUA, Clóvis. **Código civil comentado**. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1976.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código penal comentado**. São Paulo: Saraiva, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal 2 - parte especial: dos crimes contra a pessoa**. São Paulo: Saraiva, 2014.

Boletim Dados da AIDS no Brasil. Disponível em http://www.aids.gov.br/sites/default/files/publicacao/2010/folder_aids_2010_pdf_55624.pdf. Acesso em 25 de outubro de 2016.

BRASIL. Ministério da Saúde. **História da aids**. Disponível em:

<<http://www.aids.gov.br/pagina/historia-da-aids>> Acesso em 02 de setembro de 2016.

CAMARGO, Antonio Luís Chaves. **Imputação Objetiva e Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: Cultural Paulista, 2001.

CAMARGO, Antônio Luís Chaves. Aids e direito penal: aspectos gerais. **Revista USP**, São Paulo, n. 33, março/maio de 1997, p. 56-65.

Conteúdo Jurídico. Disponível em <http://www.conteudojuridico.com.br/monografia-tcc-tese,aspectos-juridicos-da-transmissao-dolosa-do-virus-hiv-e-sua-repercussao-no-direito-penal,24041.html>. Acesso em 25 de outubro de 2011.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2001.

GALVÃO, Fernando, **Direito Penal: Parte Geral**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2015.

GALVÃO, Jane. 1980-2001: uma cronologia da epidemia de HIV/AIDS no Brasil e no mundo - Rio de Janeiro: ABIA, 2002. Disponível em <http://www.abiaids.org.br/img/media/colecao%20politicass%20publicas%20N2.pdf>. Acesso em: 11 de set. de 2016.

GAYA, Soraya Taveira. *Homicídio Praticado através da Aids*. **Universo Jurídico**, Juiz de Fora, ano XI, 06 de jul. de 2007. Disponível em: < http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/3928/homicidio_praticado_atraves_da_aids >. Acesso em: 10 de set. de 2016.

GRECO, Dirceu B; NEVES, Mosar de Castro. O profissional de saúde infectado pelo HIV: direitos e deveres. **Revista Bioética**, v. 1, n. 1, 1993, p. 3-10. Disponível em http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/476/293. Acesso em 07 de setembro de 2016.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte especial, volume II: introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa**. Niterói, RJ: Impetus, 2015.

HAGA, Simone Cristina Akemi. **Da transmissão da aids e sua tipicidade no código penal brasileiro**. Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito. Faculdades Integradas "Antônio Eufrásio de Toledo". Faculdade de Direito de Presidente Prudente/SP, 2002, 65p. Disponível em <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/revista/index.php/Juridica/article/view/71/77>. Acesso em 14 de agosto de 2016.

HUNGRIA, Nelson. **Comentário ao código penal**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955. v.V.

JESUS, Damásio E. de. **Direito penal- 3º volume, parte especial**. São Paulo: Saraiva, 1999.

MADEIRA, Ronaldo Tannus. **A estrutura jurídica da culpabilidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

MARTINS, Juliana Nogueira Galvão. *Tipicidade: Conceito e classificação*. Conteudo Juridico, Brasilia-DF: 13 dez. 2008. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.22427&seo=1>>. Acesso em: 11 set. 2016.

MIRABETE, Julio Fabbrini. FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal, volume 2**: Parte especial. São Paulo: Atlas, 2013.

MOTT, L. A. Transmissão Dolosa do HIV-Aids: relatos na imprensa brasileira. **Impulso:Revista de Ciências Sociais e Humanas**, Piracicaba, v. 13, n. 32, p. 157-174, set./dez. 2002.

NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito penal**. 25. Ed. São Paulo: Saraiva, 1991. Vol. 1-2.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

Observatório Regional Base de Indicadores de Sustentabilidade (Orbis). <http://www.orbis.org.br/analise/9/aids-apesar-do-controle-brasil-registra-quase-600-mil-casos>.

PELÚCIO, Larissa. MISKOLCI, Richard. A prevenção do desvio: o dispositivo da aids e a repatologização das sexualidades dissidentes. In: **Sexualidad, Salud y Sociedad – Revista Latinoamericana**. n.1. 2009. Disponível em:

<<http://www.redalyc.org/pdf/2933/293322961007.pdf>> Acesso em 11 de setembro, de 2016.

PEREIRA, Carla Rocha Pereira; MONTEIRO, Simone Souza. A criminalização da transmissão do HIV no Brasil: avanços, retrocessos e lacunas. **Physis Revista de Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, 25 [4]: 1185-1205, 2015.

PRADO, Luiz Regis. CARVALHO, Érika Mendes de. CARVALHO, Gisele Mendes de. **Curso de direito penal brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

PRATA, Carlos Fernando Poltronieri; PAZÓ, Cristina Grobério; DUARTE, Daniel Nascimento. Transmissão consentida do vírus do HIV: análise acerca da responsabilidade penal do agente. **Derecho y cambio social**. N.44 - Ano XIII - 2016 - Lima-Peru. Disponível em www.derechoycambiosocial.com. Acesso em 08 de setembro de 2016.

ROXIN, Claus. A teoria da Imputação Objetiva. Trad. de Luís Greco. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Ano 9. n. 38. São Paulo, 2002.

SCHÜNEMAN, Bernd. I Problemas Jurídicos Penais com SIDA, in: **Problemas Jurídicos Penais del SIDA**. Coordenação e tradução de Santiago Mir Puig, Barcelona, J. M. Bosch, 1993.

TELLES, Ney Moura. **Direito penal – parte especial**. Vol. II. São Paulo: Atlas, 2004.

VARGAS, José Cirilo. **Do tipo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro** – parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

WELZEL, Hans. **El nuevo sistema del derecho**: una introducción a la doctrina de la acción finalista. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2004.