

RAYANE SOARES BARROSO

**DA TRANSMISSÃO VOLUNTÁRIA DA AIDS E A SUA TIPIFICAÇÃO
PENAL**

CARATINGA
CURSO DE DIREITO
2015

RAYANE SOARES BARROSO

**DA TRANSMISSÃO VOLUNTÁRIA DA AIDS E A SUA TIPIFICAÇÃO
PENAL**

Monografia apresentada ao Curso de Direito das
Faculdades Doctum, Unidade de Caratinga, como
requisito parcial à obtenção do título de Bacharel
em Direito.

Área de concentração: Direito Penal.

Orientação: Professor Ivan Lopes Sales.

CARATINGA
CURSO DE DIREITO
2015

Dedico este trabalho, aos meus pais, que estiveram sempre ao meu lado nesta caminhada, me incentivando e me apoiando. Obrigada por tudo. Amo muito vocês!

Primeiramente, agradeço a Deus, pela oportunidade concedida, e por nunca ter me deixado desistir.

Agradeço também, ao meu professor e orientador Ivan Sales, pela paciência e pelo incentivo durante a produção deste trabalho. Sem a sua ajuda, eu não teria conseguido.

Aos meus professores, pelos ensinamentos transmitidos no decorrer desses cinco anos. Em especial, ao professor Juliano pelo apoio e carinho nesse momento tão difícil.

E por fim, aos meus colegas de curso, pelo companheirismo ao longo dessa jornada. Obrigada por tornarem meus dias mais divertidos.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo discutir em qual tipo penal se enquadra o agente que voluntariamente transmite o vírus HIV para outrem. Porém, falar sobre a AIDS requer um pouco mais de cautela e paciência, pois estamos relatando uma enfermidade incurável, que diretamente viola um dos artigos da nossa Constituição Federal, qual seja o direito a vida. O assunto que antigamente era pouco se falado ou discutido, hoje cresce diante a necessidade de punir esses agentes, pois o número de pessoas infectadas aumenta absurdamente. Percebe-se que isso ocorre, pelo fato das pessoas terem vergonha e por medo, afinal vivemos em uma sociedade preconceituosa, e, com a falta de informação e punição, essas pessoas infectadas preferem se esconder ou omitir que são portadoras do vírus HIV. Diante o exposto, nos casos de contaminação dolosa do vírus HIV o agente responde por qual modalidade penal?

Palavras-chaves: Tipicidade; AIDS; lesão corporal grave.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS	9
CAPITULO I – DO VÍRUS HIV, DO DIREITO À VIDA, DA DIGNIDADE E DA SAÚDE PÚBLICA	12
1.1 A AIDS E SUAS FORMAS DE TRANSMISSÃO	12
1.2 PRINCÍPIO DO DIREITO À VIDA	13
1.3 - PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	15
1.4 O PAPEL DO ESTADO NA SAÚDE PÚBLICA	16
CAPÍTULO II – DOS CRIMES CONTRA A PESSOA	18
2.1 HOMICÍDIO	19
2.1.1 Homicídio privilegiado	20
2.1.2 Homicídio qualificado	23
2.1.3 Homicídio culposo	26
2.2 LESÃO CORPORAL	27
2.2.1 Lesão corporal grave	28
2.2.2 Lesão corporal gravíssima	29
2.3 PERIGO DE CONTÁGIO VENÉREO E MOLÉSTIA GRAVE	32
2.4 PERIGO PARA A VIDA OU SAÚDE DE OUTREM.....	33
CAPITULO III – DA TRANSMISSÃO DA AIDS E SEU POSICIONAMENTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO PENAL BRASILEIRO	35
3.1 ENQUADRAMENTO JURÍDICO-PENAL DA AIDS	35
3.2 CORTEJO COM OS CRIMES PENAIS JÁ EXISTENTES NO CÓDIGO PENAL	36
CONSIDERAÇÕES FINAIS	41
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	42

INTRODUÇÃO

A monografia ora apresentada tem o intuito de estudar sobre a AIDS e sua tipificação penal.

Durante todo o trabalho, vamos discutir em qual tipo penal se enquadra o agente que transmite voluntariamente o vírus HIV, com a intenção de pacificar e estabelecer no nosso ordenamento jurídico uma única punição para esse tipo de crime.

Para detalhar os procedimentos a serem adotados durante a pesquisa, optou-se pela metodologia teórico-dogmática, tendo em vista o manuseio de doutrinas e jurisprudências pertinentes ao tema. Como setores do conhecimento, a presente pesquisa é de natureza transdisciplinar e interdisciplinar, já que realiza o intercruzamento de informações em diferentes ramos do Direito, mas de forma mais enfática, o direito penal.

A presente pesquisa terá como marco teórico posicionamento do doutrinador Juarez Tavares, quando defende que:

Tomemos, afora, um exemplo um tanto polêmico: alguém infectado pelo vírus da AIDS mantém relações sexuais com outra pessoa, transmitindo-lhe a doença. [...]. [a] questão que se põe é acerca de que tipo, afinal, o agente 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.

A partir de então, encontra-se à confirmação da hipótese, eliminando quaisquer outras analogias supostamente cabíveis ao crime questionado, juntamente com as considerações conceituais, que se pretende destacar os pontos mais relevantes ao posicionamento do referente assunto.

Nesse sentido, a monografia é dividida em três capítulos. No primeiro capítulo será exposto o título “Direito á vida”, sendo feito uma análise do princípio do direito a vida e da dignidade da pessoa humana, relatando o papel do estado mediante a saúde pública.

Já o segundo capítulo, denominado “Dos crimes contra a pessoa”, será analisado como o agente transmissor do vírus do HIV poderá ser punido, diante as

tipificações penais, destinando tecer considerações acerca do objeto principal da presente pesquisa.

E no terceiro e último capítulo, “Da transmissão da AIDS e seu posicionamento no ordenamento jurídico penal”¹, será exposta toda a argumentação acerca do cortejo dos crimes de transmissor voluntário da doença, decorrente de três grandes correntes que trataram sobre o assunto.

¹ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 290.

CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

Sabe-se que a tipicidade se deflagra em nosso ordenamento jurídico como elemento do crime, sendo que, dizer que um fato é típico é afirmar que a conduta do agente é considerada proibida, e para sua transgressão é estabelecida uma sanção.

Segundo o jurista Zafaroni a tipificação de uma conduta, portanto, “*tem como função a individualização de condutas humanas penalmente relevantes (por estarem penalmente proibidas)*”².

Partindo de tais considerações, segundo a doutrinadora Denise Cristina Mantovani, num conceito analítico:

fato típico é o primeiro substrato do crime, ou seja, o primeiro requisito ou elemento do crime. No *conceito material*, fato típico é um fato humano indesejado norteado pelo princípio da intervenção mínima consistente numa conduta produtora de um resultado e que se ajusta formal e materialmente ao direito penal. É o fato humano descrito abstratamente na lei como infração a uma norma penal.³

No que se refere à conduta voluntária do agente transmissor do vírus da AIDS, tema do presente trabalho, observa-se que nosso Código Penal não possui tipificação específica para este tipo de conduta. Posto isso, em razão da incidência de casos cada dia mais freqüentes na sociedade, surgiu na doutrina e na jurisprudência discussão acerca de qual modalidade penal se amolda a tal conduta.

Dentre diversas doenças, a AIDS (Síndrome da Imunodeficiência Adquirida) é uma doença incurável, o que implica dizer que “*é a doença irremediável, de acordo com os recursos da medicina na época do resultado, causada na vítima*”⁴

Partindo de tais considerações, na doutrina e na jurisprudência surgiram três correntes que versam sobre o enquadramento penal do agente que transmite dolosamente o vírus HIV.

A primeira corrente afirma que nos casos de contaminação voluntária pelo vírus HIV o agente responde por moléstia grave. Nesse sentido, tem-se o seguinte julgado:

² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Teoria da da tipicidade conglobante*. Disponível em https://pt.wikipedia.org/wiki/Tipicidade_conglobante. Acesso em 10 de junho de 2015, as 14:01 horas.

³ CERA, Denise Cristina Mantovani. *O que se entende por fato típico e os elementos que o compõem?*. Disponível em http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20101129131026745. Acesso em 10 de junho de 2015 as 14:50 horas.

⁴ NUCCI, Guilherme de Souza,. *Direito Penal*. 10.^a ed. rev. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 210, p. 642.

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 à transmissão de doença grave como a configurar crime doloso contra a vida. Considerações.⁵

Por outro lado, tem-se uma segunda corrente que afirma ser a conduta do agente caso de homicídio, o que não merece prosperar, haja vista que a conduta refere-se a um resultado imediato, ou seja, a contaminação.

Por fim, tem-se a terceira corrente que assevera que a transmissão voluntária do vírus HIV enseja na condenação do agente na modalidade prevista no art. 129, § 2.º, inciso II, do Código Penal, que assim preceitua: "*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

Nesse sendo, é o entendimento do doutrinado Andrei Zenkner Schimidt ao dispor que:

quando o portador do vírus omite conscientemente essa sua condição para as pessoas que praticam, com ele, atos capazes de produzir o contágio, sem a devida proteção, 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 finalística orientada à transmissão da doença, deve haver imputação do delito de lesão corporal qualificada por enfermidade incurável, na forma do art. 129, § 2.º, II, do CP Brasileiro⁷

No mesmo sentido, o professor Juarez Tavares leciona que:

Tomemos, afora, um exemplo um tanto polêmico: alguém infectado pelo vírus da AIDS mantém relações sexuais com outra pessoa, transmitindo-lhe a doença. [...]. [a] questão que se põe é acerca de que tipo, afinal, o agente 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 homicídio⁸.

⁵ BRASIL. HC 98712/SP. Relator Ministro Marco Aurélio. *MOLÉSTIA GRAVE – TRANSMISSÃO - HIV - CRIME DOLOSO CONTRA A VIDA VERSUS O DE TRANSMITIR DOENÇA GRAVE* Julgado em 05.10.10 - Primeira Turma. DJe 16.12.10. Disponível em www.stf.jus.br/jurisprudencia. Acesso em 10 de maio de 2015 as 15:00 horas.

⁶ BRASIL, Código Penal. *DECRETO-LEI Nº 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940*. Disponível em www.almg.gov.br. Acesso em 10 de maio de 2015 as 11:00 horas.

⁷ SCHIMIDT, Andrei Zenkner Schimidt In: *Aspectos Jurídico-Penais da transmissão da AIDS*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminas, n.37, ano 10, jan/mar. 2002, p. 231.

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

Portanto, considerando todas as peculiaridades da AIDS e os fundamentos doutrinários e jurisprudenciais sobre qual seria o melhor enquadramento para o fato, de forma mais ampla interpretar a exposição do vírus HIV como crime intencional.

CAPITULO I – DO VÍRUS HIV, DO DIREITO À VIDA, DA DIGNIDADE E DA SAÚDE PÚBLICA

1.1 A AIDS E SUAS FORMAS DE TRANSMISSÃO

Em se tratando de um trabalho desenvolvido na área jurídica, por obvio não se pretende esgotar o assunto acerca da AIDS – Síndrome da Imunodeficiência Adquirida, mas sim fazer uma breve explanação sobre essa vertente, a fim de elucidar de forma mais clara e objetiva o tema principal.

Etimologicamente a palavra AIDS é de origem americana e significa “*sigla de a cquired i mmuno d eficiencie s yndrome, port. sida ' síndrome e i muno d eficiênci a a dquirida*”.⁹

De acordo com o dicionário Aurélio, AIDS é denominada “*doença grave, transmitida por via sexual ou sanguínea e caracterizada pela destruição ou pelo desaparecimento das reações imunitárias do organismo*”¹⁰.

Atualmente 600.000 (seiscentos) mil brasileiros têm o vírus da AIDS e não sabem. Após 30 (trinta) anos da descoberta do vírus aproximadamente 11.000 (onze mil) pessoas morrem por ano em decorrência da AIDS no Brasil, o que nos implica afirmar que a situação da saúde pública, no que tange à AIDS está caótica.¹¹

A AIDS, sigla que utilizamos para nos referir à Síndrome da Imunodeficiência Adquirida, causado pelo HIV, o vírus da Imunodeficiência humana assombra a saúde pública em qualquer lugar do mundo, e ainda não se está nem perto de descobrir a cura desta doença.¹²

A AIDS, hoje, apesar de ter seus sintomas controlados, é grave. O combate a AIDS é um marco na medicina. Em 1981 descobriu-se o vírus, e somente em 1995 surgiu o coquetel, medicamentos altamente eficazes contra a AIDS.¹³

⁹ Disponível em <http://www.significados.com.br/aids/>. Acesso em 04 de outubro de 2015, as 15:45 horas.

¹⁰ AURÉLIO, Dicionário. Disponível em <http://dicionariodoaurelio.com/aids>. Acesso em 04 de outubro de 2015, as 15:45 horas.

¹¹ DRAUZIO, Varella. *Aids com Dr. Drauzio Varella*. Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=0KNtjz35-vl>. Acesso em 04 de outubro de 2015, as 15:00 horas.

¹² Idem.

¹³ Idem.

Considerando que trataremos no presente trabalho acerca da tipificação legal do agente que transmite dolosamente o vírus HIV, mister traçar algumas considerações acerca das formas de contaminação desta doença.

A AIDS, como dito anteriormente é uma doença viral. O vírus HIV, causador da doença, pode ser transmitido de diversas formas. Quais sejam:

Sexo sem camisinha - pode ser vaginal, anal ou oral.
De mãe infectada para o filho durante a gestação, o parto ou a amamentação - também chamado de transmissão vertical.
Uso da mesma seringa ou agulha contaminada por mais de uma pessoa.
Transfusão de sangue contaminado com o HIV.
Instrumentos que furam ou cortam, não esterilizados.¹⁴

Das formas acima transcritas a de maior incidência é a primeira, e por uma simples conduta, a omissão. A omissão do portador da AIDS é um caso sério que assombra a saúde pública.

Existem aqueles que possuem o vírus e não sabem; mas existem aqueles que possuem o vírus e “dolosamente” omitem para seus parceiros sua condição de infectado e mesmo tendo ciência de sua condição, da gravidade da doença, mantém relação sexual com parceiros, sem a devida proteção, ou, mesmo cientificando o parceiro de sua condição de infectado o obriga, moralmente ou fisicamente a manter relações sem a devida proteção.

Diante dessa triste realidade, a AIDS desafia a consagração do direito a vida e da dignidade; representando um desafio para o Estado na consagração do Direito à saúde.

A seguir, para melhor elucidação do assunto, traçaremos breves considerações acerca dos direitos inerentes à pessoa, como condição de “ser humano”; bem como do papel do Estado em sua proteção.

1.2 PRINCÍPIO DO DIREITO À VIDA

Segundo o doutrinador Capelo de Souza a vida pode ser conceituada como:

¹⁴ BRASIL, DST – AIDS E HEPATITE VIRAL. Disponível em <http://www.aids.gov.br/pagina/formas-de-contagio>. Acesso em 04 de outubro de 2015, as 15:45 horas.

um fluxo de projeção colectivo, contínuo, transmissível, comum a toda a espécie humana e presente em cada indivíduo humano, enquanto depositário, continuador e transmissor dessa energia vital global ... constitui um elemento primordial e estruturante da personalidade...a vida humana é susceptível de diversas perspectivas.¹⁵

Em síntese, pode-se dizer, portanto, que o direito à vida é pressuposto inerente à condição de “*ser humano*”, merecendo tutela especial em qualquer ordenamento jurídico que tenha como fundamento precípua a proteção da vida humana.

Dessa forma, o art. 4º, da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, dispõe que “toda pessoa tem direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente”.¹⁶

Como corolário deste preceito, é que a Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, caput, declarou como garantia fundamental a “inviolabilidade do direito à vida”, in verbis:

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.¹⁷

Ao colacionar a referida previsão e principalmente por delinear como fundamento da República Federativa a Dignidade da Pessoa Humana, pode-se afirmar que a Constituição Federal, em nosso ordenamento, é pioneira na proteção do direito à vida.

Assim, em face da supremacia constitucional, caberá também ao diploma infraconstitucional, disciplinar e regulamentar normas e preceitos que se destinam à proteção do direito à vida.

Pode-se dizer, portanto que segundo os ensinamentos da doutrinadora Maria Berenice Dias, “*direito à vida é constitucional, é fundamental, e é direito individual de*

¹⁵ SOUZA, Reindranath V. A. Capelo de. *O Direito Geral de Personalidade*. Coimbra, Portugal: Coimbra Editora, 1995. p. 203/204. 5

¹⁶ CONVENÇÃO AMERICANA DOS DIREITOS HUMANOS. o art. 4º, da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos. Disponível em http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em 12 de setembro de 2015, às 16:00 horas.

¹⁷ BRASIL. Constituição Federal. Disponível em www.almg.gov.br. Acesso em 12 de setembro de 2015, às 16:00 horas.

cada pessoa, estando a pessoa no mundo exterior ao ventre materno, em provetas ou incubadoras, ou mantendo-se no ventre da mulher.”¹⁸

Feitas tais considerações sobre o direito à vida, pode-se afirmar, sem sombra de dúvidas, que a contaminação dolosa do vírus HIV representa uma afronta ao direito vida e a todos os seus desdobramentos, como veremos a seguir.

1.3 - PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A dignidade da pessoa humana foi intitulada como fundamento da República Federativa do Brasil, no art. 1º, da CR/88, inc. III, da seguinte forma:

Art. 1º - 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.¹⁹

Sua finalidade, na qualidade de princípio fundamental, é assegurar ao homem um mínimo de direitos que devem ser respeitados pela sociedade e pelo poder público, de forma a preservar a valorização do ser humano.

Nesse sentido, Flávia Piovesan diz que:

A dignidade da pessoa humana, (...) está erigida como princípio matriz da Constituição, imprimindo-lhe unidade de sentido, condicionando a interpretação das 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 o sistema jurídico brasileiro.²⁰

Diz ainda a autora que:

É no valor da dignidade da pessoa humana que a ordem jurídica encontra seu próprio sentido, sendo seu ponto de partida e seu ponto de chegada, na tarefa de interpretação normativa. Consagra-se, assim, dignidade da pessoa

¹⁸ DIAS, Maria Berenice. *Direito à vida do nascituro*. Da Constituição ao Código Civil. Réplica ao artigo "Direito fundamental ao aborto. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4365&revista_caderno=9. Acesso em 30/09/2015 as 20:33 horas.

¹⁹ BRASIL. Constituição Federal. Disponível em www.almg.gov.br. Acesso em 12 de setembro de 2015, as 16:00 horas.

²⁰ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 4 ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 54.

humana como verdadeiro super princípio a orientar o Direito Internacional e o Interno.²¹

Ainda nesse contexto de conferir à dignidade da pessoa humana um status de princípio fundamental, essencial, fonte de todo ordenamento jurídico brasileiro, manifesta-se o STF:

(...) o postulado da dignidade da pessoa humana, que representa - considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) - significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País e que traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo (...).²²

Feitas tais considerações, traçaremos a seguir acerca do papel do Estado para promoção da saúde pública, notadamente no que se refere à prevenção e proteção dos portadores do vírus da AIDS.

1.4 O PAPEL DO ESTADO NA SAÚDE PÚBLICA

É incontroverso que a dignidade da pessoa humana está intimamente relacionada à integridade física e moral do indivíduo, e que não se pode perder de vista que a promoção da saúde é pressuposto para concretização da dignidade.

Assim sendo, o Estado, como promotor das garantias e direitos fundamentais desenvolve pape fundamental na prevenção do vírus da AIDS e na proteção dos portadores deste vírus.

Dispõe o art. 6º, da Constituição Federal de 1988, que:

Artigo 6º - 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.²³

Ainda, extrai-se do art. 196, da CR/88, que:

²¹ Ibidem, p. 92

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 95464, Relator (a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 03/02/2009, DJe-048 DIVULG 12-03-2009 PUBLIC 13-03-2009 EMENT VOL-02352-03 PP-00466.

²³ BRASIL. Constituição Federal. Disponível em www.almg.gov.br. Acesso em 12 de setembro de 2015, as 16:00 horas.

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução dos riscos de doença e de outros agravos e o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação²⁴.

Tal preceito é complementado pela lei 8.080/90, em seu artigo 2º: *“A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício”*.²⁵

De tais dispositivo decorre o dever do Estado em promover a saúde, o que nos implica, logicamente, a afirmar que essa proteção constitucional se estende aos indivíduos portadores do HIV.

Em suma, os preceitos constitucionais enfocados visam, em última análise, dar guarida, de modo genérico, a todo e qualquer indivíduo, nacional ou estrangeiro, naturalizado ou não, que se encontre em território nacional sob a égide de nosso ordenamento jurídico; e conseqüentemente abarca situações específicas como a dos portadores do vírus HIV, os quais devem ter sua dignidade respeitada.

Podemos afirmar sem erros, que a saúde é o bem mais precioso do “ser humano”. Ter uma boa saúde é o que nos preserva o direito à vida. Assim, a saúde é digna de receber a tutela projetiva estatal, através de políticas públicas e sociais.

Portanto, pode-se dizer que o Estado tem o dever de assegurar efetivamente o direito à saúde a todos os cidadãos, como corolário da própria garantia do direito à vida, e da sobrevivência digna.

²⁴ Idem.

²⁵ BRASIL. Lei 8.080/90. Disponível em www.almg.gov.br. Acesso em 12 de setembro de 2015, as 16:00 horas.

CAPÍTULO II – DOS CRIMES CONTRA A PESSOA

Antes de tratarmos acerca dos crimes contra a pessoa, faz-se necessário reportamos ao art. 14, do Código Penal esclarecendo, em linhas gerais, as hipóteses de crime tentado e consumado.

Alguns crimes, como veremos no decorrer deste trabalho admitem ambas as modalidades, podendo ser tentado ou consumado. O homicídio se revela como uma das condutas penais que admite a tentativa.

Conforme disposto no art. 14, I e II do Código Penal, tentativa e consumação podem ser definidos como:

Art. 14 - Diz-se o crime: Crime consumado I - consumado, quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal; Tentativa, II - tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente.²⁶

De acordo com a doutrina de Rogério Greco,

A tentativa ocorre quando, iniciada a execução do crime, ele deixa de se consumir por uma circunstância *alheia* à vontade do agente. Por exemplo: o sujeito deseja matar alguém, mas erra o tiro ou a vítima resiste. A circunstância estranha pode ser: falta de perícia, inesperada capacidade de resistência da vítima, vento¹, etc. Subjetivamente, não há diferença. Do ponto de vista da intenção, o dolo do agente é o mesmo tanto no tentado quanto no consumado. Então, a diferença é está exclusivamente no plano objetivo. No crime consumado, há a produção do resultado previsto em lei. Na tentativa, não há a produção do resultado previsto no tipo.²⁷

Afirma, ainda, o doutrinador acima citado que para configuração do crime tentado é necessário à presença de três elementos:

A conduta seja dolosa, isto é, que exista uma vontade livre e consciente de quere praticar determinada infração penal;
O agente ingresse, obrigatoriamente, na fase dos chamados atos de execução;
Não consiga chegar à consumação do crime, por circunstâncias alheias à sua vontade.²⁸

²⁶ BRASIL, Código Penal. Disponível em www.almg.gov.br Acesso em 05 de outubro de 2015, as 14:00 horas.

²⁷ GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. 9 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015, p 59.

²⁸ Idem.

Feitas estas considerações acerca desta classificação dos crimes, passamos a dissertar acerca dos crimes contra a pessoa.

2.1 HOMICÍDIO (simples, qualificado, privilegiado, tentado e culposo)

A conduta de homicídio simples, conforme dispõe o art. 121, do Código Penal se configura em “*art. 121. Matar alguém (...)*”²⁹

Contudo, mesmo que o tipo nos conduza a um conceito simples de homicídio, é preciso ressaltar que para a seara jurídica o conceito de morte não é tão simples.

Segundo o doutrinador Geovane Moraes, reportando aos seus estudos da Medicina Legal, deve-se observar que em se tratando de morte

fala-se em morte cardíaca, morte pulmonar e morte encefálica. Quando se pensa em homicídio, pensa-se em morte encefálica, é o que caracterizara o homicídio na sua forma consumada.³⁰

A Resolução nº 1.480, do Conselho Federal de Medicina, assim dispõe sobre a morte encefálica para fins legais:

Para o CFM, o critério para o diagnóstico da morte cerebral é a cessação irreversível de todas as funções do encéfalo, incluindo o tronco encefálico, onde se situam estruturas responsáveis pela manutenção dos processos vitais autônomos, como a pressão arterial e a função respiratória. O protocolo utilizado para o diagnóstico da ME, instituído pela Resolução do CFM n. 1.480, de 199715, dispõe o seguinte: Art. 1º. A morte encefálica será caracterizada através da realização de exames clínicos e complementares durante intervalos de tempo variáveis.³¹

Assim, para dizer que houve homicídio, *a priori*, faz-se necessário a constatação da morte encefálica.

A partir daí, restando constatada a morte encefálica, mister a análise dos demais requisitos para configuração do crime, devendo se observar não somente a conduta, mas, também, a intenção do agente, conhecida no direito penal como *animus necandi*.

²⁹ BRASIL, Código penal. Disponível em www.almg.gov.br. Acesso em 15 de outubro de 2015 as 15:00 horas.

³⁰ MORAES, Geovane. *Isolada de Direito Penal “começando do zero”*. Disponível em <https://www.cers.com.br/cursos/diversos-4>. Acesso em 15 de outubro de 2015, as 14:00 horas.

³¹ Resolução nº 1480, *apud* . GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. 9 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015, p 329.

De acordo com as lições de Greco, em se tratando do art. 121, do Código Penal:

o elemento subjetivo é o dolo, ou seja, a vontade livre e consciente de matar alguém. O agente ativo atua com o chamado *animus necandi* ou *animus accidendi*. A conduta do agente, portanto, é dirigida finalisticamente a causar a morte de um homem.³²

A Enciclopédia Virtual Direito Net define a expressão *animus necandi*, “é um temor em latim que significa dolo, vontade. É a intenção de matar, ou seja, de tirar a vida de outra pessoa.”³³

Assim, analisando-se a conduta, passamos a entender da intenção do agente, de forma que, caso não se observe a vontade, não podemos falar em homicídio doloso.

No mais, vê-se que o Código Penal prevê no art. 121, e seus incisos, três classificações de homicídio: homicídio privilegiado, homicídio qualificado e homicídio culposo.

Analisaremos brevemente cada um deles, haja vista que não se trata do tema principal.

2.1.1 Homicídio privilegiado

O homicídio privilegiado encontra-se previsto no art. 121, §1º do Código Penal e trata-se, na verdade, de causa de diminuição de pena:

§1º 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 1/6 (um sexto) a 1/3 (um terço). (grifo nosso)³⁴

³² GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. 9 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015, p 329.

³³ DIREITO, Enciclopédia Net. Disponível em <http://www.direitonet.com.br/dicionario/exibir/>. Acesso em 15 de outubro de 2015, as 15:00 horas.

³⁴BRASIL, Código Penal, *apud*, GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. 9 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015, p 329.

Observa-se que o tipo penal utiliza o verbo “pode”, quando se refere à atribuição do Juiz em diminuir a pena, nos casos especificados, de 1/6 a 1/3 da pena.

Contudo, conforme entendimento majoritário doutrinário e jurisprudencial, não se trata de poder discricionário do juiz, mas sim vinculado, ou seja, ele “deve” diminuir a pena.³⁵

Nesse sentido, são as palavras do sábio doutrinador:

Embora a lei diga que o juiz pode reduzir a pena, não se trata de faculdade do julgador, senão direito subjetivo do agente em ver diminuída sua pena, quando o seu comportamento se amoldar a qualquer uma das duas situações elencadas pelo parágrafo.³⁶

Veremos cada uma das hipóteses acima mencionadas.

I. Relevante valor moral ou social

Sabe-se que o ser humano possui valores que norteiam sua própria vida. Estes valores que são definidos pelo Direito Penal como “relevante valor moral”. Segundo o doutrinador Julio Fabbrini Mirabete:

Valor moral diz respeito aos interesses individuais, particulares, do agente, entre eles os sentimentos de piedade e compaixão. Assim, o autor do homicídio praticado com o intuito de livrar um doente, irremediavelmente perdido, dos sofrimentos que o atormentam (eutanásia) goza de privilégio da atenuação da pena.³⁷

Corroborando com este conceito, o Professor Rogério Sanches Cunha afirma que “*Valor moral se liga aos interesses individuais, particulares do agente, entre eles os sentimentos de piedade, misericórdia e compaixão.*”³⁸

Portanto, quando o que levou o agente a cometer a conduta de homicídio foi o sentimento de que foi constrangido nestes valores, ele terá direito à diminuição da pena, por se enquadrar na hipótese de homicídio privilegiado. Ex: Um cidadão

³⁵ GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. 9 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015, p 329.

³⁶ Idem.

³⁷ Mirabete, Julio Fabbrini. Fabbrini. Renato N. *Manual de Direito Penal - Parte Especial*. Volume 2. 26ª Edição. São Paulo: Atlas. 2009. P. 32.

³⁸ Cunha, Rogério Sanches. *Direito Penal Parte Especial*. Volume 3. 3ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010. P. 25.

ofende verbalmente sua mãe, isso abalará um valor íntimo da pessoa, e isso pode motivar a praticar o crime.

Ainda, tem-se os crimes cometidos por relevante valor social. Assevera o doutrinador Fernando Capez que:

Motivo de relevante valor social, como o próprio nome já diz, é aquele que corresponde ao interesse coletivo. Nessa hipótese, o agente é impulsionado pela satisfação de um anseio social. Por exemplo, o agente, por amor à pátria, elimina um traidor. Naquele dado momento, a sociedade almejava a captura deste e sua eliminação. O agente nada mais fez do que satisfazer a vontade da sociedade.³⁹

Neste último caso, assim como no relevante valor moral, o agente também fará *jus* à causa de diminuição de pena, contida no art. 121, §1º, do Código Penal.

II. Sob o domínio de violenta emoção, logo após injusta provocação da vítima

Terceira hipótese de homicídio privilegiado é quando o agente comete a ação sob o domínio de violenta emoção, logo após injusta provocação da vítima.

Inicialmente, não podemos deixar de relembrar o disposto no art. 28, do Código Penal: “*Art. 28 - Não excluem a imputabilidade penal: I - a emoção ou a paixão; II - a embriaguez, voluntária ou culposa, pelo álcool ou substância de efeitos análogos.*”⁴⁰

Segundo 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”.⁴¹

Pode-se dizer que:

a violenta emoção, é quando o transtorno de espírito é tão relevante, que induz o agente a não refletir direito sobre sua conduta, priva do bom senso, tira a razoabilidade comum do homem. O julgamento do agente é

³⁹ Capez, Fernando. *Curso de Direito Penal Parte Especial*. Volume 2. 10ª Edição. São Paulo: Saraiva. 2010. P. 59.

⁴⁰ BRASIL, Código Penal, *apud*, GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. 9 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015, p 329.

⁴¹ FRANÇA, Geneval Veloso. *Privação momentânea dos sentidos no direito brasileiro*. Disponível em <http://www.derechoycambiosocial.com/revista018>. Acesso em 15 de outubro de 2015, as 16:00 horas.

substituído por um motivo que naquele instante faz sua revolta parecer justa.⁴²

No que se refere ao termo “*logo em seguida à provocação da vítima*”, de acordo com a doutrina, deve haver tempo razoável entre a provocação que gerou o domínio da violenta emoção, devendo-se analisar tais fatos pela razoabilidade do homem médio, bom senso. (MORAES, 2014).

2.1.2 Homicídio qualificado

As qualificadoras do crime de homicídio estão taxativamente previstas no art. 121, §2º, do Código Penal a saber:

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: (Incluído pela Lei nº 13.142, de 2015). § 2º-A Considera-se que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve: (Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015) I - violência doméstica e familiar; (Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015); II - menosprezo ou discriminação à condição de mulher. (Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015)⁴³

Considerando que o presente trabalho não tem como finalidade esgotar o tema, traçaremos algumas considerações gerais sobre algumas das modalidades acima previstas.

⁴² Idem.

⁴³ BRASIL, Código Penal. Disponível em www.almg.gov.br. Acesso em 22 de outubro de 2015, as 14:00 horas

I – Mediante paga ou promessa de recompensa, ou por motivo torpe

De acordo com Guilherme de Souza Nucci:

torpe é atributo 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.⁴⁴

A paga ou prometida promessa, de acordo com a melhor doutrina, por se tratar de circunstância elementar do delito “*se comunica, de forma que tanto aquele que ordenou a prática do crime quanto aquele que executou o ato em si respondem pela infração penal do art. 121 em sua forma qualificada*”,⁴⁵ é o crime vulgarmente conhecido como por encomenda, ou matança de aluguel.

II. Motivo fútil

Nas palavras de Guilherme Souza Nucci:

motivo fútil significa que a causa fomentadora da eliminação da vida alheia calcou-se em elemento insignificante se comparado com o resultado provocado. Portanto, é flagrante a desproporção entre o motivo e o resultado obtido.⁴⁶

Atualmente observa-se na doutrina uma grande discussão acerca do ciúmes, como qualificador do crime de homicídio.

De um lado, parte da doutrina sustenta que trata-se de qualificadora do inciso I, do art. 121, §2º, do Código Penal e, de outro lado, sustentam que não se trata de qualificadora.

Todavia, conforme lições de Rogério Greco, “*segundo entendimento preponderante na jurisprudência, não pode ser considerado torpe o crime cometido por ciúmes*”. (TJMG, Processo 1.0433.04.138532-4/001, Rel. Min. Paulo Cesar Dias, pu. 19/04/2006).⁴⁷

⁴⁴ Nucci, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 2005. São Paulo: Revista dos tribunais, p. 310.

⁴⁵ Idem.

⁴⁶ Ibidem, p. 564.

⁴⁷ GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. 9 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015, p 331.

Ainda, no mesmo sentido é a jurisprudência ao tratar sobre a vingança: “a vingança, por si só, não enseja motivo torpe, sendo necessário que o fato que a originou seja repugnante ou vil (TJMG, Processo 1.00000.00.297424-7, Rel. Min. Mercêdo Moreira, pub. 12/03/2003)”⁴⁸

Damásio de Jesus cita como exemplos do primeiro: “matar por ódio de classe, matar por vaidade”, e aponta como modelo do segundo: “matar o cobrador porque errou o troco; matar o garçom porque encontrou uma mosca na sopa”.⁴⁹

III. Meio insidioso, cruel, ou que provoque perigo comum, tais como, veneno, fogo, explosão, asfixia ou tortura

Conceitua-se meio insidioso “como sendo algo camuflado, uma conduta verdadeiramente traiçoeira, como ocorre no referido caso do emprego de substância venenosa.”⁵⁰

Por outro lado, cruel:

é vocábulo sinônimo de duro, insensível, desumano, cruento. Logo, conceitua-se meio cruel como aquele que causa na vítima desnecessário sofrimento. Tem-se por cruéis os homicídios cometidos com fogo, asfixia, ou através da prática de tortura. Ressalte-se que asfixia não se confunde com enforcamento.⁵¹

Ainda, outra forma de qualificadora é o emprego de meio capaz de provocar perigo comum, onde:

o agente, além de atingir seu objetivo de ceifar a vida da vítima, pode ainda provocar outros resultados danosos, como lesões corporais e até outros homicídios, tendo por sujeitos passivos cidadãos diversos. Pode-se fornecer como exemplo clássico dessa hipótese o homicídio perpetrado através da explosão de uma bomba.⁵²

⁴⁸ Idem.

⁴⁹ JESUS, Damásio, *apud*, LUCAS, Ana Cláudia. *Crime de homicídio: torpe ou fútil*. <http://profeanaclaudialucas.blogspot.com.br/2010/05/crime-de-homicidio-torpe-ou-futil.html>. Acesso em 15 de outubro de 2015, as 16:00 horas.

⁵⁰ LAURI, Thiago. *As Qualificadoras no Crime de Homicídio*. Disponível em http://www.jurisway.org.br/v2/info_coordenador.asp?id=7. Acesso em 15 de outubro de 2015, as 16:00 horas.

⁵¹ LAURI, Thiago. *As Qualificadoras no Crime de Homicídio*. Disponível em http://www.jurisway.org.br/v2/info_coordenador.asp?id=7. Acesso em 15 de outubro de 2015, as 16:00 horas.

⁵² Idem.

IV. Meio que impossibilitou ou dificultou a defesa da vítima: traição, emboscada e dissimulação

O art. 121, §2º menciona a traição, a emboscada e a dissimulação como situações que qualificam o homicídio. Veja-se que tais circunstâncias têm em comum o caráter da surpresa, onde elimina da vítima qualquer possibilidade de defesa ou reação.

De acordo com o doutrinador Thiago Laurin:

É um comportamento sorrateiro do agente, onde a vítima tem sua possibilidade de reação reduzida ou até eliminada por completo. Todos os exemplos mencionados possuem entre si uma característica em comum, qual seja a surpresa.⁵³

2.1.3 Homicídio culposo

Como a própria denominação nos faz afirmar, homicídio culposo será configurado quando restar ausente o dolo, e o resultado decorrer de conduta abraçada pelo instituto da culpa, ou seja, decorrer de imprudência, imperícia ou negligência.

Extrai-se do julgamento do Resp. 22.557/SP, de Relatoria do Ministro Haroldo Rodrigues que:

homicídio culposo é aquele em que o agente produz o resultado morte por ter agido com imprudência, imperícia ou negligência, situando-se a causa de aumento de pena referente à inobservância de regra técnica de profissão no campo da culpabilidade, demonstrando que o comportamento do agente merece uma maior censurabilidade.⁵⁴

Feitas tais considerações sobre o crime de homicídio, passamos a dissertar sobre o crime de lesão corporal.

⁵³ Idem.

⁵⁴ GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. 9 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015, p 331.

2.2 LESÃO CORPORAL

Inicialmente, vale salientar que o presente trabalho não tem como objetivo dissertar de forma aprofundada sobre o crime de Lesão Corporal.

Todavia, para melhor elucidação do assunto, mister traçar algumas considerações acerca de Lesão, Lesão Grave e Lesão Gravíssima, estando todas previstas no art. 129, do Código Penal.

Dispõe o art. 129, do Código Penal *in verbis*:

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 § 6º Se a lesão é culposa: Pena - detenção, de dois meses a um ano.⁵⁵

Observa-se da leitura do artigo 129, do Código Penal, que a lesão corporal pode ocorrer de seis formas diversas, sendo: Lesão corporal leve, prevista no *caput*, do art. 129; Lesão corporal grave, prevista o art. 129, §1º, do CP; Lesão corporal gravíssima, prevista no art. 129, §2º, do CP; Lesão corporal seguida de morte, prevista no art. 129, §3º, do CP; Lesão corporal culposa, prevista no art. 129, §6º, do CP.

“Ofender” é o verbo que extraímos do art. 129, *caput*, do Código Penal; é onde localiza o núcleo do tipo: “ofender a integridade”.

O termo ofender, morfológicamente falando, vem do latim *offendere*, que significa ofender, “*utilizada no sentido de fazer mal a alguém, lesar, ferir atacar, etc.*”⁵⁶

De acordo com o doutrinador Cesar Roberto Bittencourt:

A conduta típica do crime de lesão corporal consiste isto é, lesar, ferir a integridade corporal ou a saúde de outrem. Ofensa à

⁵⁵ BRASIL, Código Penal. Disponível em www.almg.gov.br. Acesso em 22 de outubro de 2015, as 14:00 horas

⁵⁶ GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. 9 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015, p. 364.

integridade corporal compreende a alteração, anatômica ou funcional, interna ou externa, do corpo humano, como, por exemplo, equimoses, luxações, mutilações, fraturas etc.⁵⁷

Em complemento ao conceito acima, prossegue:

O elemento subjetivo do crime de lesões corporais é representado pelo *dolo*, que consiste na vontade livre e consciente de ofender a integridade física ou a saúde de outrem. É insuficiente que a ação causal seja voluntária, pois no próprio *crime culposo*, de regra, a ação também é voluntária. É necessário, com efeito, o *animus laedendi*.⁵⁸

Esta exigência do dolo, conhecido também como *animus laedendi*, pode-se afirmar que trata-se do dolo de causar lesão, ou seja, vontade livre do agente em causar a lesão.

O Código Penal, levando-se em conta a extensão da Lesão sofrida pela vítima, classificou as lesões em simples e qualificadas, as quais veremos a seguir, cronologicamente, observando a disposição legal. (art. 129, do Código Penal)

2.2.1 Lesão corporal grave

São quatro hipóteses levantadas pelo legislador como lesões corporais graves, quais sejam: “§ 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”⁵⁹

Quanto aos incisos I e II, a descrição legal da conduta não necessita de explicação mais detalhada.

Por outro lado, quanto ao perigo de vida (II), é preciso tecer algumas considerações.

Nota-se que o perigo de vida decorre da ofensa à integridade da vítima, deflagrando-se como qualificadora, assim, deve-se analisar o dolo tão-somente na

⁵⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial*. 15. ed. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 198.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 199.

⁵⁹ BRASIL, Código Penal. Disponível em www.almg.gov.br. Acesso em 22 de outubro de 2015, as 14:00 horas

lesão, ou se houve dolo na qualificadora, ou seja, deve-se verificar se a intenção do agente era ofender ou matar.

Se existir dolo no caso concreto somente quanto à lesão, fala-se em lesão corporal grave; se houver dolo quanto à qualificadora, ou seja, se ficar demonstrado que o agente ofendeu com intenção de colocar a vítima em perigo de vida, tem-se tentativa de homicídio.

Assevera Rogério Greco que trata-se de conduta preterdolosa:

sendo as lesões corporais qualificadas pelo perigo de vida um crime eminentemente preterdoloso, ou seja, havendo dolo no que diz respeito ao cometimento das lesões corporais e culpa quanto ao resultado agravador. Se o agente quando agredia a vítima, atuava com dolo no sentido de causar-lhe perigo de vida, na verdade agia com o dolo do delito de homicídio, razão pela qual, sobrevivendo a vítima, deverá responder por tentativa de homicídio e não por lesão corporal qualificada pelo perigo de vida.⁶⁰

Quanto ao inciso IV, “aceleração do parto”, de acordo com a melhor doutrina, a expressão deveria ser substituída por antecipação do parto.

De acordo com Julio F. Mirabete:

acelera-se aquilo que já está em movimento. Portanto, quando se diz que a lesão produziu aceleração do parto, parece subentender-se que o parto já se processava. Esta claro que não é isso, e sim antecipação do parto, que o legislador quis punir.⁶¹

Vale lembrar que o reconhecimento desta qualificadora exige conhecimento prévio do agente do estado de gravidez da vítima. Ainda, conforme veremos a seguir, caso a lesão vier a dar causa à morte do feto, estaremos diante de lesão corporal gravíssima (art. 129, §2º, do CP)

2.2.2 Lesão corporal gravíssima

Causas de lesão corporal gravíssima:

⁶⁰ GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. 9 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015, p. 368.

⁶¹ Mirabete, Julio Fabbrini. Fabbrini. Renato N. *Manual de Direito Penal Parte Especial*. Volume 2. 26ª Edição. São Paulo: Atlas. 2009. P. 32.

Art. 129, § 2º, do Código Penal: 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.

No que tange à incapacidade para o trabalho, primeira hipótese de lesão gravíssima, restando comprovado que a vítima, em decorrência da lesão sofrida, seja de forma dolosa ou culposa, ficou permanentemente incapaz para seu labor, responderá o agente causador como lesão corporal gravíssima.

Segunda hipótese apontada no §2º, do art. 129, do Código Penal, é a enfermidade incurável.

Ficou a cargo da doutrina a conceituação de enfermidade incurável. Rogério Greco, com muita propriedade, a define como:

há que se salientar que enfermidade é um processo patológico em curso, logo, enfermidade incurável é a doença cuja curabilidade não é obtida, no atual estágio de desenvolvimento da medicina. Trata-se de doença que a medicina, em seu atual estado 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.⁶²

Ademais, conforme veremos no terceiro capítulo, além das doenças acima mencionadas, a Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (SIDA/AIDS), se amolda também na presente hipótese de lesão corporal gravíssima.

Lado outro, terceira hipóteses legal de lesão corporal gravíssima é a Perda ou Inutilização do Membro, Sentido ou Função (art. 129, §2º, inc. III, do Código Penal).

Para Rogério Greco a perda ou inutilização do membro, sentido ou função, consiste:

na ablação de qualquer membro, inferior ou superior, ou ainda sua completa inutilização. Cuida anotar que ablação pode ser decorrente de mutilação (causada por uma violência), amputação (decorrente de procedimento cirúrgico) com a inutilização, em que o membro ou órgão, conquanto ainda esteja ligado ao corpo, não possui capacidade funcional. Isto é, ainda que exista o membro, fato é que este não possui qualquer capacidade física que viabilize sua utilização. Se as lesões sofridas pela vítima fazem com que seu braço, embora fisicamente ainda preso ao seu corpo, não possa mais ser utilizado para qualquer movimento rotineiro, o caso será de inutilização.⁶³

⁶² GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. 9 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015, p. 368.

⁶³ GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. 9 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015, p. 368.

Ainda, temos também a lesão gravíssima causada que decorre de deformidade permanente, prevista no art. 129, §2º, inc. IV, do Código Penal.

Esta modalidade está intimamente ligada à questão estética, à aparência da vítima. Se em decorrência da lesão houver mudança estética na vítima, e que esta alteração da aparência tenha caráter permanente, fala-se em “deformidade permanente”.

Segundo Fernando Capez, sobre a deformidade permanente, assim disserta:

Deformidade é o dano estético de certa monta. Permanente é a deformidade indelével, irreparável. Entende-se por irreparável a deformidade que não é passível de ser corrigida pelo transcurso de tempo. Assim, não deixa de configurar deformidade permanente a utilização de artifícios que a camuflam, por exemplo, orelha de borracha, substituição do olho natural por olho de vidro, uso de aparelho ortopédico. [...] Deve o dano estético ser de certa monta, o que exclui, por exemplo, as pequenas cicatrizes, a perda de dente, mas não é necessário que ele atinja os limites de coisa horripilante ou aleijão.⁶⁴

No mesmo sentido, Pierangeli assevera que:

a deformidade não precisa ser impressionante, por assim dizer monstruosa, como exigem alguns autores, mas não pode deixar de constituir uma modificação do aspecto exterior do corpo de relativa importância, perceptível à visão e permanente.⁶⁵

Por fim, última hipótese de lesão corporal gravíssima é o aborto, que não padece de muitas delongas. Restado comprovado que em decorrência da lesão sofrida a vítima sofreu aborto, mister este enquadramento.

Vale salientar, contudo, que conforme entendimento jurisprudencial majoritário, caso o agente tenha a pretensão de causar o aborto, responderá em concurso com o crime de lesão corporal.

Nesse sentido, colaciona-se o seguinte julgado:

Ementa: Apelação-Crime. Lesão Corporal Gravíssima. Materialidade e Autoria comprovadas. Aborto causado por queda da vítima, decorrente de violento empurrão desferido pelo réu. Comprovação de que o réu tinha

⁶⁴ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal - Parte Especial - vol. 2*. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 146.

⁶⁵ PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte especial (arts. 121 a 234)*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 136.

pleno conhecimento da gravidez da vítima. Condenação que se impunha. Apelo improvido.⁶⁶

Analisando as considerações feitas sobre o crime de lesão corporal grave e gravíssima, passamos a dissertar sobre o crime de perigo de contágio venéreo e moléstia grave.

2.3 PERIGO DE CONTÁGIO VENÉREO E MOLÉSTIA GRAVE

Em relação ao crime previsto no art. 130, “*perigo de contágio venéreo*”, observa-se que o ordenamento tutela nesta espécie penal a vida e a saúde do ser humano, podendo a conduta ser cometida por qualquer pessoa que esteja contaminada por Doença Sexualmente Transmissível, e que venha a contaminar outra pessoa.

Dispõem os arts. 130 e 131, 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 reclusão de 1 a 4 anos e multa. Art. 131 – 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.⁶⁷

Verifica-se que o tipo penal do art. 130 é aberto, ou seja, para sua aplicabilidade demanda complementação, cabendo à medicina a definição de moléstia venérea.

De acordo com as lições de Fabio F. 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 resultado de práticas sexuais variadas. Estes agentes são propícios para 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

⁶⁶ BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Primeira Câmara Criminal/ Apelação Crime Nº 70034181941/ Relator Desembargador Manuel José Martinez Lucas/ Julgado em 14.04.2010. Disponível em www.tjmg.jus.br. Acesso em 20 de outubro de 2015 as 15:00 horas.

⁶⁷ BRASIL, Código Penal. Disponível em www.almg.gov.br. Acesso em 22 de outubro de 2015, as 14:00 horas

comuns são: gonorréia (blenorragia), (blenorragia), sífilis, condiloma acuminado, clamídias, herpes, tricomonas, cancroíde (cancro mole), granuloma inguinal, fungos (monilíase), escabiose e piolho.⁶⁸

Ao dissertar acerca do crime do art. 130, do Código Penal, Rogério Greco assevera que:

o núcleo expor, contido no art. 130, do Código Penal, demonstra a natureza da infração penal em estudo, tratando-se, portanto, de crime de perigo, pois que não exige o dano ao bem juridicamente tutelado, que ocorreria com a efetiva transmissão da moléstia venérea. Assim, basta que a vítima tenha sido exposta ao perigo do contágio, mediante a prática de relações sexuais, ou qualquer ato de libidinagem, de moléstia venérea de que o agente sabia, ou pelo menos devia saber estar contaminado, para que se caracteriza a infração penal em exame.⁶⁹

Lado outro, no que tange à disposição do art. 131, “*contágio de moléstia grave*”, observa-se pela leitura do tipo que diversamente do art. 130, não se exige para configuração do delito que o ato praticado tenha natureza sexual ou libidinosa, sendo a conduta é livre.

Assim sendo, conforme lição de Fábio F. Dias:

Em resumo, se na situação concreta a doença for grave, mas não for venérea e se der por ato sexual e/ou libidinoso, ou, em sendo venérea, não se der por ato sexual e/ou libidinoso, incidirá o artigo 131 do Código Penal, pois neste não se exige uma forma específica de se expor a vítima a perigo de contágio, sequer uma natureza específica da doença, contanto que seja enfermidade grave.⁷⁰

Por fim, feitas tais considerações, conforme acima mencionadas, passamos a analisar o crime de perigo para a vida ou saúde de outrem.

2.4 PERIGO PARA A VIDA OU SAÚDE DE OUTREM

Inicialmente, verifica-se que a preocupação do dispositivo é preservar a vida e a saúde da pessoa humana, sendo que a exposição desses bens jurídicos á perigo, já é considerado como crime, conforme dispõe o art. 132, do Código Penal:

⁶⁸DIAS, Fábio F. *Perigo de contágio venéreo*. <http://www.unifra.br/professores/fabiofdias>. Acesso em 22/10/2015 as 13:59 horas.

⁶⁹ GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. 9 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015, p 378.

⁷⁰ DIAS, Fábio F. *Perigo de contágio venéreo*. <http://www.unifra.br/professores/fabiofdias>. Acesso em 22/10/2015 as 13:59 horas.

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 decorre do transporte ou se pessoas para a prestação de serviços em estabelecimento de qualquer natureza em desacordo com as normas legais.⁷¹

Rogério Greco, ao citar Guilherme de Souza Nucci, esclarece que nesta espécie penal:

o risco palpável de dano voltado a pessoa determinada. A conduta do sujeito exige, para configura este delito, a inserção de uma vítima certa, numa situação de risco real – e não presumido, experimentando uma circunstância muito próxima do dano. (...) o dano é iminente, mas o perigo é atual (...) o perigo iminente é uma situação quase impalpável e imperceptível (poderíamos dizer, penalmente irrelevante), pois falar em perigo já é cuidar de uma situação de risco, que é imaterial, fluida, sem estar claramente definida.⁷²

Exemplificando o tipo penal, colacionam-se os seguintes julgados:

AMEAÇA. ARTIGO 147 DO CÓDIGO PENAL . EXPOSIÇÃO DA SAÚDE OU DA VIDA DE OUTREM A PERIGO DIRETO E IMINENTE. ART. 132 DO CP . SENTENÇA CONDENATÓRIA MANTIDA. Autoria suficientemente comprovada em relação à ameaça idônea, causadora de real temor na vítima, a ensejar a manutenção da sentença condenatória. Exposição a perigo direto e iminente que resta caracterizada pela abrupta e intencional manobra de trânsito realizada em rodovia, consistente em "cortar" a frente do veículo em que se encontravam as vítimas, a denotar a existência de perigo concreto. Sentença que, inclusive em relação à pena aplicada, não comporta qualquer alteração, impondo-se, ao revés, a confirmação por seus próprios fundamentos. RECURSO IMPROVIDO.⁷³

A seguir, no terceiro capítulo, trataremos acerca do enquadramento legal do agente que, deliberadamente, transmite a terceiro o Vírus HIV, partindo de uma análise doutrinária e jurisprudencial.

⁷¹ BRASIL, Código Penal. Disponível em www.almg.gov.br. Acesso em 22 de outubro de 2015, as 14:00 horas.

⁷² NUCCI, Guilherme de Souza, *apud*, GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. 9 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015, p 383.

⁷³ BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Recurso Crime Nº 71004584660, Turma Recursal Criminal, Turmas Recursais, Relator: Luiz Antônio Alves Capra, Julgado em 14/04/2014. Disponível em www.jusbrasil.com.br. Acesso em 18 de outubro de 2015, as 16:00 horas.

CAPITULO III – DA TRANSMISSÃO DA AIDS E SEU POSICIONAMENTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO PENAL BRASILEIRO

3.1 ENQUADRAMENTO JURÍDICO-PENAL DA AIDS

Frise-se que o motivo primordial que levou à escolha do tema se baseou na triste doença grave e contagiosa que se propaga na sociedade contemporânea e a dificuldade de adequar às diversas condutas do agente transmissor, nas Leis Penais pertinentes, a AIDS.

Não obstante a gravidade da doença, fato que vem sendo cada vez mais freqüente em nossa sociedade, é a contaminação voluntária do vírus da HIV, seja através de relações sexuais desordenadas, ou utilização de drogas injetáveis de forma compartilhada, e por outras formas menos comuns.

Em que pese a grande dificuldade na identificação dos transmissores, é certo que essas condutas não podem ficar impunes. São raros os casos em que a vítima traz ao conhecimento público o fato de que foi contaminado pelo vírus HIV, haja vista, o preconceito existente, o que leva às raras procura de solução judicial.

É fato que em uma sociedade preconceituosa como a nossa, o portador do vírus HIV, depois que tem conhecimento da situação, é estigmatizado duplamente, como marginal e por ser portador de doença transmissível.

O medo de trazer sua condição de vítima ao domínio público é explicável, na medida em que nenhuma outra patologia atinge o indivíduo em sua imagem social como a AIDS. É uma parte de sua vida íntima que cai no domínio público.

Todavia, é necessário enfatizar que com o avanço da tecnologia e o descobrimento de medicamentos eficazes no tratamento das infecções oportunistas que agem sobre o HIV, a AIDS, ao longo dos anos mudou radicalmente o seu caráter, de doença letal está se tornando uma doença crônica.

Diante destas evoluções, a doutrina e a jurisprudência, passa discutir e levantar novos aspectos no que tange à punição do agente que voluntariamente transmite o vírus HIV.

Passou-se a discutir, especificamente, em qual tipo penal se enquadraria o autor da conduta, haja vista que a AIDS hoje deixa de ser uma “condenação à morte”, e passou a ser uma doença crônica.

Diante desse quadro, surgiu na doutrina e na jurisprudência três grandes correntes que trataram sobre o assunto, as quais veremos a seguir.

3.2 CORTEJO COM OS CRIMES PENAIS JÁ EXISTENTES NO CÓDIGO PENAL

A contaminação voluntária do vírus HIV tem encontrado na doutrina e na jurisprudência diversos posicionamentos. Destacamos, no entanto, três correntes doutrinárias que tratam o assunto com maior propriedade.

De um lado, temos a primeira corrente, que assevera o enquadramento do agente transmissor voluntário da AIDS como homicídio consumado (art. 121, *caput*, do Código Penal), caso de morte, ou lesão corporal grave (art. 129, §2º, II), do Código Penal.

Esta corrente, preconizada por Julio Fabrini Mirabete, sustenta que haverá sempre dolo na contaminação voluntária, haja vista que o conhecimento da doença é fato preexistente à conduta, seja a transmissão por relação sexual ou não.

De acordo com Mirabete:

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.⁷⁴

Assim, de acordo com o autor acima mencionado, caso haja a morte, o agente responderá por homicídio consumado; e caso não ocorra a morte responderá o agente por lesão corporal, grave, haja vista resultado de enfermidade incurável (art. 129, §2º, II, do Código Penal).

Por outro lado, destoando parcialmente da corrente acima descrita, posiciona-se Rogério Greco e Fernando Capez ao afirmar que nos casos de contaminação voluntária do HIV, o agente responderá sempre por homicídio, seja ele tentado, quando a vítima ainda está viva, ou consumado, com o evento morte.

⁷⁴ MIRABETE, Julio Fabbrini, FABBRINI, Renato N. *Manual de Direito Penal*. Volume II. 28ª. Ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 29.

Defende Greco que “*embora o coquetel medicamentoso possa ampliar em muito a sobrevida, permanece a moléstia sendo letal*”⁷⁵. Outro não é entendimento de Fernando Capez, ao arrolar “*dentre os “meios patogênicos” de prática do homicídio a transmissão do vírus da AIDS ou outros de caráter letal*”.⁷⁶

Ainda, nesse sentido, são as lições de Guilherme de Souza Nucci, ao afirmar que:

AIDS: a síndrome da imunodeficiência adquirida não é doença venérea, pois ela possui outras formas de transmissão que não são as vias sexuais. Assim, caso o portador do vírus – ainda considerando letal pela medicina – da AIDS mantenha relação sexual com alguém, disposto a transmitir-lhe o mal, poderá responder por tentativa de homicídio ou homicídio consumado, conforme o caso.⁷⁷

Ainda, no mesmo sentido, leciona Cleber Masson, *in verbis*:

O homicídio pode ser praticado por meio de relações sexuais ou ato libidinoso. É o que ocorre com a AIDS (síndrome da imunodeficiência adquirida), doença fatal e incurável. Se o portador do vírus HIV consciente da letalidade da moléstia, efetua intencionalmente com terceira pessoa ato libidinoso que transmite a doença, matando-a, responderá por homicídio doloso consumado. E, se a vítima não falecer, a ele deverá ser imputado o crime de homicídio tentado.⁷⁸

Por fim, tem-se a terceira e última corrente, que sustenta a tipificação da lesão corporal gravíssima, por resultar enfermidade incurável, como a mais acertada para o enquadramento penal do agente transmissor voluntário do HIV.

Para se chegar a uma resposta mais correta ao caso em comento, ou seja, para se apurar em qual tipo penal melhor se enquadra o agente transmissor voluntário da AIDS, não se pode perder de vista que o Direito Penal, com base na teoria finalista, parte da análise da vontade humana, consciente e dirigida a uma determinada finalidade.

De forma diversa não poderia ser no caso em comento. Discute-se aqui em qual tipo penal o agente transmissor voluntário da AIDS deve responder por sua conduta.

⁷⁵ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. Volume II. 8ª. Ed. Niterói: Impetus, 2011, p. 185.

⁷⁶ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. Volume 2. 12ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 25.

⁷⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 5ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: RT, 2006.) Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/12051/transmissao-voluntaria-do-virus-da-aids-e-suas-consequencias-penais#ixzz3ojkw7U4f>.

⁷⁸ MASSON, Cleber. *Direito Penal*. Parte Especial Esquemático. 4 ed. Vol. 2, p. 15.

Assim, por exemplo, para se apurar o delito de homicídio, deve-se analisar se o agente, quando da realização da conduta, possuía o desejo de matar, o que chamamos na doutrina penal de *animus necandi*, já mencionado no capítulo antecedente.

Portanto, na transmissão voluntária do HIV não se pode verificar, quando da conduta do agente, a vontade e a consciência de que seu ato irá causar a morte da vítima.

Para o Direito Penal

a consciência e a vontade, que representam a essência do dolo, também devem estar presentes no dolo eventual. Para que este se configure é insuficiente a mera ciência da probabilidade do resultado morte ou a atuação consciente da possibilidade concreta da produção desse resultado, como sustentam os defensores da teoria da probabilidade. É indispensável determinada relação de vontade entre o resultado e o agente, e é exatamente esse elemento volitivo que distingue o dolo da culpa.⁷⁹

Assim, sendo, estando ausentes os requisitos da tipicidade do delito de homicídio no caso em discussão, como poderá o agente responder por essa tipificação? Por óbvio, portanto, que o tipo penal que amolda-se a esta conduta, será aquela que atualmente vem sendo aplicada no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, qual seja: responderá o agente por lesão corporal gravíssima, nos termos do art. 129, §2º, II, do Código Penal.

Nesse sentido, veja-se:

APELAÇÃO LESÃO CORPORAL DE NATUREZA GRAVÍSSIMA TRANSMISSÃO DE VÍRUS HIV PROVA INCONTROVERSA DE QUE O RÉU SABIA SER PORTADOR DA DOENÇA DOLO EVIDENCIADO MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO PERDÃO JUDICIAL INAPLICABILIDADE AOS CRIMES DOLOSOS CONCESSÃO DE SURSIS ESPECIAL. 1. Contendo os autos prova incontroversa de que o apelante sabia ser portador do vírus HIV desde data anterior aos fatos narrados na denúncia, impositiva a manutenção de sua condenação por transmitir à companheira a enfermidade incurável. 2. O perdão judicial é causa extintiva da punibilidade aplicável a casos especiais quando o resultado atinge de tal modo o agente que inútil a pena. Tal instituto é aplicável apenas aos crimes culposos e não aos dolosos ou àqueles agravados pelo resultado. 3. Comportando o caso concreto a concessão de sursis especial, nos termos do artigo 78, §2º, do Código Penal, suspende-se a pena, o instituto é mais benéfico ao réu. PARCIAL PROVIMENTO (Apelação Crime Nº 70028856680, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Elba Aparecida Nicolli Bastos, Julgado em 30/04/2009).

⁷⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1, p. 45.

Ainda, no mesmo sentido, colhe-se o seguinte precedente do 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 à 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).

Corroborando com os Tribunais mencionados, assim também se posicionou o Superior Tribunal de Justiça, ao julgado o HC nº 160.982/DF, *in verbis*:

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, a conduta deverá ser apenada com mais rigor do que o ato de contaminar outra pessoa com moléstia grave, conforme previsão clara do art. 129, § 2.º inciso II, do Código Penal**. 4. A alegação de que a Vítima não manifestou sintomas não serve para afastar a configuração do delito previsto no art. 129, § 2, inciso II, do Código Penal. É de notória sabença que o contaminado pelo vírus do HIV necessita de constante acompanhamento médico e de administração de remédios específicos, o que aumenta as probabilidades de que a enfermidade permaneça assintomática. Porém, o tratamento não enseja a cura da moléstia. 5. Não pode ser conhecido o pedido de sursis humanitário se não há, nos autos, notícias de que tal pretensão foi avaliada pelas instâncias antecedentes, nem qualquer informação acerca do estado de saúde do

Paciente. 6. Habeas corpus parcialmente conhecido e, nessa extensão, denegado.⁸⁰ (grifos nossos)

No mesmo sentido, extrai-se o atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal, registrado no HC 160/982/DF, que consolidou seu entendimento de que a transmissão do vírus da AIDS, de forma voluntária, amolda-se ao tipo penal do art. 129, §º, II, do Código Penal.

Com grande clareza e coerência, sustenta a Ministra Laurita Vaz 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.(grifo nosso)⁸¹

Prossegue a Ministra, em seu voto sustentando que:

a AIDS enquadra-se perfeitamente no conceito de doença incurável, como previsto no artigo 129, § 2º, II, do CP. Não havendo, assim, que se cogitar de tipificar a conduta como sendo crime de perigo de contágio venéreo (art. 130, CP) ou perigo de contágio de moléstia grave (art. 131, CP).⁸²

A Ministra ainda acrescentou que o fato de a vítima ainda não ter manifestado sintomas não exclui o delito, pois é notório que a doença requer constante tratamento com remédios específicos para aumentar a expectativa de vida, mas não para cura.⁸³

Diante destas considerações, pode-ser dizer que embora haja divergência doutrinária e jurisprudencial sobre qual modalidade de crime responde o agente transmissor voluntário do vírus HIV, de formar mais acertada posiciona-se aqueles que sustentam tratar-se de lesão corporal gravíssima, pelos fatos acima transcritos.

⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federa 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 30 de outubro de 2015., as 15:45 horas.

⁸¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 160982/DF, 5ª Turma, Rel. Min. Laurita Vaz. Julgado em 17 mai. 2012. Publicado no DJe em 28 mai. 2012. Disponível m:http://stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=105876. Acesso em 29 mai. 2012.

⁸² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 160982/DF, 5ª Turma, Rel. Min. Laurita Vaz. Julgado em 17 mai. 2012. Publicado no DJe em 28 mai. 2012. Disponível m:http://stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=105876. Acesso em 29 mai. 2012.

⁸³ Idem.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante todo o trabalho aqui exposto, chega-se a conclusão que é necessário analisar o assunto, tipificando no ordenamento penal brasileiro a transmissão voluntária da AIDS como crime, haja vista a patente divergência doutrinária e jurisprudencial que circunda o tema.

Inicialmente, sabe-se que AIDS deixou de ser somente um problema científico. A síndrome diz respeito a um conjunto de sinais e sintomas que podem ser produzidos por mais de uma causa, como pode se observar no decorrer do trabalho.

Porém, há uma grande divergência doutrinária e jurisprudencial, tendo vários entendimentos e diversas correntes que versam sobre o assunto.

Considerando que, homicídio e lesão corporal gravíssima são duas correntes fortes, vários doutrinadores acreditam que tal conduta poderá ser usadas nos dispositivos do Código Penal Brasileiro, dispensando-se a criação de novo tipo penal.

Porém, é de grande importância que seja estabelecido um entendimento único e próprio para a conduta do agente transmissor deliberado do vírus HIV, pois como o ordenamento penal brasileiro ainda não criou um dispositivo específico para tal crime, é necessário que isso ocorra no menor tempo de espaço possível, para a solução mais apropriada dessa grave questão.

Faz-se necessário então, a criação de uma nova proposta legislativa coerente ao crime cometido, tendo em vista a gravidade da conduta e o aumento gradativo de pessoas contaminadas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AURÉLIO, Dicionário. Disponível em: <http://dicionariodoaurelio.com/aids>. Acesso em 04 de outubro de 2015.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial*. Volume 2, 15ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL, Código Penal, apud, GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. 9ª edição. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

BRASIL, Código Penal. DECRETO-LEI No 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940. Disponível em: www.almg.gov.br. Acesso em 10 de maio de 2015.

BRASIL, Código Penal. Disponível em www.almg.gov.br. Acesso em 15 de outubro de 2015.

BRASIL, DST – AIDS E HEPATITE VIRAL. Disponível em <http://www.aids.gov.br/pagina/formas-de-contagio>. Acesso em 04 de outubro de 2015.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Primeira Câmara Criminal/ Apelação Crime Nº 70034181941/ Relator Desembargador Manuel José Martinez Lucas/ Julgado em 14.04.2010. Disponível em www.tjmg.jus.br. Acesso em 20 de outubro de 2015.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Recurso Crime Nº 71004584660, Turma Recursal Criminal, Turmas Recursais, Relator: Luiz Antônio Alves Capra, Julgado em 14/04/2014. Disponível em www.jusbrasil.com.br. Acesso em 18 de outubro de 2015.

BRASIL. Constituição Federal. Disponível em www.almg.gov.br. Acesso em 12 de setembro de 2015.

BRASIL. HC 98712/SP. Relator Ministro Marco Aurélio. MOLÉSTIA GRAVE – TRANSMISSÃO - HIV - CRIME DOLOSO CONTRA A VIDA VERSUS O DE TRANSMITIR DOENÇA GRAVE Julgado em 05.10.10 - Primeira Turma. DJe 16.12.10. Disponível em: www.stf.jus.br/jurisprudencia. Acesso em 10 de maio de 2015.

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 30 de outubro de 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 95464, Relator (a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 03/02/2009, DJe-048 DIVULG 12-03-2009 PUBLIC 13-03-2009 EMENT VOL-02352-03 PP-00466. Acesso em 12 de setembro de 2015.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal Parte Especial*. Volume 2. 10ª edição. São Paulo: Saraiva. 2010.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. volume 2, 12ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

CERA, Denise Cristina Mantovani. O que se entende por fato típico e os elementos que o compõem? Disponível em http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20101129131026745. Acesso em 10 de junho de 2015.

CONVENÇÃO AMERICANA DOS DIREITOS HUMANOS. o art. 4º, da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos. Disponível em http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em 12 de setembro de 2015.

CUNHA, Rogério Sanches. *Direito Penal Parte Especial*. Volume 3, 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010.

DIAS, Fabio F. *Perigo de contágio venéreo*. Disponível em: <http://www.unifra.br/professores/fabiofdias>. Acesso em 22 de outubro de 2015.

DIAS, Maria Berenice. *Direito à vida do nascituro*. Da Constituição ao Código Civil. Réplica ao artigo "Direito fundamental ao aborto. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4365&revista_caderno=9. Acesso em 30 de setembro de 2015.

DIREITO, Enciclopédia Net. Disponível em <http://www.direitonet.com.br/dicionario/exibir/>. Acesso em 15 de outubro de 2015.

DRAUZIO, Varella. *Aids com Dr. Drauzio Varella*. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=0KNtjz35-vl>. Acesso em 04 de outubro de 2015.

FRANÇA, Geneval Veloso. *Privação momentânea dos sentidos no direito brasileiro*. Disponível em <http://www.derechoycambiosocial.com/revista018>. Acesso em 15 de outubro de 2015.

GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. 9ª edição. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. Volume 2, 8ª edição. Niterói: Impetus, 2011.

JESUS, Damásio, apud, LUCAS, Ana Cláudia. *Crime de homicídio: torpe ou fútil*. Disponível em: <http://profeanaclaudialucas.blogspot.com.br/2010/05/crime-de-homicidio-torpe-ou-futil.html>. Acesso em 15 de outubro de 2015.

LAURI, Thiago. *As Qualificadoras no Crime de Homicídio*. Disponível em: http://www.jurisway.org.br/v2/info_coordenador.asp?id=7. Acesso em 15 de outubro de 2015.

MASSON, Cleber. *Direito Penal. Parte Especial Esquematizado*. Volume 2, 4ª edição.

MIRABETE, Julio Fabbrini. Fabbrini. Renato N. *Manual de Direito Penal*. Parte Especial. Volume 2, 26ª edição. São Paulo: Atlas. 2009.

MORAES, Geovane. *Isolada de Direito Penal “começando do zero”*. Disponível em: <https://www.cers.com.br/cursos/diversos-4>. Acesso em 15 de outubro de 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza, apud, GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. 9ª edição. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código de processo penal comentado. 5ª edição. revista, atualizada e ampliada – São Paulo: RT, 2006. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/12051/transmissao-voluntaria-do-virus-da-aids-e-suas-consequencias-penais#ixzz3ojkw7U4f> . Acesso em 15 de outubro de 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Direito Penal*. 10.ª edição revista e ampliada – São Paulo: Revista dos Tribunais, 210.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 2005. São Paulo: Revista dos tribunais.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. São Paulo. RT. 2005.

PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte especial (arts. 121 a 234)*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

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

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.

SOUZA, Reindranath V. A. Capelo de. *O Direito Geral de Personalidade*. Coimbra, Portugal: Coimbra Editora, 1995.

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

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Teoria da tipicidade conglobante*. Disponível em https://pt.wikipedia.org/wiki/Tipicidade_conglobante. Acesso em 10 de junho de 2015.