



FACULDADE DOCTUM DE CARATINGA
GABRIELE VIEIRA MARTINS

TIPICIDADE PENAL NA TRANSMISSÃO DOLOSA DA AIDS

BACHARELADO
EM DIREITO

CARATINGA
2018

GABRIELE VIEIRA MARTINS

TIPICIDADE PENAL NA TRANSMISSÃO DOLOSA DA AIDS

Monografia desenvolvida pelo 10º período do Curso de Direito da Faculdade Doctum de Caratinga, como parcial da aprovação na disciplina Monografia II, sob orientação da professora Msc. Júlia de Paula Vieira. Área de concentração: Direito Penal

CARATINGA
2018

DEDICATÓRIA

Dedico esta monografia a minha filha Lara Coelho, pessoa com quem amo partilhar a vida. Com você tenho me sentido mais viva de verdade. Obrigado pelo carinho, a paciência e por sua capacidade de me trazer paz na correria de cada semestre.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, o autor e consumidor da minha fé, que me capacitou para que eu pudesse chegar até aqui, sem ele eu não teria conseguido.

Agradeço a minha família, aos meus pais, Getúlio e Sônia, minhas irmãs Aline e Ana Caroline, que esteve ao meu lado durante este trajeto me dizendo que eu seria capaz, sem dúvidas vocês contribuíram para a realização deste sonho, ao meu esposo Thalles por esta ao meu lado em todos os momentos, e a minha filha Lara que foi um dos maiores motivos para que eu conclui-se esta etapa, hoje entendo porque Deus me deu você.

Agradeço aos meus colegas e amigos de trabalho, Cyntia Pereira, Gabriela Cristina, Priscila Lanes, Roselaine Nascimento, Natalia Ferreira, e toda a equipe das Faculdades Doctum de Caratinga vocês são especiais pra mim.

Agradeço a minha amiga e companheira de sala Juliana Antunes, foram grandes apertos, mas conseguimos vencer juntas, sentirei saudades do convívio diário e do conhecimento compartilhado.

E por fim a todos que passou na minha vida e que contribuiu direta ou indiretamente, hoje sou muito grata a tudo que pude viver durante este tempo, Obrigado.

*“A responsabilidade de todos é o único
caminho para a sobrevivência humana.”*

(Dalai Lama)

RESUMO

O trabalho monográfico tem como objetivo discutir em qual tipo penal do ordenamento jurídico se enquadra o agente, que sabe ser portador da AIDS e omite para seu (a) parceiro (a), transmitindo o vírus da AIDS, doença muito devastadora, que ainda não possui um medicamento eficaz que alcance a cura da doença, sendo que há somente coquetéis que proporcionam uma qualidade de vida melhor ao paciente. Há algumas décadas esse assunto era pouco discutido, atualmente vêm crescendo a discussão e a necessidade de punir os agentes transmissores de forma dolosa, pois o número de pessoas infectadas pelo vírus cresce cada dia mais. A transmissão da doença viola o princípio fundamental do Direito a vida e a Dignidade da pessoa humana, e não há uma tipificação específica no Código Penal para tal tipo de crime, entretanto há vários entendimentos doutrinários e jurisprudenciais acerca deste problema, como crime de contágio venéreo, moléstia grave, homicídio e lesão corporal grave. De acordo com a decisão do Tribunal de Justiça do estado de Minas Gerais e do Superior Tribunal de Justiça entendesse que o crime que se amolda a transmissão dolosa da AIDS seria o crime de lesão corporal grave, qualificada por enfermidade incurável.

Palavras chave: AIDS; Tipicidade; lesão corporal grave.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS	10
CAPITULO I – DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS	13
1.1 –Princípio da dignidade da pessoa humana e o Direito a vida	14
1.2 –Formas de contágio da AIDS.....	15
1.3 –Dever de Punir do estado	17
CAPITULO II – DOS CRIMES CONTRA VIDA	19
2.1 –Homicídio	20
2.1.1 – <i>Homicídio privilegiado, qualificado e culposo</i>	21
2.2 –Lesão Corporal	25
2.2.1 <i>Lesão corporal de natureza grave e gravíssima</i>	26
2.3 –Da periclitção contra a vida.....	28
2.3.1 – <i>Perigo de contágio venéreo e moléstia grave</i>	29
CAPITULO III – PERIGO DE VIDA OU SAÚDE DE OUTREM	31
3.1 –Posicionamento doutrinário.....	31
3.2 –Posicionamento Jurisprudencial	33
CONSIDERAÇÕES FINAIS	36
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	37
ANEXO	41

INTRODUÇÃO

A presente monografia tem por objetivo estudar sobre a tipificação penal em casos de transmissão intencional da AIDS, durante o trabalho será discutido em qual tipo de crime se enquadra o agente que transmite dolosamente o vírus, com a intenção de pacificar no ordenamento jurídico uma única punição, para que decisões não sejam tomadas de formas desiguais em casos semelhantes.

Durante a construção da pesquisa monográfica, optou-se pela metodologia teórico-dogmática, tendo manuseio de doutrinas, jurisprudências e artigos usados de sites jurídicos que abordam o tema. A pesquisa é de natureza transdisciplinar e interdisciplinar, já que realiza cruzamento de informações de vários ramos do Direito.

Tem - se como marco teórico da pesquisa o entendimento do doutrinador Andrei Zenkner Schimidt, que diz:

Quando o portador do vírus omite conscientemente essa sua condição para as pessoas que praticam, ou quando o infectado obriga, moral ou materialmente, a vítima não-infectada a expor-se a arriscada aventura, ou induz a erro (...) tendo em vista a atuação finalisticamente orientada à transmissão da doença, deve haver imputação do delito de lesão corporal qualificada por enfermidade incurável, na forma do art. 129, §2º, II, do CP brasileiro.¹

Diante do entendimento do doutrinador, tem-se a hipótese mencionada anteriormente eliminando qualquer outro entendimento sobre o crime questionado.

O presente trabalho será dividido em três capítulos. No primeiro capítulo será exposto “Os Direitos e garantias fundamentais” analisando o princípio da dignidade da pessoa humana e o Direito a Vida, o “Dever de punir do Estado” e as formas de transmissão da AIDS.

No segundo capítulo será abordado, as principais possibilidades do enquadramento do agente no ordenamento jurídico, sob o título “Dos crimes contra a pessoa” diante das tipificações penais já existentes.

¹ SCHIMIDT, Andrei Zenkner Schimidt in: *Aspectos Jurídico-Penais da transmissão da AIDS*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 37, ano 10, jan/mar. 2002, p.231.

Já no terceiro capítulo será exposta a argumentação doutrinária e jurisprudencial existente acerca da transmissão da AIDS, e ao final as considerações finais.

CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

A AIDS é uma doença que ataca o sistema imunológico do corpo deixando o organismo vulnerável a todos os tipos de doenças, na medicina ainda não descobriram um tratamento ideal que alcance a cura, há somente alguns coquetéis que proporcionam uma qualidade de vida melhor ao paciente. A doença, pode ser transmitida por compartilhar seringas contaminadas, através de relações sexuais, de mãe para filho durante a gravidez e amamentação.

Conforme os exemplos de transmissão expostos no parágrafo anterior do presente trabalho, o fato típico é composto pela conduta do agente que constitui um delito, pois se adequa a uma figura que descreve a lei, segundo o jurista Zaffaroni o tipo penal é “um instrumento legal, logicamente necessário e de natureza predominante descritiva, que tem por função a individualização de condutas humanas penalmente relevantes”.²

De acordo com Rogério Grego conceitua-se o fato típico como:

A adequação da conduta do agente ao modelo abstrato previsto na lei penal, (tipo) faz surgir a tipicidade formal ou legal. Essa adequação deve ser perfeita, pois, caso contrário, o fato será considerado totalmente atípico.³

Diante do tema exposto, levando em consideração a conduta dolosa do agente em transmitir a AIDS, pode-se observar que no ordenamento jurídico Penal não possui uma tipificação específica para este tipo de crime. Há vários entendimentos na doutrina e na jurisprudência acerca do tipo penal para enquadrar o transmissor, por isso, surgiram quatro correntes divergentes na doutrina sobre em qual tipificação pode se atribuir a conduta do agente que transmite o vírus a outra pessoa.

A primeira corrente tem embasamento no Art. 130 do Código Penal, qual seja “Perigo de Contágio Venéreo”

² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de Derecho penal – Parte general**. p.371.

³ GREGO, Rogério. **Curso de Direito Penal Parte Geral**. 15°. Ed. Niterói, RJ: Impetus, 2013. p. 158.

Expor alguém, por meio de relações sexuais ou qualquer ato libidinoso, a contágio de moléstia venérea, de que não sabe ou deve saber que está contaminado.⁴

Entretanto, este entendimento não é acatado neste estudo pois não há o que se falar em doença venérea, haja vista que a AIDS não é transmitida somente por meios de relações sexuais ou atos libidinosos.

A segunda corrente defende que a conduta dolosa do agente pode ser considerada como homicídio. Pode-se dizer que essa corrente não merece prosperar, pois o homicídio trata-se de um resultado imediato, e a AIDS não possui essa característica.

Na terceira corrente tem-se o julgado do Supremo Tribunal Federal, afirmando que a transmissão dolosa do vírus HIV, responderá pelo crime de moléstia grave.

MOLÉSTIA GRAVE-TRANSMISSÃO HIV- CRIME DOLOSO CONTRA A VIDA VERSUS O DE TRANSMITIR DOENÇA GRAVE. Descabe, ante previsão expressa quanto ao tipo penal, partir-se para o enquadramento de ato relativo a transmissão de doença grave como a configurar crime doloso contra a vida. Considerações.⁵

Portanto se a intenção do autor não for lesionar a integridade física da vítima e nem causar sua morte, querendo somente praticar relações sexuais mesmo sabendo que está contaminado, segundo o STF responderá pelo crime de moléstia grave. Então esse enquadramento não se aplica nos casos em que o agente tem a intenção de transmitir a doença.

Enfim tem-se a quarta e última corrente que afirma a transmissão consciente do vírus se enquadra 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; [...]. Pena – Reclusão, de dois a oito anos.⁶

⁴ BRASIL. **Código Penal – Decreto Lei 2848/40**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em 18 de set. de 2018.

⁵ BRASIL. HC 98712/SP. Relator Ministro Marco Aurélio. **MOLÉSTIA GRAVE - TRANSMISSÃO HIV – CRIME DOLOSO CONTRA A VIDA VERSUS DE TRANSMITIR DOENÇA GRAVE**. Julgado em 05.10.10 – Primeira Turma. DJe 16.12.10. Disponível em www.stf.jus.br/jurisprudencia. Acesso em 18 de Set. de 2018.

⁶ BRASIL. Código Penal – Decreto Lei 2848/40.

Neste entendimento Juarez Tavares menciona:

Tomemos, agora um exemplo um tanto polêmico: alguém infectado pelo vírus da AIDS mantém relações sexuais com outra pessoa sadia, transmitindo-lhe a doença. (...) (a) questão que se põe é acerca de que tipo, afinal, o agente infectado realiza, se homicídio ou lesões corporais graves. Aqui, o critério a vigorar será o de que o dolo, como vontade de realização da ação e do e do resultado, deve referir-se a uma ação imediata, e não uma ação que por sua cronicidade, conduza a morte. Portanto, só pode haver crime de lesão corporal grave e não homicídio.⁷

No mesmo entendimento Andrei Zenkner diz que:

Quando o portador do vírus omite conscientemente essa sua condição para as pessoas que praticam, ou quando o infectado obriga, moral ou materialmente, a vítima não-infectada a expor-se a arriscada aventura, ou induz a erro (...) tendo em vista a atuação finalisticamente orientada à transmissão da doença, deve haver imputação do delito de lesão corporal qualificada por enfermidade incurável, na forma do art. 129, §2º, II, do CP.⁸

Diante das considerações doutrinárias e jurisprudenciais expostas, levando em consideração a conduta intencional do agente qual seria o tipo penal para o enquadramento da conduta de forma clara e ampla para interpretar a transmissão voluntária da AIDS.

⁷ TAVARES, Juarez. Teoria do Injusto penal. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 290

⁸ SCHIMIDT, Andrei Zenkner Schmidt in: Aspectos Jurídico-Penais da transmissão da AIDS. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 37, ano 10, jan/mar. 2002, p.231.

CAPITULO I – DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Os direitos e garantias fundamentais são direitos líquidos e certos que estão previstos no art. 5º da Constituição Federal de 1988, são direitos básicos individuais, sociais, políticos e jurídicos, que estão baseados nos princípios dos direitos humanos garantindo a liberdade, a vida, a educação, a segurança, a saúde dentre outros, que devem ser garantidos e protegidos pelo Estado a todos cidadãos.

Os direitos e garantias fundamentais estão subdivididos em três importantes grupos: direitos individuais e coletivos; direitos sociais de nacionalidade; e direitos políticos. Segundo o doutrinador Pedro Lenza diferencia – se direitos e garantias fundamentais como:

Direitos são bens e vantagens prescritos na norma constitucional, ou legal, enquanto as garantias são os instrumentos através dos quais se assegura o exercício dos aludidos direitos (preventivamente) ou prontamente os repara, caso violados.⁹

Segundo a ONU os Direitos humanos são direitos pertencentes a todos ser humano, ou seja, todo ser humano tem o direito de desfrutar de seus direitos sem distinção de raça, cor, sexo, língua, religião, política e origem social. Os direitos humanos são garantidos pela lei de direitos humanos protegendo ações que afligem liberdades fundamentais e dignidade humana. As normas internacionais de direitos humanos consistem de tratados e costumes, validado independente de sua determinada posição em ordem constitucional, e estão ligados a liberdade, a igualdade, sendo reconhecido pelo Direito internacional, esses direitos estão relacionados à garantia de uma vida digna a todos os tipos de pessoas pelo simples fato de ser humana independente das condições do ser humano.

Existe uma classificação de direitos humanos, primeira, segunda e terceira dimensão. Os direitos humanos da primeira dimensão surgiram na Revolução Francesa em 1789, tais direitos dizem a respeito às liberdades públicas, direitos civis e políticos traduzindo o valor à liberdade. A segunda dimensão dos direitos humanos

⁹ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 21º. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017. P. 1103

foi impulsionada pela Revolução Industrial Europeia a partir do século XIX, garantindo os direitos sociais, culturais e econômicos, correspondendo ao direito de igualdade. Já a terceira dimensão dos direitos humanos marcada pela alteração da sociedade, identificando profundas alterações nas relações econômico-sociais e o ser humano passa ser inserido em uma coletividade e passa ter direitos de solidariedade e fraternidade. (LENZA,2016 p. 958 a 960)

1.1 – PRINCIPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O DIREITO A VIDA

O princípio da dignidade foi fundamentado na Constituição Federal de 1988, e dispõem em seu Art. 1º, III da Constituição Federal:

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(...) III – a dignidade da pessoa humana.¹⁰

Com base nesse princípio que tem o direito de assegurar o indivíduo o mínimo existencial para que se tenha uma vida digna, e deve ser respeitada pela sociedade e Estado.

No entendimento de Flávia Piovesan diz que:

A dignidade da pessoa humana, (...) está erigida como princípio matriz da constituição, imprimindo-lhe unidade de sentido, condicionando a interpretação de suas normas e revelando-se, ao lado dos direitos e Garantias Fundamentais, como cânone constitucional que incorpora “as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo sistema jurídico brasileiro.”¹¹

O direito à vida abrange o direito de não ser morto, de não ter a vida privada por qualquer acontecimento, portanto que dizer o direito de continuar-se vivo como o direito de poder ter uma vida digna.

¹⁰ BRASIL. Constituição da República de 1988. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, 05 de out. de 1988.

¹¹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 4º ed. São Paulo: Max Limonad,2000, p. 54.

O direito à vida é uma garantia que está previsto no Art. 5º da Constituição Federal de 1988 que declarou como garantia fundamental e que diz:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.¹²

O direito à vida é um pressuposto de “ser humano” merecendo ser respeitado em qualquer ordenamento jurídico que tenha fundamento a proteção da vida humana.

Diante do estudo apresentado sobre o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à vida, pode-se afirmar que a transmissão dolosa aflige o direito à vida e todos os seus princípios.

1.2 – FORMAS DE CONTÁGIO DA AIDS

A AIDS é uma palavra de origem americana e significa “*Sigla de a cquired i mmuno d eficiencia s yndrome, port. Sida ‘Síndrome i muno d eficiêcia a dquirida*”.¹³ (Síndrome de imunodeficiência adquirida)

A AIDS é causada pela infecção do vírus da imunodeficiência humana (HIV é a sigla em inglês). Esse vírus ataca o sistema imunológico, responsável por defender o organismo de doenças. As células mais atingidas são os linfócitos T CD4+. E é alterando o DNA dessa célula que o HIV faz cópias de si mesmo. Depois de se multiplicar, rompe os linfócitos em busca de outros para continuar a infecção.¹⁴

No início a AIDS foi chamada de peste gay, depois surgiu o conceito de grupos de risco, homossexuais, usuários de drogas injetáveis e mulheres com

¹² CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. São Paulo. 8ª Ed. Editora Rideel. 2009.

¹³ Site Significados. Disponível em <<http://www.significados.com.br/aids/>>. Acesso em 04 de set. 2018.

¹⁴ Ministério da Saúde. Disponível em: <<http://portalms.saude.gov.br/saude-de-a-z/aids>>. Acesso em 10 de set. de 2018.

muitos parceiros. Enquanto isso em silêncio o vírus se espalhava entre homens e mulheres que não faziam parte desses grupos.¹⁵

Segundo o Ministério da Saúde os casos de AIDS aumentam no grupo de mulheres casadas e nas pessoas acima de 50 anos de idade. Hoje a principal forma de transmissão é a relação sexual sem preservativos, infelizmente o uso de camisinha vem diminuindo entre mulheres e homens de qualquer idade tanto nos relacionamentos instáveis e nos mais casuais: “de 1980 a junho de 2017, foram identificados no país 882.810 casos de AIDS no Brasil, (Tabela 1)¹⁶. O país tem registrado, anualmente, uma média de 40 mil novos casos de aids nos últimos cinco anos”.¹⁷ Através do sexo o vírus da AIDS, passa de um homem para outro homem, do homem para mulher e da mulher para o homem.¹⁸

O vírus da AIDS pode ser transmitido de diversas formas. Sendo elas:

Sexo sem camisa – pode ser vaginal, anal ou oral. De mãe infectada para o filho durante a gestação, o parto ou a amamentação -Também chamada de transmissão vertical. Uso da mesma seringa ou agulha contaminada por mais de uma pessoa. Transfusão de sangue contaminado com HIV. Instrumentos que furam ou cortam, não esterilizados.¹⁹

De todas as formas de transmissão o sexo sem camisinha é a de maior incidência pelo fato de uma simples conduta do agente.

Levando em consideração que o presente trabalho aduz acerca da tipificação ideal por analogia no ordenamento jurídico brasileiro sobre a omissão consciente do agente que sabe ser portador e transmite dolosamente para outra pessoa. Existem pessoas que não sabem ser portadoras, mas existem pessoas que sabendo da sua condição e da gravidade da doença mantém relação sexual sem a devida proteção ou até mesmo sem informar ao seu parceiro sua condição induzindo-a manter relação sexual sem a devida proteção.

¹⁵ DRAUZIO, Varella. Aids com Dr. Dráuzio Varella. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=0KNtjz35-vI>>. Acesso em 10 de set. de 2018.

¹⁶ Ver anexo.

¹⁷Secretaria de vigilância em saúde – Ministério da saúde. HIV AIDS 2017 p. 8 Disponível em: <file:///C:/Users/Sala%20dos/Desktop/boletim_aids_internet.pdf>. Acesso em 21 de set. de 2018.

¹⁸DRAUZIO, Varella. Aids com Dr. Dráuzio Varella. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=0KNtjz35-vI>>. Acesso em 10 de set. de 2018.

¹⁹ BRASIL, DST – AIDS E HEPATITE VIRAL. Disponível em <http://www.aids.gov.br/pagina/formas-de-contagio>. Acesso em 10 de set. de 2018.

Com isso, têm-se a relação sobre o dever e o poder de punir do Estado e suas considerações acerca dos direitos inerentes à pessoa, pois cabe ao Estado resguardar a segurança pública e punir aqueles que atentam contra os bens jurídicos tutelados.

1.3 – DEVER E PODER DE PUNIR DO ESTADO

O direito de punir por ter pertencido ao ente privado, tem como dever exclusivo do Estado. O art. 6º da Constituição Federal de 1988 dispõe que:

São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta constituição.²⁰

Ainda, extrai-se do art. 144, da Constituição Federal de 1988 que: “A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e do patrimônio”.²¹

O Direito Penal tem por fim proteger valores importantes dos indivíduos e da sociedade, valores esses chamados de bens jurídicos penais, dentre eles a vida, direito esse elencado nos princípios fundamentais da Constituição Federal de 1988.

O *Jus Puniendi* significa o poder/dever de punir do Estado em relação aos seus cidadãos, ou seja, quando alguém viola uma norma penal, o Estado é responsável em punir o cidadão pelo ato praticado.

No entendimento de Fernando Capez:

O Estado, única entidade dotada de poder soberano, é o titular exclusivo do direito de punir (para alguns, poder-dever de punir). Mesmo no caso da ação penal exclusivamente privada, o Estado somente delega ao ofendido a legitimidade para dar início ao processo, isto é, confere-lhe o *jus persecuendi in judicio*, conservando consigo a exclusividade do *jus puniendi*.²²

²⁰BRASIL. **Constituição Federal**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 11 de set. de 2018.

²¹BRASIL. **Constituição Federal**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 11 de set. de 2018.

²² CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 45.

Para que o Estado possa exercer sua função é necessário que o agente descumpra a norma penal e que tenha consequência uma sanção. De acordo com Frederico Marques, o direito de punir é “*o direito que tem o Estado de aplicar a pena cominada no preceito secundário da norma penal incriminadora, contra quem praticou a ação ou omissão descrita no preceito primário causando um dano ou lesão jurídica, de maneira reprovável*” (Elementos de Direito Processual Penal, vol. I, p. 3).

Diante do exposto apresentado, restou claro que o estado deve promover a segurança, e tem o dever de punir o cidadão que desobedece a lei. Pode-se afirmar que a vida é o bem mais precioso que o ser humano possui.

Portanto o Estado tem o dever promover a segurança, punindo os infratores para que a sociedade possa desfrutar de uma segurança, como garantia do direito à vida e da sobrevivência digna.

CAPITULO II – DOS CRIMES CONTRA À VIDA

Ao se falar dos crimes contra a vida, pode-se observar que existem duas modalidades de crimes, como crimes tentado e consumado. Uma das condutas penais que admite a tentativa é o homicídio.

O código penal em seu art. 14, I e II diz que a tentativa e a consumação podem ser definidas como:

Art. 14 – Diz-se o crime: Crime consumado I – consumado, quando nele se reúne todos os elementos de sua definição legal; tentativa II – tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente.²³

De acordo com o doutrinador Fernando Capez:

A tentativa é a não consumação de um crime, cuja a execução já foi iniciada, por circunstâncias alheias à vontade do agente. O tipo penal trata da tentativa imperfeita: o agente não chega a praticar todos os atos de execução do crime, por circunstâncias alheias à sua vontade, e da tentativa perfeita ou acabada (também conhecida como crime falho): o agente pratica todos os atos de execução do crime, mas não o consuma por circunstâncias alheias a sua vontade.²⁴

Ainda de acordo com o doutrinador para a configuração do crime tentado é necessário que seja comprovado por três elementos:

São elementos da tentativa: (a) o início de execução; (b) a não consumação; (c) a interferência das circunstâncias alheias à vontade do agente.²⁵

Diante da conceitualização das modalidades de crimes, será abordado em seguida os crimes contra vida.

²³ BRASIL. **Código Penal**. Disponível em <www.almg.gov.br>. Acesso em 24 de set. de 2018.

²⁴ CAPEZ. Fernando. **Código Penal Comentado**. 6º ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p 50.

²⁵ CAPEZ. Fernando. **Código Penal Comentado**. 6º ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p 51.

2.1 – HOMICÍDIO

Pode-se dizer que homicídio refere-se a um ato da pessoa tirar a vida de outra pessoa através de ações, o código penal classifica homicídio em seu art. 121 “*Matar alguém*”.²⁶

Existem três conceitos de morte, morte encefálica, morte cardíaca e morte respiratória, de acordo com a doutrina o homicídio é consumado com a morte encefálica. De acordo com CFM (conselho Federal de Medicina) para constatar a morte encefálica além do exame clínico, que é realizado por dois médicos diferentes e em horas totalmente diferentes, o paciente tem que ser submetido a testes de apneia e exames complementares, é obrigatória a realização destes exames para que seja comprovada de forma inequívoca a ausência de atividade elétrica ou metabólica encefálica, também para que se tenha documentação para fins legais.²⁷

O doutrinador Luiz Regis Prado conceitua-se homicídio “como a destruição alheia da vida humana e o objetivo material consiste que a pessoa tenha nascido com vida.”²⁸

Diante do exposto acima a partir da morte encefálica, deve-se observar a conduta, mas também a intenção do agente, conhecida no Código Penal como *animus necandi*, (Termo em latim que significa dolo, vontade. É a intenção de matar, ou seja, de tirar a vida de outra pessoa).²⁹

Se tratando do art. 121 do Código Penal o doutrinador Luiz Regis Prado diz:

O tipo sujeito é composto pelo dolo (direto ou eventual), entendido como a consciência e a vontade de realização dos elementos objetivos do tipo de injusto doloso (tipo objeto). Consiste, portanto, na vontade livre e consciente

²⁶ BRASIL. **Código Penal**. Disponível em <www.almg.gov.br> Acesso em 24 de set. de 2018.

²⁷ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução com critérios de diagnóstico de morte encefálica**. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=27329:2017-12-12-11-27-28&catid=3>. Acesso em 25 de setembro de 2018 as 13:45 horas

²⁸ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro – Vol II, Parte Especial**. 16º ed. São Paulo: ABDR, 2018, p 60.

²⁹ DIREITO, enciclopédia Net Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/dicionario/exibir/1043/Animus-necandi>>. Acesso em 25 de setembro de 2018 as 14:07 horas

de realizar a conduta dirigida à produção a morte de outrem (animus necandi).³⁰

Portanto restou-se claro ao analisar a conduta do agente, caso não seja comprovada a vontade de realização da ação, não pode-se falar em homicídio doloso.

Para tanto, passa-se a análise dos três incisos que compõe o art. 121 do Código Penal, homicídio privilegiado, qualificado e culposos.

2.1.1 – Homicídio privilegiado, qualificado e culposos

Preceitua-se como crime privilegiado o art. 121, § 1º, que se trata de uma diminuição de pena:

Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.³¹

Embora o Juiz possa diminuir a pena, não se trata de uma faculdade do julgador, se não o direito subjetivo do agente em ver a diminuição de sua pena, portanto o seu comportamento tem que se adequar em uma das situações elencadas no art. 121 parágrafo I.³²

O motivo em que o agente teve ao praticar o homicídio deve ser relevante, de acordo com o doutrinador Rogério Greco entende-se por valor “motivo relevante valor social”:

É aquele motivo que atende aos interesses da coletividade. Não interessa somente ao agente, mas, sim, ao corpo social. A morte de um traidor da pátria, no exemplo clássico da doutrina, atenderia a coletividade, encaixando-se no conceito de valor social.³³

³⁰ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro – Vol II, Parte Especial**. 16º ed. São Paulo: ABDR, 2018, p 62.

³¹ BRASIL, **Código Penal**. Disponível em <www.almg.gov.br> Acesso em 25 de set. de 2018.

³² GRECO, Rogério. **Curso de Direito penal – Parte especial – Vol I**. 12º Ed. Niterói, RJ: Impetrus, 2015, p 142.

³³ GRECO, Rogério. **Curso de Direito penal – Parte especial – Vol I**. 12º Ed. Niterói, RJ: Impetrus, 2015, p 143.

Ainda se tem os crimes cometidos por “relevante valor moral” que diz:

É aquele que, embora importante, é considerado levando-se em conta os interesses do agente. Seria, por assim dizer, um motivo egoisticamente considerado, a exemplo do pai que mata o estuprador de sua filha.³⁴

Destacando que o valor social são os interesses coletivos, já o valor moral é aquele cujo conteúdo revela-se em conformidade com os princípios éticos dominantes em uma determinada sociedade. Visto que esses valores são incomunicáveis, pois não tem a mesma intensidade na culpabilidade do agente.³⁵

A segunda parte do § 1º do art. 121 do CP, também determina a redução da pena quando o agente age sob domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima. Portanto para que o agente possa ter sua pena diminuída, vários elementos devem estar presentes na ação do agente sendo elas: (a) sob o domínio, (b) violenta emoção, (c) logo em seguida, (d) injusta provocação da vítima.

Quando a lei usa a expressão “sob domínio”, significa que o agente está totalmente denominado pela situação. Caso tenha agido de forma influenciado, há hipótese que não será de diminuição de pena por causa da minorante, mas por causa da atenuante previsto no art. 65 na alínea c do § 3º do CP.

Violenta emoção, na lição de Genival Veloso de França:

Violenta emoção é a privação momentânea dos sentidos. Trata-se de uma condição anômala em que o indivíduo perde sua capacidade de autodeterminação decorrente de uma emoção intensa e de caráter agudo, momentâneo e transitório.³⁶

Pode-se dizer que a punição daquele que atua sob domínio de violenta emoção, compatibiliza com o art. 28 § 1º do CP, que diz não excluir a imputabilidade penal a emoção ou a paixão.

³⁴ GRECO, Rogério. **Curso de Direito penal – Parte especial – Vol I**. 12º Ed. Niterói, RJ: Impetrus, 2015, p 143.

³⁵ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro –Parte geral e Parte Especial**. 14º ed. São Paulo: ABDR, 2015, p 635

³⁶ FRANÇA, Genival Veloso. **Privação momentânea dos sentidos no direito brasileiro**. Disponível em: <[http:// www.derechoycambiosocial.com/revista018](http://www.derechoycambiosocial.com/revista018)>. Acesso em 26 de set. de 2018.

A expressão logo em seguida nota uma ação imediata, próxima à injusta provocação da vítima em que foi submetido o agente. Por fim a injusta provocação que permite a redução de pena da chamada injusta agressão, que conduzirá ao afastamento da infração penal por motivo de justificação.

O homicídio qualificado está previsto no § 2º do art. 121 do CP, e é dividido em quatro grupos de qualificadoras. As penas relativas ao crime são de reclusão, de doze a trinta anos de prisão.

Art. 121. Matar alguém: § 2º Se o homicídio é cometido: I - mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe; II - por motivo fútil; III - com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum; Emprego de veneno só funcionará como qualificadora somente se a vítima não souber que está sendo envenenada de acordo com a jurisprudência atual. IV - à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido; traição exige prévio relacionamento com a vítima. V - Para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime; VI - contra a mulher por razões da condição de sexo feminino: (Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015) VII – contra autoridade ou agente descrito nos arts. 142 e 144 da Constituição Federal, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição(..)³⁷

Portanto serão analisados no presente trabalhos algumas modalidades previstas no art. 121 do Código penal.

Deve-se ressaltar que a lei penal, usando recursos de interpretação analógica, reconhece que tanto a paga quanto a promessa de recompensa são considerados motivos torpes.

De acordo com Guilherme Nucci:

Torpe é atribuído do que é repugnante, indecente, ignóbil, logo, provocador de excessiva repulsa na sociedade. Na verdade, o homicídio praticado mediante promessa de recompensa constitui um mero exemplo, uma espécie, vamos dizer, do gênero torpeza. ³⁸

³⁷ BRASIL. **Código Penal**. Disponível em <www.almg.gov.br> Acesso em 26 de set. de 2018.

³⁸ NUCCI. Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 2005. São Paulo: Revista dos tribunais. p.310.

A paga é um valor ou qualquer outra vantagem recebida antecipadamente, já a promessa de recompensa o agente não recebe antecipadamente, mas existe uma promessa de pagamento futuro.³⁹ O motivo fútil é aquele que há uma diferença entre a motivação e o extremo comportamento levado a efeito pelo o agente, um motivo insignificante podendo o comportamento do agente ser desproporcional a tal fato.⁴⁰

Observa-se que a doutrina discute que ciúmes pode ser qualificado como crime de homicídio, mas de acordo com a lições de Rogério Greco, “*Segundo o entendimento preponderante na jurisprudência, não pode ser considerado torpe o motivo de ciúmes*”. (TJMG, Processo 1.0433.04.138532-4/001, Rel. Min. Paulo Cesar Dias, pu 19/04/2016).⁴¹

Trata-se de uma qualificadora prevista no art. 121, § 2º, III do CP, a pratica do homicídio com o emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio que possa ressaltar perigo comum.

Para Luiz Regis Prado trata-se:

De uma qualificadora de natureza mista, que influi diretamente na medida do injusto e da culpabilidade, já que é maior o desfavor da ação – pelo modo ou forma de sua realização e pela acentuada probabilidade de produção do resultado coletivo – e também maior a gravidade da culpabilidade, pois implica a disposição de ânimo cruel ou insidiosa.⁴²

O art.121 § 2º, inciso IV menciona a traição, emboscada e dissimulação ou qualquer outro meio que impossibilite ou torne impossível a defesa da vítima, será qualificada como crime de homicídio.

Nelson Hungria aduz:

Quando um dispositivo legal contém uma formula exemplificativa, e, a seguir, uma cláusula genérica, devem entender-se que esta, segundo elementar princípio de hermenêutica, somente compreende os casos análogos aos destacados por aquela. De outro modo, seria inteiramente

³⁹ GRECO, Rogério. **Curso de Direito penal – Parte especial – Vol I**. 12º Ed. Niterói, RJ: Impetrus, 2015, p 150.

⁴⁰ GRECO, Rogério. **Curso de Direito penal – Parte especial – Vol I**. 12º Ed. Niterói, RJ: Impetrus, 2015, p 153.

⁴¹ GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**. 9 ed. Rio de Janeiro: Impetrus, 2015, p 331.

⁴² PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro – Vol II, Parte Especial**. 16º ed. São Paulo: ABDR, 2018, p 67.

ociosa a exemplificação, além de que o dispositivo redundaria no absurdo de equiparar, grosso modo, coisas desiguais. Assim, o “outro recurso”, a que se refere o texto legal, só pode ser aquele que, como a traição, a emboscada ou a dissimulação, tenha caráter insidioso, aleivoso, sub-reptício. In exemplis: lançar algum líquido ou pó irritante nos olhos do adversário para tê-lo à sua mercê; suprimir, prévia e furtivamente, qualquer meio de defesa da vítima, forçando a servir-lhe de anteparo uma pessoa caríssima a esta.⁴³

O homicídio culposo encontra-se previsto no art. 121 § 3º do CP, e ocorre quando o agente der causa ao resultado por negligência, imprudência ou imperícia conforme está prescrito no art. 18, II do CP. O homicídio culposo pode-se considerar um evento morte que decorre da quebra do dever de cuidado, cuja consequência é um ato de descuido, que não foi prevista pelo agente.

O que importa nesta modalidade de homicídio é a existência da inobservância do cuidado objetivamente exigível, que é o elemento normativo do injusto culposos, quando a pessoa é responsável pelo ocorrido mas não teve intenção nenhuma de provocar tal situação. (PRADO, p. 71, 2018)

2.2 – LESÃO CORPORAL

Trata-se de crimes de lesão corporal o art. 129 do código penal, que diz:

Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem: Pena – detenção, de três meses a um ano. Lesão corporal de natureza grave §1º Se resulta: I – Incapacidade para as ocupações habituais, por mais de trinta dias; II – Perigo de vida; III – debilidade permanente de membro, sentido ou função; IV – aceleração de parto: Pena – reclusão, de um a cinco anos. § 2º Se resulta: I -Incapacidade permanente para o trabalho; II - enfermidade incurável; III – perda ou inutilização do membro, sentido ou função; IV – deformidade permanente; V – aborto: Pena – reclusão, de dois a oito anos. Lesão corporal seguida de morte. § 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 quatro a doze anos (...) Lesão corporal culposa: Pena – detenção, de dois meses a um ano.⁴⁴

Analisando-se o art. 129 pode-se observar que o crime de lesão corporal pode ocorrer por meio de diversas formas, sendo elas; lesão corporal leve prevista

⁴³ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. 3.ed. Rio de Janeiro. Forense; 1955, p. 165.

⁴⁴ BRASIL. **Código Penal**. Disponível em <www.almg.gov.br>. Acesso em 01 de Out. de 2018.

no caput do art. 129, lesão corporal grave prevista no § 1º, lesão corporal gravíssima § 2º, lesão corporal seguida de morte § 3º e por fim lesão corporal culposa previsto no § 6º.

Definindo-se os tipos penais de lesões corporais, quando se usa o verbo ofender, pode-se dizer que a palavra é usada no sentido de fazer mal a alguém, lesar, ferir ou atacar. E o elemento subjetivo da ação e consiste no dolo como vontade livre e consciente da ação de ofender a integridade física ou a saúde de outrem. Assim chamado de *aminus nocendi* ou *laedendi*.⁴⁵

Diante da gravidade da lesão sofrida pela vítima o Código Penal classificou essas lesões como simples e qualificadas.

2.2.1 Lesão corporal de natureza grave e gravíssima

O crime de lesão corporal de natureza grave está previsto no art. 129 § 1º é um crime qualificado como natureza grave, quais sejam: *Se resulta: I – Incapacidade para as ocupações habituais, por mais de trinta dias; II – Perigo de vida; III – debilidade permanente de membro, sentido ou função; IV – aceleração de parto: Pena – reclusão, de um a cinco anos.*⁴⁶

A incapacidade para ocupações habituais, por mais de trinta dias não se refere somente a trabalhos laborais e lucrativos, mas também domésticas e recreativas, o resultado que agrava deve decorrer do dolo ou da culpa do agente, segundo a lei deve durar mais de trinta dias para configurar a qualificadora.⁴⁷

O perigo de vida, pode-se dizer que é probabilidade concreta da ocorrência em razão da lesão provocada. Trata-se de um crime preterdoloso, pois o resultado que agrava o crime deve decorrer da culpa do agente.⁴⁸

A debilidade permanente do membro sentido ou função trata-se de uma modalidade de lesão que acarreta na diminuição da função de um membro e que pode ser corrigido com tratamentos, como medicamentos, fisioterapias, etc.⁴⁹

⁴⁵ CAPEZ. Fernando. **Código Penal Comentado**. 6º ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p 271.

⁴⁶ BRASIL. **Código Penal**. Disponível em <www.almg.gov.br> Acesso em 01 de Outubro de 2018 as 21:22 horas

⁴⁷ CAPEZ. Fernando. **Código Penal Comentado**. 6º ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p 275.

⁴⁸ CAPEZ. Fernando. **Código Penal Comentado**. 6º ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p 275.

O Inciso V do art.129 trata-se da aceleração de parto, diante dessa situação a lesão caberá quando antecipar o parto no fim da gravidez, e o feto ser tirado do útero da mãe precocemente e deve nascer com vida e sobreviver.⁵⁰

Já os crimes de lesão corporal de natureza gravíssima estão elencados no § 2º do art. 129: Se resulta:

I -Incapacidade permanente para o trabalho; II - enfermidade incurável; III – perda ou inutilização do membro, sentido ou função; IV – deformidade permanente; V – aborto: Pena – reclusão, de dois a oito anos. Lesão corporal seguida de morte.⁵¹

A primeira hipótese é a incapacidade permanente para o trabalho, segundo a doutrina a incapacidade deve ser de caráter duradouro para o trabalho, afim de que se restringe a qualquer atividade laboral lucrativa.

A segunda hipótese aponta a enfermidade incurável, para Capez haverá a qualificadora quando a lesão acarretar doença física ou mental que a ciência médica ainda não conseguiu conter e nem sanar.

Rogério Greco com muita sabedoria define como enfermidade incurável:

Há que salientar que enfermidade incurável é um processo patológico em curso, logo, enfermidade incurável é a doença cuja curabilidade não é obtida, no atual estágio de desenvolvimento da medicina, em seu atual estágio de avanço, não possui cura. Os aportes doutrinários específicos apontam “algumas doenças que são entendidas como incuráveis, a exemplo da lepra, da tuberculose, da sífilis, da epilepsia, etc.”⁵²

Além destas doenças relacionadas acima, pode-se dizer que a AIDS, se amolda também na presente hipótese como crime de lesão corporal gravíssima, pois a enfermidade transmitida é incurável.

O inciso terceiro prevê a perda ou inutilização de membro, sentido ou função, para Luiz Regis Prado a perda ou inutilização do membro, sentido ou função, consiste como:

⁴⁹ CAPEZ. Fernando. **Código Penal Comentado**. 6º ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p 275-276.

⁵⁰ Idem

⁵¹ BRASIL. **Código Penal**. Disponível em: <www.almg.gov.br> Acesso em 02 de Out. de 2018.

⁵² GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**. 9º ed. Rio de Janeiro. Impetus, 2015, p.368.

A perda consiste na ablação do membro ou do órgão, responsável pelo desempenho de alguma função, inclusive sensitiva. Pode a perda dar-se por mutilação ou por amputação. Aquela ocorre no momento da conduta delituosa, enquanto esta última é feita através de intervenção cirúrgica subsequente, como propósito de preservar a vida da vítima. A inutilização, por sua vez, não importa a secção completa do membro ou retirada do órgão, que continuam como parte integrante do organismo. Todavia estão inteiramente inaptos para o desempenho da função que lhes compete.⁵³

Ainda tem-se no inciso V do mesmo artigo a deformidade permanente, essa qualificadora acarreta ao dano estético de certa forma permanente, quando não é possível correções ao longo do tempo mediante intervenções cirúrgicas. Pierangeli assevera que deformidade permanente:

a deformidade não precisa ser impressionante, por assim dizer monstruosa, como exigem alguns autores, mas não pode deixar de construir uma modificação do aspecto exterior do corpo de relativa importância, perceptível a visão permanente.⁵⁴

Por fim a última hipótese do art. 129 é o aborto, para que o aborto se qualifique como lesão corporal sofrida pela vítima o resultado não pode ter sido desejado direta ou eventualmente pelo agente, portanto se comprovado poderá ser atribuído a título de culpa. Para Greco trata-se de um crime preterdoloso. Pois a conduta deve ter sido analisada a produzir lesões corporais na vítima, cuja gravidez já era conhecida pela mãe.⁵⁵

Diante das considerações feitas sobre os crimes de lesões corporais grave e gravíssimas, passa-se a análise dos crimes de contágio venéreo e moléstia grave.

2.3 – DA PERICLITAÇÃO CONTRA A VIDA

A periclitacão da vida e da saúde trata-se de um delito de perigo, os delitos de perigo podem ser delitos concretos e abstratos. Nos delitos de perigo concreto a

⁵³ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro –Parte geral e Parte Especial**. 14° ed. São Paulo: ABDR, 2015, p 695.

⁵⁴ PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte especial** (arts.121 a134). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p.136.

⁵⁵ GRECO, Rogério. **Curso de Direito penal – Parte especial – Vol I**. 12° Ed. Niterói, RJ: Impetrus, 2015, p 278.

exigência do perigo faz parte do tipo, integra-o como elemento normativo, de forma que o delito se consuma com a real ocorrência de perigo para o bem jurídico. Já nos delitos de perigo abstrato, constitui unicamente a *ratio legis*. O perigo não configura como elemento de crime objetivo, o perigo se consuma mesmo que não tenha verificado nenhum tipo de perigo para o bem jurídico tutelado.⁵⁶

2.3.1 – Perigo de contágio venéreo e moléstia grave

Dispõe o art. 130, do código penal, *in verbis*:

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 é punível com detenção , de 3 meses a 1 ano, ou multa e pode ser agravado se a intenção do agente é transmitir a moléstia para a reclusão de 1 a 4 anos e multa.⁵⁷

Pode-se dizer que o bem juridicamente protegido pelo tipo é a vida e a saúde do ser humano. E o objeto material para o crime de contágio venéreo é a pessoa com quem o sujeito ativo manteve relações sexuais ou atos libidinosos, que tanto como pode ser o homem ou a mulher.

Fábio Dias conceitua-se doenças venéreas como:

Moléstias infecciosas transmitidas (ou mais eficientemente) pelo contato sexual. Infecções retais e/ou faríngeas são comuns em doenças venéreas como resultados de práticas sexuais variadas. Esses agentes são propícios pela transmissão através do contato com membranas mucosas. Podem ser bactérias, fungos, vírus ou protozoários. Para a maioria deles as lesões precoces ocorrem na genitália e outras membranas mucosas expostas sexualmente. As doenças venéreas mais comuns são: gonorreia (blenorragia), sífilis, condiloma acuminado, clamídias, herpes, tricomonas, cancroide (cancro mole), granuloma inguinal, fungos (monilíase), escabiose e piolho.⁵⁸

⁵⁶ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro –Parte geral e Parte Especial**. 14º ed. São Paulo: ABDR, 2015, p 710.

⁵⁷ BRASIL. **Código Penal**. Disponível em: <www.almg.gov.br>. Acesso em 04 de Outubro de 2018 as 13:20 horas

⁵⁸ DIAS, Fábio F. **Perigo de contágio venéreo**. Disponível em: <http://www.unifra.br/professores/fabiofdias>. Acesso em 04 de out. de 2018.

Dispõe o art.131 do código penal que: *Praticar, com o fim de transmitir a outrem moléstia grave de que está contaminado, ato capaz de produzir contágio: Pena – Reclusão, 1(um) a 4(quatro) anos, e multa.*⁵⁹

Pode-se dizer que somente quem estiver contaminado pela moléstia poderá ser o sujeito ativo do delito, não necessariamente para configurar o delito exige que o ato praticado tenha natureza sexual ou libidinosa ao contrário do art. 130 do Código Penal “*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*”.⁶⁰

⁵⁹ BRASIL. **Código Penal**. Disponível em <www.almg.gov.br>. Acesso em 04 de Out. de 2018.

⁶⁰ BRASIL. **Código Penal**. Disponível em <www.almg.gov.br>. Acesso em 05 de Nov. de 2018.

CAPITULO III – PERIGO DE VIDA OU SAÚDE DE OUTREM

Pode-se dizer que a tutela é o direito à vida e a saúde das pessoas e que o consentimento da vítima é irrelevante e não exclui o crime, conforme dispõe o art. 132, do código penal:

Expor a vida ou a saúde de outrem a perigo direto e iminente: Pena – detenção, de três meses a um ano, se o fato não constitui crime mais grave. Parágrafo único: A pena é aumentada de 1/6 a 1/32 se a exposição da vida ou da saúde de outrem a perigo decorrente do transporte ou se a pessoa para a prestação de serviço a estabelecimento de qualquer natureza em desacordo com as normas legais.⁶¹

Para o doutrinador Luiz Regis Prado o delito pode ser praticado por qualquer pessoa, não exigindo nenhum atributo especial. Qualquer pessoa cuja a vida ou a saúde esteja exposta ao perigo pela conduta do agente, ainda que entre um e outro não haja subordinação ou assistência.

3.1 – POSICIONAMENTO DOUTRINÁRIO

Diante da proposta apresentada e durante esta pesquisa frisa-se primordialmente o enquadramento da transmissão voluntária da AIDS e sua tipificação no Código Penal brasileiro, uma doença grave e contagiosa que se prolifera através de vários meios.

Há uma grande dificuldade na identificação dos transmissores, esses atos não podem se sair impunes. Uma vez que a pessoa que se contamina não revela a sua situação por causa do preconceito da sociedade, e a busca de uma solução judicial se torna cada vez mais raro.

⁶¹ BRASIL, Código Penal. Disponível em <www.almg.gov.br> Acesso em 04 de Outubro de 2018 as 13:35 horas

Com o avanço da medicina nos últimos tempos descobriram-se medicamentos eficazes no tratamento destas infecções oportunistas como o HIV, a AIDS, passando a considerar uma doença crônica e não letal.

Diante disto na doutrina e na jurisprudência passa-se a discutir e levantar aspectos no que tange a punição do agente transmissor voluntario do HIV.

De acordo com Júlio Frabini Marabete que diz:

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.⁶²

Assim de acordo com Marabete caso haja morte o agente responderá por homicídio consumando, e caso não ocorra responderá pelo crime de lesão corporal qualificada por enfermidade incurável.

Nos entendimentos de Rogério Greco e Fernando Capez nos casos de contaminação voluntaria, o agente respondera pelo crime de homicídio seja tentado quando a vítima estiver viva, ou consumado se houver morte.

Para Carlos Roberto Bitencourt a AIDS não pode ser considerada uma doença venérea haja vista que não é transmitida somente por meios de relações sexuais ou atos libidinosos, não podendo configurar o art. 130 do Código Penal, podendo sim ser enquadrada como art. 130, lesão corporal seguida de morte até mesmo homicídio, depende do *animus* do agente.⁶³

No mesmo sentido as lições de Luiz Regis Prado afirma que:

A AIDS não é moléstia venérea, ainda que passível de contágio através de relações sexuais ou de outros atos libidinosos. A prática de ato capaz de transmiti-la poderá configurar, segundo o propósito do agente, o delito

⁶² MARABETE, Júlio Fabbrini, FABBRINI, Renato N. *Manual de Direito Penal*. Volume II. 28º . Ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 29.

⁶³ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, 2: parte especial : dos crimes contra a pessoa. 14ª ed., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 226.

insculpido no art. 131 (perigo de contágio de moléstia grave), lesão corporal grave ou homicídio, se caracterizado o contágio.⁶⁴

Por fim tem-se quem sustenta que a tipificação adequada para transmissão voluntária da AIDS se adequa como crime de lesão corporal qualificada por enfermidade incurável, vez que transmitida não há cura.

Tem-se o entendimento de Juarez Tavares que aduz:

Tomemos, agora um exemplo um tanto polêmico: alguém infectado pelo vírus da AIDS mantém relações sexuais com outra pessoa sadia, transmitindo-lhe a doença. (...) (a) questão que se põe é acerca de que tipo, afinal, o agente infectado realiza, se homicídio ou lesões corporais graves. Aqui, o critério a vigorar será o de que o dolo, como vontade de realização da ação e do resultado, deve referir-se a uma ação imediata, e não a uma ação que, por sua cronicidade, conduza à morte. Portanto, só pode haver crime de lesão corporal grave e não homicídio.⁶⁵

Para melhor apurar em qual tipo penal se enquadra o agente não pode-se perder a base da teoria finalística, que parte da análise da vontade humana, consciente e dirigida a uma determinada finalidade.

3.2 – POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL

Portanto o tipo penal que mais se adequa a conduta da transmissão dolosa da AIDS, será a quem vem sendo aplicada pelo Tribunal de Justiça do Estado 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).

Ainda no mesmo sentido o manifestou-se o Superior Tribunal de Justiça:

⁶⁴ PRADO, Luiz Regis. Curso de direito penal brasileiro, v. 2, 2010, p 145

⁶⁵ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p 290

HABEAS CORPUS. ART. 129, § 2.º, INCISO II, DO CÓDIGO PENAL. PACIENTE QUE TRANSMITIU ENFERMIDADE INCURÁVEL À OFENDIDA (SÍNDROME DA IMUNODEFICIÊNCIA ADQUIRIDA). VÍTIMA CUJA MOLÉSTIA PERMANECE ASSINTOMÁTICA. DESINFLUÊNCIA PARA A CARACTERIZAÇÃO DA CONDUTA. PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA UM DOS CRIMES PREVISTOS NO CAPÍTULO III, TÍTULO I, PARTE ESPECIAL, DO CÓDIGO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. SURSIS HUMANITÁRIO. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO DAS INSTÂNCIAS ANTECEDENTES NO PONTO, E DE DEMONSTRAÇÃO SOBRE O ESTADO DE SAÚDE DO PACIENTE. HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, DENEGADO. 1. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 98.712/RJ, Rel. Min. MARCO AURÉLIO (1.ª Turma, DJe de 17/12/2010), firmou a compreensão de que a conduta de praticar ato sexual com a finalidade de transmitir AIDS não configura crime doloso contra a vida. Assim não há constrangimento ilegal a ser reparado de ofício, em razão de não ter sido o caso julgado pelo Tribunal do Júri. 2. O ato de propagar síndrome da imunodeficiência adquirida não é tratado no Capítulo III, Título I, da Parte Especial, do Código Penal (art. 130 e seguintes), onde **não há menção a enfermidades sem cura**. Inclusive, nos debates havidos no julgamento do HC 98.712/RJ, o eminente Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, ao excluir a possibilidade de a Suprema Corte, naquele caso, conferir ao delito a classificação de "Perigo de contágio de moléstia grave" (art. 131, do Código Penal), esclareceu que, "no atual estágio da ciência, a enfermidade é incurável, quer dizer, ela não é só grave, nos termos do art. 131". 3. **Na hipótese de transmissão dolosa de doença incurável (...).**⁶⁶

A Ministra Laurita Vaz sustenta seu voto com clareza aduzindo que:

Não é cabível a desclassificação para uma das condutas punidas com sanções mais brandas, tratadas no Capítulo "Da periclitacão da vida e da saúde" (art. 130 e seguintes). **Em tal Capítulo, não há menção a doenças incuráveis**. E, na espécie, frise-se mais uma vez: há previsão clara no art. 129 do mesmo Estatuto de que, tratando-se de transmissão de doença incurável, a pena será de reclusão, de dois a oito anos, mais rigorosa.⁶⁷

Ainda, segundo a Ministra o fato de não ter manifestado sintomas não exclui o delito, pois é notório que a vítima requer tratamento com remédios específicos para que aumente a qualidade de vida, mas não alcance a cura.

Diante de tanta divergência doutrinária e jurisprudencial, sobre a problemática situação, pode-se dizer que aqueles que sustentam como crime de

⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal HC 160.982/DF, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 17/05/2012, DJe 28/05/2012. Disponível em www.stf.jus.br Acesso em 26 de outubro de 2018, as 16:21 horas

⁶⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 160982/DF, 5ª Turma, Rel. Ministra Laurita Vaz. Julgado em 17 mai. 2012. Publicado no DJe em 28 de mai. 2012. Disponível em: http://stj.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=105876. Acesso em 26 de outubro de 2018, as 16:36 horas

lesão corporal qualificada por enfermidade incurável, seria de fato como forma mais correta para tipificar o crime.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tipicidade penal na transmissão dolosa da aids foi o tema abordado na presente pesquisa, no qual houve uma breve exposição em relação ao vírus e meios de transmissão. Sob o prisma do princípio da dignidade da pessoa humana, foi asseverado o direito à vida, que é um direito constitucionalizado, e penalmente tipificado.

Neste interim, o Estado tem o dever e poder para punir os atos que atentem contra os bens jurídicos, nesse caso do direito à vida, e há uma ponderação em relação ao dever de punir, onde a primazia é proteger as garantias e direitos fundamentais. Na vertente de proteção dos bens jurídicos e o dever/poder de punir do Estado, o ordenamento jurídico tipifica as condutas que pode ferir aquilo que a Lei protege, e nesse ponto destacou-se o crime de homicídio e lesão corporal, pois a transmissão dolosa da AIDS é interpretada de maneira hermenêutica

Diante de toda a pesquisa aqui exposta, chega-se a uma conclusão que hoje é necessário analisar o assunto para poder tipificar no Código penal em qual crime se enquadra o agente transmissor que transmite dolosamente AIDS, pois não temos um tipo específico para poder enquadrar o agente.

A transmissão da AIDS de forma intencional é um problema jurídico, como não há uma tipificação concreta no ordenamento jurídico para enquadrar aqueles que transmitem, as pessoas que são infectadas muitas vezes deixam de procurar o judiciário por não ter conhecimento que há uma punição adequada para punir os agentes.

Foi possível observar que a doutrina e a jurisprudência são bastante divergentes quando se trata do assunto, existindo várias correntes e entendimentos. O homicídio e a lesão corporal gravíssima são duas correntes relevantes para responsabilizar o agente diante da sua conduta.

É de grande importância que um entendimento seja priorizado para que decisões sejam tomadas de formas desiguais em casos semelhantes, ou então faz-se necessária a criação de uma proposta legislativa que se enquadre ao certo o agente transmissor voluntario da AIDS.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

SCHIMIDT, Andrei Zenkner Schmidt in: **Aspectos Jurídico-Penais da transmissão da AIDS**. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 37, ano 10, jan/mar. 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de Derecho penal – Parte general**

GREGO, Rogério. **Curso de Direito Penal Parte Geral**. - 15°. Ed. Niterói, RJ: Impetus, 2013.

BRASIL. Código Penal – **Decreto Lei 2848/40**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em 18 de Setembro de 2018.

BRASIL. HC 98712/SP. Relator Ministro Marco Aurélio. **MOLÉSTIA GRAVE – TRANSMISSÃO HIV – CRIME DOLOSO CONTRA A VIDA VERSUS DE TRANSMITIR DOENÇA GRAVE**. Julgado em 05.10.10 – Primeira Turma. DJe 16.12.10. Disponível em www.stf.jus.br/jurisprudencia. Acesso em 18 de Setembro de 2018

TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 21°. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. **Constituição da República de 1988**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, 05 de outubro de 1988.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 4° ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

Site Significados. Disponível em: <<http://www.significados.com.br/aids/>>. Acesso em 04 de setembro de 2018.

Ministério da Saúde. Disponível em: <<http://portalms.saude.gov.br/saude-de-a-z/aids>>. Acesso em 10 de setembro de 2018.

DRAUZIO, Varella. **Aids com Dr. Dráuzio Varella**. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=0KNtjz35-vI>>. Acesso em 10 de setembro de 2018.

Secretaria de vigilância em saúde – Ministério da saúde. **HIV AIDS 2017**. p. 8 Disponível em: <file:///C:/Users/Sala%20dos/Desktop/boletim_aids_internet.pdf>. Acesso em 21 de setembro de 2018.

BRASIL. **DST – AIDS E HEPATITE VIRAL**. Disponível em <http://www.aids.gov.br/pagina/formas-de-contagio>. Acesso em 10 de setembro de 2018 as 13:55 horas.

BRASIL. **Constituição Federal**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 11 de setembro de 2018.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAPEZ. Fernando. **Código Penal Comentado**. 6º ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. **Código Penal**. Disponível em: <www.almg.gov.br> Acesso em 24 de setembro de 2018 as 20:26 horas.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução com critérios de diagnóstico de morte encefálica**. Disponível em: https://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=27329:2017-12-12-11-27-28&catid=3 Acesso em 25 de setembro de 2018.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro – Vol II, Parte Especial**. 16º ed. São Paulo: ABDR, 2018

DIREITO. Enciclopédia Net. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/dicionario/exibir/1043/Animus-necandi>>. Acesso em 25 de setembro de 2018.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito penal – Parte especial**. Vol I. 12º Ed. Niterói, RJ: Impetrus, 2015.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro –Parte geral e Parte Especial**. 14º ed. São Paulo: ABDR, 2015.

FRANÇA, Genival Veloso. **Privação momentânea dos sentidos no direito brasileiro**. Disponível em: <<http://www.derechoycambiosocial.com/revista018>>. Acesso em 26 de setembro de 2018.

NUCCI. Guilherme de Souza. **Manuel de direito penal**. 2005. São Paulo: Revista dos tribunais.

GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**. 9 ed. Rio de Janeiro: Impetrus. 2015.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. 3.ed. Rio de Janeiro. Forense; 1955.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro –Parte geral e Parte Especial**. 14º ed. São Paulo: ABDR, 2015.

PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte especial (arts.121 a134)**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

DIAS, Fábio F. **Perigo de contágio venéreo**. Disponível em: <<http://www.unifra.br/professores/fabiofdias>>. Acesso em 04 de outubro de 2018.

MARABETE, Júlio Fabbrini, FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal**. Volume II. 28º . Ed. São Paulo: Atlas, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal, 2: parte especial: dos crimes contra a pessoa**. 14ª ed., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. v. 2, 2010.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal HC 160.982/DF**. Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 17/05/2012, DJe 28/05/2012. Disponível em: <www.stf.jus.br>, Acesso em 26 de outubro de 2018.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça HC 160982/DF**. 5ª Turma, Rel. Ministra Laurita Vaz. Julgado em 17 mai. 2012. Publicado no DJe em 28 de mai. 2012. Disponível em: <http://stj.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=105876>. Acesso em 26 de outubro de 2018.

ANEXO

Boletim Epidemiológico

Secretaria de Vigilância em Saúde – Ministério da Saúde – Brasil

AIDS

De 1980 a junho de 2017, foram identificados no país 882.810 casos de aids no Brasil (Tabela 9). O país tem registrado, anualmente, uma média de 40 mil novos casos de aids nos últimos cinco anos.

A distribuição proporcional dos casos de aids, identificados de 1980 até junho de 2017, mostra uma concentração nas regiões Sudeste e Sul, correspondendo cada qual a 52,3% e 20,1% do total de casos; as regiões Nordeste, Norte e Centro-Oeste correspondem a 15,4, 6,1% e 6,0% do total dos casos, respectivamente. Nos últimos cinco anos (2012 a 2016), a região Norte apresentou uma média de 4,2 mil casos ao ano; o Nordeste, 8,8 mil; o Sudeste, 16,3 mil; o Sul, 8,5 mil; e o Centro- Oeste, 2,8 mil (Tabela 9).

Do ano 2000 a junho de 2017, registrou-se um total de 673.634 casos de aids, sendo que 478.940 (71,1) foram notificados no Sinan, 50.399 (7,5) no SIM e 144.295 (21,4) no Siscel/ Siclom. A soma dos casos encontrados no SIM e Siscel/Siclom representa 28,9% de subnotificação no Sinan. Observam-se importantes diferenças nas proporções dos dados segundo sua origem em relação às regiões do país. As regiões Sul e Centro-Oeste possuem maior proporção de casos oriundos do Sinan que o Norte, o Nordeste e o Sudeste. Chamam a atenção os estados do Pará e do Rio de Janeiro, com apenas 51,4% e 59,4% dos casos oriundos do Sinan, respectivamente (Tabela 10). Em 2016, apesar da recomendação da dispensação de medicação vinculada a notificação compulsória no Sinan os estados da Paraíba, Amazonas e Rio de Janeiro, apresentaram, respectivamente, 35,9, 36,2% e 37,9% dos seus casos oriundos do Sinan (Tabela 10).

A taxa de detecção de aids vem caindo gradativamente no Brasil nos últimos anos. De 2012 para 2013, a taxa caiu 1,4; de 2013 para 2014, a redução foi de 3,6; de 2014 para 2015, de 4,2; e de 2015 para 2016, de 5,2. Em um período de dez anos, apresentou queda de 5,1: em 2006 a taxa foi de 19,9 casos/100 mil habitantes e, em 2016, de 18,5/100 mil habitantes. A região Centro- Oeste

apresentou pouca variação em sua taxa de detecção nos últimos dez anos, chegando a 16,7 casos/100 mil hab. em 2016. As regiões Sudeste e Sul apresentam tendência de queda nos últimos dez anos; em 2006, as taxas de detecção foram de 23,5 e 30,2, passando para 17,3 e 25,3 casos/100 mil hab. em 2016, o que corresponde a uma queda de 35,8% e 19,3, respectivamente. As regiões Norte e Nordeste apresentam uma tendência linear de crescimento da taxa de detecção; em 2006 a taxa registrada foi de 14,9 (Norte) e 11,2 (Nordeste) casos/100 mil hab., enquanto no último ano a taxa foi de 24,8 (Norte) e 15,2 (Nordeste), representando um aumento de 66,4% (Norte) e 35,7% (Nordeste). A região Sul apresentou uma leve tendência de queda de 16,4, passando de 30,2 casos/100 mil hab. em 2006 para 25,3

Em 2016 (Tabela 11 e Figura 3).

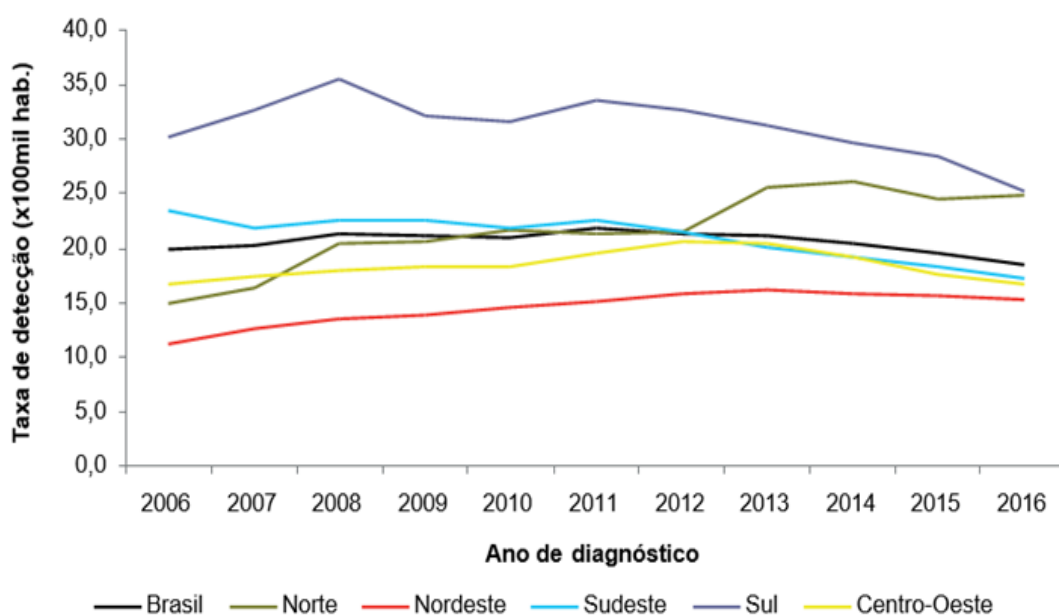


Figura 3 – Taxa de detecção de aids (/100 mil hab.) segundo região de residência por ano de diagnóstico. Brasil, 2006 a 2016^a.

Fonte: Sinan (atualizado em 30/06/2017).

^aCasos notificados no Sinan e Siscel/Siclom até 30/06/2017; no SIM, de 2000 a 2016.