



CENTRO UNIVERSITÁRIO DR. LEÃO SAMPAIO – UNILEÃO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

GEISLANIO DE FREITAS AMANCIO

**TRANSMISSÃO DOLOSA DO VÍRUS HIV E A REPERCUSSÃO NO DIREITO
BRASILEIRO**

Juazeiro do Norte
2020

GEISLANIO DE FREITAS AMANCIO

**TRANSMISSÃO DOLOSA DO VÍRUS HIV E A REPERCUSSÃO NO DIREITO
BRASILEIRO**

Monografia apresentada à Coordenação do Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário Dr. Leão Sampaio, como requisito para a obtenção do grau de bacharelado em Direito.

Juazeiro do Norte
2020

GEISLANIO DE FREITAS AMANCIO

**TRANSMISSÃO DOLOSA DO VÍRUS HIV E A REPERCUSSÃO NO DIREITO
BRASILEIRO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à coordenação do curso de Direito do Centro Universitário Dr. Leão Sampaio, como requisito para obtenção de grau de Bacharelado em Direito.

Aprovado em: ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

FRANCISCO WILLIAN BRITO BEZERRA II
Orientador(a)

ANDRÉ JORGE ROCHA DE ALMEIDA
Avaliador(a)

JOSÉ BOAVENTURA FILHO
Avaliador(a)

TRANSMISSÃO DOLOSA DO VÍRUS HIV E A REPERCUSSÃO NO DIREITO BRASILEIRO

Geislânio de Freitas Amancio¹
Francisco Willian Brito Bezerra II²

RESUMO

Relações sexuais com transmissão consentido do vírus HIV tem despertado a atenção quanto às consequências dessas condutas, seja na área da saúde, seja na área jurídica, pois atitudes como essas excedem o âmbito do próprio autor e atingem toda uma coletividade. No direito brasileiro não há consenso acerca da tipificação penal dessas condutas, tendo o judiciário dissentido nos seus julgados ao logo dos anos. Delimitar esse problema se torna importante a fim de que não haja insegurança jurídica diante destes casos e que práticas como essa sejam inibidas. A partir de revisão bibliográfica, pesquisas jurisprudenciais e doutrinária, o objetivo deste trabalho visa adequar juridicamente condutas consentidas de transmissão da doença da AIDS no direito brasileiro. Visto como um imbróglio no campo jurídico, há atualmente debates sobre qual a subsunção do agente transmissor do vírus a partir da análise no caso concreto. Verificou-se que a adequação fato-norma varia de acordo com o caso concreto, eis uma das causas que tem levado a vários julgados diversos no judiciário, como subsunção à lesão corporal ou até mesmo ao homicídio. A partir desses resultados podemos concluir que, embora seja de grande relevância a tipificação determinada da transmissão do HIV, pode-se adequar a conduta de transmitir em outros tipos penais que reflitam o caso concreto a partir da intenção do agente e delimitar um traço jurídico sobre esta temática.

Palavras-chave: AIDS. Transmissão Dolosa. Direito Penal.

ABSTRACT

Sexual relations with authorized virus transmission HIV has attracted attention regarding these consequences, be it in the health area or in the legal area, as there are attitudes like these exceeded or in which the author himself and reaching a whole community. In Brazilian law, there is no consensus on the criminal classification of these conducts, the court having dissent in its judgments to the logo of the years. Delimiting this problem becomes important for an end that there is no legal guarantee in these cases and what practices are inhibited. Based on a bibliographic review, legal and doctrinal research, or the objective of this work is the appropriate visa, legally conducts permitted by the transmission of the AIDS disease in Brazilian law. Seen as a problem in the legal field, there are currently debates about what is the subsumption of the virus transmitting agent from the analysis in the specific case. It was found that the suitability of the standard fact varies according to the specific case, it is one of the causes that caused several different judgments in the judiciary, such as bodily injury or the same homicide. From these results, we can conclude that, although the specific typification of HIV transmission is of great relevance, it can be adapted to a conduct of

¹Discente do curso de direito da UNILEÃO. E-mail: geislanio@hotmail.com

²Docente do curso de direito da UNILEÃO. E-mail: willianbrito@leaosampaio.edu.br

transmission in other types of penal that reflect the specific case from the agent's intention and delimit a legal outline this theme.

Keywords: AIDS. Dolly Transmission. Criminal Law.

1 INTRODUÇÃO

O contágio da síndrome da imunodeficiência adquirida (AIDS), patologia dentre as mais danosas no mundo, pode se dar de diversas formas, dentre elas por meio de práticas sexuais desprotegidas. A comunidade científica, nos últimos anos, tem se preocupado com a transmissão consentida por meio de relações sexuais em que agentes de forma intencional tem disseminado a doença. Esse fato alicerça a importância de vislumbrar no direito quais incidências penais e extrapenais a esses agentes transmissores, pois há uma lacuna no direito brasileiro que impute de modo determinado esse tipo de conduta.

O ponto principal a ser discutido é o dissenso doutrinário e jurisprudencial no âmbito jurídico quanto a tipificação dos ilícitos de transmissão de doenças infectocontagiosas, porquanto o objetivo geral é analisar no caso concreto a conduta do agente transmissor e suas consequências jurídicas, objetivando mais especificamente quais as discussões e conclusões acerca da finalidade dolosa de transmissão da AIDS.

É imprescindível a pesquisa e reflexão acerca das condutas que levem ao risco do contágio e, nessa linha, será dado ênfase à transmissão consentida ou buscada, onde pessoas aidéticas e parceiros não contaminados consentem na prática de relações sexuais a fim de ter o prazer no risco promovido ou, até mesmo, contraí-lo.

Assim, o problema traçado neste trabalho diz respeito à lacuna legislativa e jurisprudencial que permeia o campo da transmissão dolosa, pois há diversas controvérsias e inúmeros posicionamentos fundamentados em correntes diversas, causando certa insegurança no direito nacional.

Nos tribunais e na doutrina não há um consenso acerca da tipificação da conduta de transmitir. Há julgados tipificando como tentativa de homicídio, lesão corporal ou, no outro extremo, negando tal tipificação, mas sem estabelecer uma subsunção determinada. O julgado vai depender da finalidade do agente que se submete a tais práticas no caso concreto. Desse modo, torna-se relevante a análise da conduta do transmissor e do agente que consente no risco do contágio, atendo-se

também às condutas dolosas de transmissão nos chamados “jogos sexuais”, a exemplo da “roleta russa eslovena” e do *barebecking*.

Por fim, busca-se objetivar um posicionamento delimitado e racional do direito brasileiro quando lhe é exigido essa tratativa e quais são as implicações jurídicas decorrentes de tais posicionamentos.

2 METODOLOGIA

Seguindo os objetivos colocados nesse trabalho, a metodologia aplicada para pesquisa é do tipo bibliográfico, dando ênfase aos doutrinadores jurídicos de relevância no direito penal. Funda-se este trabalho, dentre outros, nas doutrinas clássicas de Bitencourt, Sanches e Luiz Flávio Gomes, escritores de grande relevância no âmbito criminal que andam consoantes com a jurisprudência pátria, essencial ao propósito do artigo. Nessa linha, Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça tornam-se peças chaves para a análise do tema deste trabalho, porquanto sua maior parte se trata de análise de casos concretos à luz da jurisprudência pátria.

O método de abordagem utilizado é o dialético. Em que vamos explanar a respeito dos objetivos, fazendo avaliações sobre o assunto e transmitindo informações sobre o contexto social e jurídico de que se trata o feito. O método de procedimento é o exploratório, utilizamos os métodos exploratório e descritivo. O primeiro é a aproximação com o tema a ser explanado e o segundo é a maneira, utilização dos elementos para compor ele. Com a pesquisa bibliográfica, tivemos a oportunidade de aprofundar o tema, devido à identificação de pesquisa e outros mecanismos para obter a melhor compreensão, entendimento do assunto que é desenvolvido neste trabalho.

3 DIREITO À SAÚDE E VÍRUS HIV

3.1 DIREITO À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Previsto como direito social, o direito à saúde se encontra no artigo 6º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Tendo em vista o caráter da nova Constituição, o direito à saúde é uma previsão marcante no texto quando

comparada com a omissão das Constituições ou normas anteriores. Toma uma posição de destaque se voltado ao direito comparado. Para Figueiredo (2019, p.44) “[...] esta não é uma regra geral comum a outros sistemas constitucionais – como, por exemplo, Portugal, Espanha, Itália, França, Alemanha ou Estados Unidos”. Além da previsão específica como direito social fundamental, dentro do capítulo dos direitos e garantias fundamentais, o direito à saúde passou a ser consagrado com uma normatização específica entre os artigos 196 a 200 da CRFB/88. Como norma social, são dotadas de aplicabilidade imediata com cunho materialmente e formalmente constitucionais.

Segundo Figueiredo:

Os direitos fundamentais sociais são tradicionalmente assim designados por se caracterizarem como pretensões que buscam o reequilíbrio entre as distintas condições materiais de vida das pessoas, quer sejam consideradas individualmente, quer o sejam como grupo. (2019, p.41)

Atendo-se à jurisprudência das cortes, o Supremo Tribunal Federal possui inúmeros julgados que protegem a saúde em detrimento de outros direitos, a exemplo do direito ao desenvolvimento econômico sustentável. Este conflito se deu na vedação de importação de pneus usados, dando maior relevância à proteção da saúde (ADPF 101/DF). Ainda, no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário (AgRg-RE) nº 271.286/RS, Relator Min. Celso de Mello, tratou-se de paciente com AIDS/HIV e fornecimento de medicamento gratuito. No julgado, o direito à saúde é sobreposto como direito público subjetivo, o que para Figueiredo:

representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. (2019, p.47-48)

Assim, o direito à saúde é postulado garantido e tem sua fundamentação irradiada de outros tantos direitos que perfazem essa garantia mínimo à existência.

3.2 VÍRUS HIV

São inúmeras as doenças que podem ser transmitidas pela prática sexual sem proteção, entretanto o artigo se volta à transmissão específica do vírus da Imunodeficiência Humana (HIV é a sigla em inglês). Segundo o Ministério da Saúde:

(...) o vírus ataca o sistema imunológico, que é o responsável por defender o organismo de doenças. As células mais atingidas são os linfócitos T CD4+. O vírus é capaz de alterar o DNA dessa célula e fazer cópias de si mesmo. Depois de se multiplicar, rompe os linfócitos em busca de outros para continuar a infecção. (BRASIL, 2020)

De 2007 até junho de 2019, foram notificados no Sinan 300.496 casos de infecção pelo HIV no Brasil (BRASIL, 2019). A doença pode ser transmitida por sexo vaginal sem camisinha; Sexo anal sem camisinha; Sexo oral sem camisinha; Uso de seringa por mais de uma pessoa; Transfusão de sangue contaminado; Da mãe infectada para seu filho durante a gravidez, no parto e na amamentação; Instrumentos que furam ou cortam não esterilizados.

O tratamento contra a AIDS objetiva o aumento do tempo e a qualidade de vida das pessoas que vivem com HIV e procura reduzir o número de internações e infecções por doenças oportunistas.

Em conclusão, segundo o Ministério da Saúde (BRASIL, 2020) a epidemia brasileira é concentrada em alguns segmentos populacionais que, muitas vezes, estão inseridos em contextos que aumentam suas vulnerabilidades e apresentam prevalência para o HIV superior à média nacional, que é de 0,4%. Dentre estas populações estão os gays, trans e trabalhadores do sexo.

4 TRANSMISSÕES INTENCIONAIS DO VÍRUS HIV

4.1 BUSCA PELA CONTAMINAÇÃO

O maior número de transmissão da doença se dá por meio de relações sexuais desprotegidas praticadas por pessoas que expõe sua vida e de seu parceiro. Apesar de todo o risco ocasionado pelo vírus da AIDS é preocupante que algumas pessoas busquem de modo intencional o contágio. Exemplo disso é uma entrevista que o jornal folha se São Paulo realizou com de pessoas que tem o intuito da contaminação. Em entrevista ao jornal, um jovem de 35 anos que não quis se identificar relatou que fez o exame para detectar o HIV. Quando recebeu o resultado,

falou para a psicóloga: “Tudo bem, moça, ainda bem, até que enfim, depois de tantos anos. Agora eu tenho a certeza. Agora eu estou livre”.

Outro trecho da entrevista torna clara a conduta de consentimento da transmissão:

Quando tomei a decisão, me tornei um caçador do vírus. Tem pessoas que passam dez anos tentando [contrair o vírus]. Eu fiquei aproximadamente cinco anos. Era um desejo. Eu odeio ter qualquer tipo de dúvida, eu gosto de ter a certeza em tudo na minha vida. Queria chegar para o meu parceiro e poder dizer com certeza: eu tenho o vírus. (DANTAS, 2015)

Em contraponto às tentativas de minimizar os impactos da AIDS, condutas lesivas e auto lesivas de transmissão dolosa do vírus ensejam discussões na incriminação de práticas que afetem diretamente a saúde coletiva. Essa discussão pode girar em torno da temática da autodeterminação do indivíduo e seu direito de liberdade, mas de modo condizente colide com o direito à saúde da sociedade. Quando há a escolha por contrair o vírus o portador parece não sair do seu próprio âmbito, entretanto isso vai muito além da sua autodeterminação. Dessa forma, trataremos algumas formas de transmissão consentida do vírus HIV.

4.1.1 **Roleta russa eslovena**

Forma de transmissão por meio de relação sexual, a roleta russa eslovena - possui esse nome porque foi na Eslovênia que teve início - vem ganhando adeptos por todo o mundo. O jogo consiste em um grupo de praticantes de sexo grupal que mantém relações sexuais entre si, variando de parceiros e consentido que entre os jogadores haja uma pessoa portadora do vírus da AIDS. Este é a peça chave do jogo, pois todos sabem do risco em contrair a doença e o adético em transmiti-la.

O nome roleta russa é oriundo exatamente de outra prática ilegal e perigosa jogada pelo mundo. Com uma arma de fogo, um grupo coloca entre as janelas da arma de fogo uma só munição e aponta para a cabeça do jogador. Após isso, ele aciona o gatilho e tem a chance de sobreviver ou ser atingido com um disparo. Essa prática é tipificada como induzimento ao suicídio no direito brasileiro.

4.1.2 **Barebecking e bug chasing**

Outra forma de transmissão consentida da doença, o *barebacking*, termo norte-americano referente a uma modalidade de esporte sem proteção, tem como origem os rodeios, e significa, literalmente, "cavalgar ou montar sem cela", e passou a ser usado no contexto da comunidade gay norte-americana, em meados de 1990, de forma analógica para designar o sexo sem preservativo e sem a preocupação com a transmissão de doenças sexualmente transmissíveis.

Também nesse viés, o *bug chasing* é outro meio em que um homem HIV negativo procura deliberadamente um homem HIV positivo para ser infectado. Em inglês, *bug chaser* (que significa caçador de inseto) é o termo usado para o homem HIV negativo que procura ser infectado pelo vírus, e quem passa o vírus é denominado de *gift giver* (doador de presente), ou seja, aquele que dá o "presente" (o HIV). Uso em português das palavras "convertido" (que adquire o HIV), "converter" (mudar a condição sorológica) e "convertedor" (aquele que passa o HIV ou converte o negativo em positivo).

4.2 DOLO E CULPA NO DIREITO BRASILEIRO

Modifica-se a subsunção da conduta de transmitir a doença a depender da relação de dolo ou culpa, sendo certo que a ausência de um desses pressupostos resulta no âmbito fora da seara penal a partir da consagração da teoria finalista da ação. Para Bitencourt:

Pode ser que alguém dê causa a um resultado, mas sem agir com dolo ou com culpa. E fora do dolo ou da culpa entramos na órbita do accidental, portanto, fora dos limites do Direito Penal [...] Toda conduta que não for orientada pelo dolo ou pela culpa estará na seara do accidental, do fortuito ou da força maior, onde não poderá configurar crime; portanto, fora do âmbito do Direito Penal. (2019, p.66)

No dolo direto o agente quer o resultado e no dolo indireto o agente assume o risco de produzir o resultado. Alguns elementos estruturam a ação dolosa, a saber: elemento intelectual que é a consciência e o elemento volitivo que é a vontade. Duas teorias definem o dolo direto e dolo eventual. A primeira é a Teoria da vontade - quando o agente quis o resultado - e a segunda a teoria do assentimento - quando assumiu o risco de produzi-lo.

Em relação à culpa, há no direito brasileiro várias espécies. Para Sanches:

Culpa consciente (ou com previsão) - o agente prevê o resultado, mas espera que ele não ocorra, supondo puder evitá-lo com a sua habilidade ou sorte [...] Culpa inconsciente (ou sem previsão) - o agente não prevê o resultado que, entretanto, era-lhe previsível. [...] Culpa própria- e' aquela em que o agente não quer e não assume o risco de produzir o resultado. [...] Culpa imprópria (culpa por extensão, por assimilação, por equiparação) _ prevista no art. 20, §, 1º, 2º parte, do CP, nesta espécie de culpa o agente, por erro evitável fantasia certa situação de fato, supondo estar agindo acobertado por uma excludente de ilicitude [...] Culpa presumida ou *in re ipsa* - tratava-se de modalidade de culpa admitida pela legislação penal existente no Brasil antes do Código Penal de 1940 e consistia na simples inobservância de uma disposição regulamentar. [...] Culpa mediata ou indireta - o sujeito produz o resultado indiretamente a título de culpa. (2016, p.88 – 89)

Não se confunde a culpa consciente com o dolo eventual, pois enquanto aquele não quer e não aceita o resultado previsto, este assume o risco de produzir.

A análise do dolo ou culpa do agente dentro do sistema jurídico é de enorme complexidade. Não é de fácil subsunção as condutas que se alojam de maneira geral na intenção daquele que produz a ação ou omissão. Dentro desta temática, a transmissão da doença pode ganhar contornos diversos quando analisados a partir da intenção do agente.

4.3 AUTOCOLOCAÇÃO EM PERIGO CONSENTIDO

Há duas teorias de definições tênues do direito alemão: a autocolocação responsável em risco e heterocolocação consentida em perigo. Estefam (2018, p.264) afirma que na autocolocação entende-se as situações em que o ofendido se coloca dolosamente numa situação de perigo. Essa atitude exclui a responsabilidade de terceiros pelos resultados sofridos pela vítima.

A heterocolocação é a situação na qual a vítima, por exemplo, pede ao agente, que está em sua companhia, que pratique uma conduta arriscada, acreditando, firmemente, que não ocorrerá qualquer resultado danoso.

Cabe aqui a discussão da autocolocação em perigo consentido, visto que o ofendido se coloca dolosamente numa situação de perigo. Exemplo de uma mulher ao ter relações sexuais com um homem, sabendo que este está enfermo de AIDS, renuncia a utilizar medidas de proteção e resulta por isso infectada, do mesmo modo o agente que consente em praticar a roleta russa eslovena sabendo que há uma pessoa infectada entre os participantes.

Dispõe Luís Flávio Gomes (2011) que “se a vítima aceita que outra pessoa a coloque em perigo? A está com AIDS e não quer matar B, que, conscientemente,

aceita o risco de contaminação e prática relação sexual com A. O risco não foi criado por B (vítima), mas foi aceito por ele”.

Assim, o tipo penal não pode alcançar o resultado e não haverá imputação, porquanto a pessoa infectada teria se colocado no risco por vontade própria, apenas sendo criada a situação pelo agente transmissor.

Por outro lado, Azevedo e Salim:

Desinteressa para a caracterização do crime que a vítima saiba ou possa saber da contaminação do agente, já que o objeto jurídico é de interesse supraindividual, portanto, indisponível. Isso significa que haverá o crime mesmo diante do consentimento expresso ou tácito do ofendido. (2018, p.122).

Assim, e de modo mais condizente com a atual doutrina, apesar de que na autocolocação a vítima se disponha no perigo que ela gerou, não há exclusão da responsabilidade penal do acusado.

5 TRANSMISSÃO DA AIDS: ANÁLISE DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL

5.1 LESÃO CORPORAL QUALIFICADA PELA ENFERMIDADE INCURÁVEL

No Código Penal o crime de lesão corporal está inserido no capítulo dos crimes contra a vida e tem como finalidade proteger a incolumidade pessoal do indivíduo. A conduta se dá em causar um mal à integridade de outrem e qualifica a ação a depender do resultado lesivo produzido. Dentro das qualificadoras do crime em apreço está o resultado que gera enfermidade incurável na vítima.

De acordo com França (2018, *apud* Ferreira, 2020), "enfermidade é a perturbação produzida por meio violento, quase sempre de repercussão sobre uma ou mais funções orgânicas, de grave comprometimento à saúde de caráter permanente". (p.261). Há uma exigência de ser muito difícil ou arrastada cura, quando possível.

A lesão que resulta em uma enfermidade considerada incurável se encontra no art. 129 § 2.º, inciso II do Código Penal, que conceitua: Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem: [...]. 2º Se resulta: I – [...]; II – enfermidade Incurável, tem pena de dois a oito anos de reclusão

Há julgados no sentido de tipificar a conduta de transmissão dolosa do HIV como lesão corporal que resulta enfermidade incurável. Nesse sentido, no HC 98.712

segundo o Ministro Ayres Britto, julgando conduta de transmissão intencional do vírus da AIDS que outrora classificado como tentativa de homicídio, desclassificaria o delito para lesão corporal qualificada pela enfermidade incurável.”

Em 2012 o Superior Tribunal de Justiça (STJ), pela Ministra Laurita Vaz, julgou caso semelhante e foi firme ao condenar por lesão corporal gravíssima, tomando como fundamento os argumentos usados pelo Min. Ayres Britto. Segundo a Ministra, na hipótese de transmissão dolosa de doença incurável a conduta será apenada com mais rigor do que o ato de contaminar outra pessoa com moléstia grave, conforme previsão clara do art. 129, § 2º, inciso II, do Código Penal" (5ª T., HC 160982/DF, j. 17/05/2012).

É a posição do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL – VÍRUS HIV – TRANSMISSÃO – LESÃO CORPORAL DE NATUREZA GRAVÍSSIMA – ENFERMIDADE INCURÁVEL – ABSOLVIÇÃO – IMPOSSIBILIDADE. Resta incontestável nos autos do processo que o apelante sabedor de sua condição soropositiva, por ocasião da concepção de sua filha, assumiu de forma consciente o risco de contágio da menor impúbere. Recurso não provido (Apelação Criminal 1.0079.08.400484-9/001, Rel. Des.(a) Antônio Carlos Cruvinel, 3ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 26/06/2012, publicação da súmula em 03/07/2012).

Assim, a pessoa que transmite a doença de forma dolosa ou assume o risco de transmitir com o fim de causar mal, que não a morte, estaria sob a égide da lesão corporal gravíssima.

5.2 PERIGO DE CONTÁGIO DE DOENÇA VENÉREA

A conduta está no artigo 130 do Código Penal que assim dispõe: “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”.

Doença venérea é aquela que se transmite por meio de relação sexual oral, vaginal ou anal desprotegida. Contrário ao que muito se pensa, a AIDS não é doença venérea por ser também transmitida por outros meios além do sexo. Nesse sentido temos a lição de Bitencourt:

A AIDS, por exemplo, que não é moléstia venérea e que não se transmite somente por atos sexuais, poderá tipificar o crime do art. 131, ou lesão

corporal seguida de morte ou até mesmo homicídio, dependendo da intenção do agente, mas nunca o crime de perigo de contágio venéreo. (2019, p.756)

Portanto, descabe a conduta da transmissão como tipificada no artigo 130 do CP.

5.3 TENTATIVA DE HOMICÍDIO

Há precedentes do Supremo Tribunal Federal no que diz respeito à tentativa de homicídio quando existe o dolo de matar ou assunção de risco de provocar a morte.

De acordo com Júlio Frabini Marabete:

Há dolo eventual de homicídio na conduta do agente que pratica o coito ou doa sangue quando sabe ou suspeita ser portador do vírus da AIDS (Síndrome de Deficiência Imunológica Adquirida), causando, assim, a morte do parceiro sexual ou receptor. Enquanto não ocorre a morte, ao agente pode ser imputada a prática do crime de lesão corporal grave (art. 129 § 2º, II), já que é inadmissível a tentativa de homicídio com tal espécie de dolo. Entretanto, nada impede que o agente deseje a morte da vítima em decorrência da contaminação, revelando-se então a tentativa de homicídio. (2011, p. 29)

Diante dos argumentos trazidos, conclui-se que só deve haver a subsunção ao tipo homicida caso haja a intenção ou assunção do risco de matar por parte do agente que de forma dolosa tem por finalidade transmitir e causar a morte da vítima.

5.4 PERIGO DE CONTÁGIO DE MOLÉSTIA GRAVE

Previsto no artigo 131 do CP que assim dispõe: “Art. 131. 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”.

Tem como bem jurídico a incolumidade física e saúde de outrem. Para Salim e Azevedo (2020) “[...] vida não integra bem jurídico protegido pelo art. 131, já que, sobrevindo a morte do ofendido, a punição do agente provavelmente se dará por homicídio ou lesão corporal seguida de morte, conforme o caso.” (p.118).

No HC98712/2010 o relator, ministro Marco Aurélio, deu interpretação sistemática ao dispositivo para subsumir a conduta no perigo de contágio de moléstia grave. Neste HC “Descabe cogitar de tentativa de homicídio na espécie, porquanto há tipo específico considerada a imputação – perigo de contágio de moléstia grave” (HC98712/2010, p.7) disse o relator. Considerou o Ministro tal dispositivo como tipo

específico, inclusive acompanhou o voto do relator o Ministro Dias Toffoli e Carmem Lúcia, concordando que é tipo específico da transmissão do HIV.

Para Nucci (2017, p.307):

Portanto, caso o agente tem a relação sexual com alguém, sabendo--se contaminado e fazendo-o sem qualquer proteção, tendo a intenção de transmitir a moléstia ou assumindo o risco de assim causar, deve responder por perigo de contágio de moléstia grave (art. 131, CP).

Consoante entendimento do STF no voto do Ministro Ayres Brito: “Daí porque tenho que a controvérsia deve ser resolvida com a máxima do finalismo penal, expressa na chamada intenção do agente; ou seja, fosse o propósito do agente apenas transmitir o vírus do HIV o crime seria o do artigo 131 do Cp [...]. (HC 98.712, p.8)”

Apesar da questão da imputação da conduta dolosa de transmitir da AIDS não ser pacífica nos tribunais, nos parece mais plausível a subsunção da transmissão do vírus por meio da roleta russa eslovena e do *barebacking* ao crime de perigo de contágio de moléstia grave, porquanto o agente não tem o dolo de lesionar o (a) parceiro (a), mas somente em transmitir a doença.

5.5 RESULTADOS E DISCUSSÕES

A tipificação vai depender da conduta do agente no caso concreto e não cremos possa haver solução única; tudo depende do caso e da real intenção do agente. Caso haja o dolo de matar a vítima ou assumir essa finalidade estaria o agente sob o manto da tentativa do homicídio. Para o Ministro Ayres Brito (HC 98.712) “[...] fosse o intuito do autor da ação matar as vítimas, estaria configurado o homicídio (tentado ou consumado)”. Também é a posição de NUCCI (2017, p.307) “Por outro lado, conforme o estado de saúde da vítima, a transmissão do vírus HIV pode representar a morte; assim sendo, com ciência do agente, deve responder por homicídio (ou tentativa, conforme o caso)”.

De mesmo modo, se houver a finalidade de lesionar a vítima com a transmissão do vírus HIV responderá o aidético por lesão corporal qualificada. Para o douto Ministro Ayres Brito (HC 98.712) “[...] fosse a intenção do réu ofender a integridade física das vítimas, o delito seria a do inciso II do parágrafo 2º do artigo 129 do CP”. Para NUCCI (2017, p.307) “Consumando-se a transmissão e gerando lesão, deve-se

analisar qual o alcance dessa enfermidade (se grave ou gravíssima, a lesão absorve o crime de perigo do art. 131).

Por fim, assumindo o risco de causar apenas a transmissão do vírus, estaria o sujeito incurso no crime de contágio de moléstia grave, eis aqui a nossa posição acerca do crime de roleta russa eslovena e a prática do *barebacking* com um integrante infectado.

Para César Roberto Bitencourt “A AIDS, por exemplo, que não é moléstia venérea e que não se transmite somente por atos sexuais, poderá tipificar o crime do art. 131, ou lesão corporal seguida de morte ou até mesmo homicídio, dependendo da intenção do agente [...] (2019, p. 763)”

É visto, portanto, a indiscutível oposição de decisões, sendo certo que a análise vai depender de cada caso concreto diante da finalidade do agente criminoso.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo em vista o que aqui foi tratado, essa pesquisa teve como objetivo geral buscar a tipificação de condutas dolosas de transmissão de doenças infectocontagiosas sob o amparo legal no ordenamento jurídico brasileiro a partir da análise fático jurídica realizada pelo judiciário e pela doutrina. Essas subsunções desaguam em maior concretude penal a fatos de tão grande relevância e que estão desconexos em torno de várias condutas distintas.

Confirmou-se durante o trabalho a relevância da pesquisa para o âmbito do direito, principalmente o criminal, pautando-se em doutrinadores de renome jurídico e jurisprudências das cortes supremas. O objetivo de tipificação da prática consentida foi delimitado de modo a tornar de maneira adequada a ação a partir de seu intento criminoso, realizando também a análise da relevância da conduta da vítima no fato.

A doutrina não é omissa frente a esse tema, fato esse que fez fundamento durante todo o trabalho em doutrinadores que nos conduziram ao fim comum. O trabalho traz dados que condizem com a realidade tratada, o que faz relevante que o direito penal, apesar de sua subsidiariedade, tratar de intenções dolosas de doenças transmissíveis. O contexto da subsunção do dolo em transmitir corrobora com a expectativa coletiva de minimização de doenças.

A problemática da transmissão da AIDS deve ser tratada por todos como algo sério e de grande relevância social. O direito à saúde é sistemático e tem seu respeito

a partir da contribuição dos demais ramos do direito. Impedir situações como a roleta russa eslovena alerta para a preocupação em obstar situações de disponibilidade de direitos, principalmente o direito à vida.

Assim, a temática condiz exatamente com o contexto moderno e traz relevantes considerações no âmbito penal e da saúde pública.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Marcelo; SALIM, Alexandre. **Direito Penal – parte Especial** – Coleção Sinopses para Concursos. 2020. 9º ed. Editora Juspodivm.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código penal comentado** / Cezar Roberto Bitencourt. – 10. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2019.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Aids / HIV: o que é, causas, sintomas, diagnóstico, tratamento e prevenção**. Brasília: Ministério da Saúde, 2020. Disponível em: <<https://saude.gov.br/saude-de-a-z/aids-hiv>>. Acesso em: 26 abr. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. **Boletim Epidemiológico**. Disponível em: <<https://www.saude.gov.br/images/pdf/2019/novembro/29/Boletim-Ist-Aids-2019-especial-web.pdf>>. Acesso em: 26 abr. 2020

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. **O que é prevenção combinada**. Disponível em: <<http://www.aids.gov.br/pt-br/publico-geral/prevencao-combinada/o-que-e-prevencao-combinada>>. Acesso em: 10 de junho de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 98.712 / São Paulo**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=617972>>. Acesso em: 10 jun. 2020

DANTAS, Carolina. 'Virei um caçador do vírus HIV', diz praticante de roleta-russa do sexo. **FOLHA DE SÃO PAULO**, São Paulo, 25 fev. 2015. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/saopaulo/2015/02/1594341-virei-um-cacador-do-virus-hiv-diz-praticante-de-roleta-russa-do-sexo.shtml>>. Acesso em: 26 abr. 2020

ESTEFAM, André. **Direito penal: parte geral (arts. 1º a 120) /** – 7. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018. 1. Direito penal 2. Direito penal - Brasil I. Título.

FABRETTI, Humberto; SMANIO, Gianpaolo. **Direito penal: parte geral /** – 1. ed. – São Paulo: Atlas, 2019.

FERREIRA, Wilson Luiz Palermo. **Medicina Legal**. – Coleção Sinopses para Concursos. 2020. 5º ed. Editora Juspodivm.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Coleção leis especiais para concursos**. Direito à Saúde. Editora Juspodivm. 2019.

GOMES, Luiz Flávio. **Vítima que aceita que outra pessoa a coloque em risco e a tipicidade material**. Jusbrasil. Disponível em: <<https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121923169/vitima-que-aceita-que-outra-pessoa-a-coloque-em-risco-e-a-tipicidade-material>>. Acesso em: 10 de junho de 2020.

MIRABETE, Júlio; FABBRINI, Renato. **Manual de Direito Penal**. Volume II. 28°. Ed. São Paulo: Atlas, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado** / Guilherme de Souza Nucci. – 17. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

SANCHES, Rogério. **Código Penal para Concursos**. Editora Juspodivm. 9° ed. 2016