



• U • C •

FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

UNIVERSIDADE DE COIMBRA
FACULDADE DE DIREITO
2º CICLO DE ESTUDOS EM DIREITO

**A TRANSMISSÃO SEXUAL DO VIH E SUA
PROBLEMÁTICA PARA O DIREITO CRIMINAL
BRASILEIRO E PORTUGUÊS: ANÁLISE DA QUESTÃO À
LUZ DA TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA**

RAQUEL BENCHIMOL GABBAY

Dissertação apresentada no âmbito do 2º Ciclo de
Estudos em Direito da Faculdade de Direito da
Universidade de Coimbra

Mestrado Científico em Ciências Jurídico-
Criminais

Orientadora: Professora Doutora Susana Maria
Aires de Sousa.

Coimbra - Portugal
2015

Dedico este trabalho ao meu pai, Ambrósio José Pereira Neto, à minha mãe, Sonia Benchimol Pereira, e à minha querida e eternamente amada avó, Durvalina Vieira de Sousa (*in memoriam*), por todo o cuidado, amor e carinho despendido.

AGRADECIMENTOS

Ao meu Deus e ao meu Senhor Jesus Cristo pela presença constante em minha vida e na de minha família. Agradeço ao Criador, todo poderoso, pela vida, pelos meus pais e por absolutamente tudo que se passa no decorrer da minha existência, até mesmo pelas dificuldades encontradas no transcorrer do percurso, pelos momentos difíceis e de fraqueza, pois são nestes momentos de provação que eu os busco mais ainda e com isso cresço e me torno mais forte. Graças e louvores sejam dados a ti, Senhor, porque o senhor é um Deus justo e fiel. Meu eterno agradecimento por seres a minha fonte de luz nos momentos de trevas e por sempre lutares por mim e ao meu lado. Não importa o que acontecer ou o tempo que passar, eu sei que os teus olhos sempre estarão em mim e que o senhor cumprirá todas as suas promessas em minha vida.

À Universidade de Coimbra e à Faculdade de Direito que me proporcionaram um período de valiosos estudos e aprendizados.

À professora Doutora Susana Maria Aires de Sousa, na qualidade de minha orientadora e docente da disciplina de Direito Penal, pelos ensinamentos, pelas palavras de incentivo ao longo dessa jornada e pela gentileza de me disponibilizar um pouco de tempo para me nortear na escrita do presente trabalho. Para mim, a professora é um exemplo a ser seguido e em quem eu me espelho para um dia, da mesma forma, poder transmitir o conhecimento.

Aos meus pais, Sonia Benchimol Pereira e Ambrósio José Pereira Neto, por todo o suporte emocional, amor, zelo, cuidado, carinho, estímulo e sacrifício que fizeram e fazem por mim. Agradeço pela abdicação do tempo de vocês e até mesmo de projetos pessoais para me educar, dar uma boa formação acadêmica e a oportunidade de realizar um sonho, que era estudar na Universidade de Coimbra. Obrigada por acreditarem no meu potencial e, principalmente, por me fazerem acreditar que eu posso realizar todos os meus sonhos por meio do estudo, do trabalho, da honestidade, do esforço e da humildade. Vocês são tudo para mim e eu devo tudo o que sou, que alcancei e que ainda alcançarei à vocês. Muito obrigada, meu pai e minha mãe, por nunca terem me desamparado. Vocês são os melhores pais que alguém poderia querer, e à vocês eu dedico esta conquista.

À minha querida e amada avó, Durvalina Vieira de Sousa, por ter me acolhido e amado não só como sua neta, mas como sua filha. Com a minha Estrela aprendi todos os valores que coloco em prática na minha vida e um ditado popular que diz: “Eu sou, eu quero, eu posso e com a ajuda de Deus eu hei de vencer”. Infelizmente, ela não está mais entre nós, mas a voz dela e seus ensinamentos ainda estão vivos em meu coração, pois consigo ouvi-la me desejando o que houver de melhor nessa vida. Ao lado de Deus, com certeza, ela intercede por mim pedindo ao Pai que nunca me abandone e me livre do mal. Por isso, essa conquista também é especialmente dedicada à pessoa que me amou até o seu último suspiro, minha avó Durvalina, o amor da minha vida.

À todos os meus familiares, pelo apoio e incentivo nos momentos mais difíceis, sempre com uma palavra de carinho e esperança. Em especial ao meu tio e padrinho Giovanni de Jesus Vieira, a quem eu também devo meus sinceros agradecimentos por ter me auxiliado no momento da candidatura. Em meio a tantas etapas e procedimentos burocráticos, ele foi o único que, pela minha causa, largou seus afazeres para me auxiliar.

Aos meus colegas de classe e amigos, que me acolheram e me honraram com suas companhias desde o princípio. As amizades construídas jamais serão esquecidas e o meu desejo à todos é que possam construir uma carreira profissional de sucesso.

Em especial, agradeço à minha amiga Rita pela amizade sincera, que foi construída mesmo antes de estarmos no mesmo ambiente acadêmico, ao meu amigo Pedro Machado pela gratificante amizade e ao meu amigo Antônio, o qual esteve comigo desde o início da árdua caminhada, sempre feliz com as minhas conquistas a cada trabalho bem sucedido, exaltando minhas qualidades e estendendo sua mão amiga nos momentos difíceis, fazendo com que eu conseguisse me ver como alguém especial, sendo meu cúmplice nessa amizade que guardarei para o resto da vida.

À todos os funcionários da biblioteca da Faculdade de Direito, da biblioteca geral, das salas de leitura, revista e mestrado, que me auxiliaram na busca de todos os materiais, livros, artigos e revistas de que necessitei.

“(…) Para todas as grandes coisas exigem-se lutas penosas e um preço muito alto. A única derrota da vida é a fuga diante das dificuldades. O homem que morre lutando é um vencedor”.

(Pe. Tiago Alberione)

RESUMO

A presente dissertação teve como objetivo analisar o cabimento da Teoria da Imputação Objetiva, no ordenamento jurídico brasileiro e português, envolvendo situações em que o ofendido se autocoloca ou permite que terceiros o coloquem em situações de risco e com isso é contaminado pelo VIH, o qual foi transmitido ou pelo seu parceiro sexual ou no contexto drogático pelo uso compartilhado de seringas infectadas, decorrendo disso a sua morte ou lesões pela contaminação do organismo pelo vírus. A partir desse cenário de lesão a bens jurídicos, mas com a devida informação do risco de contágio por parte do lesado, buscou-se mostrar que o agente não deve ser responsabilizado quando estiverem presentes alguns critérios limitadores da responsabilidade, propostos pela Teoria da Imputação Objetiva, como a autocolocação e a heterocolocação em risco do ofendido. Em contrapartida, as consequências advindas da transmissão do vírus, seja pela via sexual, seja pela via drogática intravenosa, deverão ser imputadas ao seu transmissor se este obrigar o indivíduo ou ocultar sua soropositividade a este em um contato sexual sem proteção ou se ceder seringas a terceiros para o consumo de drogas sem avisar a sua condição de portador do vírus.

Palavras-chave: SIDA. VIH. Teoria da Imputação Objetiva. Consentimento do ofendido. Autocolocação em risco. Responsabilidade Penal do agente. Tipicidade Penal.

ABSTRACT

The present dissertation aims to analyze the Objective imputation theory and the contribution of the victim to the agent's responsibility in the context of sexual and intravenous drogatic transmission of the HIV, in brasilian and Portuguese law, because in these cases the Theory in coments has been the source of the most relevant criminal legal discussion in the present. Claus Roxin, German jurist, was the precursor of the "modern" objective imputation theory, coming up with a reformulation of the delict theory, putting subjective type in a secondary position. According to this theory, the objective type is not limited on the mere causation of a result, being necessary the fulfillment of requirements so that a causation can be considered typical. In this context, the transmission of the HIV and the contribution of the victim are analysed from the aspect of this theory and the principle of the risk, assuming that as the persons interact with others, with their consent and with their knowledge of risk, the agent can not be criminal responsible for the harmful result.

Keywords: AIDS. HIV. Theory of Objective Imputation. Victim's consent. Self risk. Agent criminal responsible. Type of offense.

SIGLAS E ABREVIATURAS

Ac.	— Acórdão
AIDS	— <i>Acquired Immune Deficiency Syndrome</i>
Al.	— Alínea
Als.	— Alíneas
Ampl.	— Ampliada
<i>Apud</i>	— Citado por
Art.	— Artigo
Arts.	— Artigos
ARV	— Antirretrovirais
CD4	— Grupamento de Diferenciação 4 ou <i>cluster of differentiation</i>
Cfr.	— Conferir
CPB	— Código Penal Brasileiro
CPPt.	— Código Penal Português
Des.	— Desembargador
DF	— Distrito Federal
Dir.	— Direção
DNA	— Ácido Desoxirribonucleico ou <i>Deoxyribonucleic acid</i>
DST	— Doença Sexualmente Transmissível
ed.	— Edição
Ed.	— Editora
ELISA	— Enzyme Linked Imuno Sorbent Assays ou Ensaio Imunoenzimático
<i>Et. Al.</i>	— E outros
EUA	— Estados Unidos da América
Ex.	— Exemplo
HC	— <i>Habeas Corpus</i>
HIV	— <i>Human Immunodeficiency Virus</i>
<i>Ibidem</i>	— No mesmo lugar
<i>Idem</i>	— Mesmo autor
IgG	— Imunoglobulina G

IgM	— Imunoglobulina M
Min.	— Ministro
Nº	— Número
Nm	— Nanômetro
OMS	— Organização Mundial da Saúde
<i>Op. cit.</i>	— <i>Opus citatum</i> (obra citada)
Org.	— Organizador
P.	— Página
Págs.	— Páginas
Proc.	— Processo
Rel	— Relator
Rev.	— Revista
RJ	— Rio de Janeiro
RNA	— Ácido Ribonucleico
RT	— Revista dos Tribunais
Séc.	— Século
SIDA	— Síndrome da Imunodeficiência Adquirida
SP	— São Paulo
SS.	— Seguintes
STF	— Supremo Tribunal Federal (Brasil)
STJ	— Superior Tribunal de Justiça (Brasil)
Tít.	— Título
TJ	— Tribunal de Justiça
Trad.	— Tradução
<i>V. g.</i>	— <i>Verbi Gratia</i> (por exemplo)
VIH	— Vírus da Imunodeficiência Humana
VIS	— Vírus da Imunodeficiência dos Símios
Vol.	— Volume

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	13
------------------------	-----------

CAPÍTULO I - ASPECTOS GERAIS SOBRE O VIH E A SIDA: SUA PROBLEMÁTICA INICIAL PARA O DIREITO PENAL

1 Aspectos biológicos do VIH.....	17
1.1 Histórico e conceito do VIH e da SIDA	17
1.2 Formas de transmissão e fases de evolução clínica do VIH.....	20
1.3 Testes sorológicos para o VIH.....	23
1.4 Tratamento e medicamentos antirretrovirais.....	25
1.5 Uso do preservativo: profilaxia eficaz contra a transmissão do VIH?.....	28
2 A Transmissão do VIH e o Direito Penal: introdução ao problema.....	31
2.1 Utilizar ou não a repressão jurídico-penal neste contexto.....	31
2.2 A relação de causalidade e a imputação de resultados tardios.....	35

CAPÍTULO II – RESPONSABILIDADE CRIMINAL PELA TRANSMISSÃO SEXUAL DO VIH

3 Transmissão do VIH pela via sexual e a tipificação da conduta nos sistemas penais Brasileiro e Português.....	46
---	----

3.1 Tipificação da conduta no Direito Brasileiro: posição doutrinária.....	47
a) Crime de Perigo de contágio venéreo – Artigo 130 do CPB.....	47
b) Crime de Perigo de contágio de moléstia grave – Artigo 131 do CPB.....	50
c) Crime de Homicídio – Artigo 121 do CPB.....	52
d) Crime de Lesões corporais – Artigo 129 do CPB.....	54
3.2 A transmissão do VIH e a posição adotada pelos Tribunais brasileiros.....	57
3.3 Tipificação da conduta no Direito Português: posição doutrinária.....	62
a) Crime de Homicídio – Artigo 131º do CPPt.....	62
b) Crime de Propagação de doença contagiosa – Artigo 283º, nº 1, “d” do CPPt.....	65
c) Crime de Ofensas à integridade física – Artigo 143º e 144º, “d” do CPPt.....	68
3.4 Tomada de posição.....	71

CAPÍTULO III – A TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA E O COMPORTAMENTO DO AUTOR E OFENDIDO

4 Considerações acerca da moderna Teoria da Imputação Objetiva e seus critérios norteadores.....	75
4.1 O setor da criação do risco.....	77
4.1.1 A criação do risco não permitido.....	77
4.1.2 A falta de criação de um perigo ou a criação de riscos irrelevantes.....	78

4.1.3 A diminuição do risco.....	79
4.1.4 O risco permitido.....	81
4.2 O setor da realização do risco no resultado.....	83
4.2.1 Exclusão da imputação se falta a realização do perigo.....	83
4.2.2 Exclusão da imputação se falta a realização de um risco não permitido.....	84
4.2.3 Exclusão da imputação em casos de resultados não coberto pelo fim de proteção da norma.....	86
4.3 O Setor do alcance do tipo.....	87
4.3.1 A autocolocação em risco dolosa.....	88
4.3.2 A heterocolocação em perigo consentida.....	89
4.3.3 A atribuição do resultado ao âmbito de responsabilidade alheio.....	90
CAPÍTULO IV – A CONTRIBUIÇÃO DO OFENDIDO PARA A (NÃO) RESPONSABILIZAÇÃO CRIMINAL DO TRANSMISSOR DO VIH	
5 O aquiescimento do ofendido em manter relação sexual com o agente e modelos dogmáticos de resolução do problema.....	93
5.1 O consentimento do ofendido.....	95
5.2 A assunção do risco: Autocolocação e Heterocolocação em risco do ofendido.....	101

6 Transmissão drogática intravenosa do VIH: Breve excuro.....	106
7 Considerações Finais.....	110
REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICAS.....	115

INTRODUÇÃO

O Direito Penal é o instrumento utilizado para controlar e regular condutas e comportamentos que afetem os bens jurídicos mais relevantes elencados pela sociedade e pelo Estado. Condutas e comportamentos estes que sempre foram objeto da punição estatal e que, ainda hoje, constituem uma das problemáticas do Direito Penal, no sentido de se averiguar a qualidade desses comportamentos para que sejam punidos de forma justa.

Em um Estado Democrático de Direito, o objetivo a ser alcançado pelas normas jurídico-penais não pode exceder ao de assegurar a coexistência livre e pacífica aos cidadãos, sempre sob a ótica dos Direitos Humanos, que deve ser seu principal eixo existencial.

Levando-se em consideração que muitas vezes o ofendido contribui para a produção do resultado lesivo, para nortear o presente trabalho, lança-se mão do brocardo latino “*volenti non fit in iniuria*”, segundo o qual não se comete injustiça contra quem atuou voluntariamente¹.

Nos primórdios, bens jurídicos que eram considerados indisponíveis, atualmente podem ser considerados disponíveis, a partir do instante em que o indivíduo consinta na sua disposição, dispensando a proteção desse bem jurídico por parte do legislador, muito menos aceitando a imposição deste para que o bem seja protegido, como exemplo, pode-se citar a vida e a integridade física, bens jurídicos constantemente considerados pelo Direito como indisponíveis e absolutos, mas com a nítida tendência de serem encarados de forma mais flexível².

Em conjunto com a temática proposta, a saber, casos em que haja o consentimento do ofendido ou uma autocolocação em risco por parte do mesmo, abordar-se-á esses assuntos ligados intrinsecamente com a transmissão do Vírus da Imunodeficiência Humana e a possível responsabilidade criminal do agente transmissor desse vírus.

Destarte, o tema proposto para este ensaio traz à baila as questões de saber qual tipo penal se enquadra à conduta do sujeito que transmite conscientemente o VIH a outrem e se este comete algum crime em casos que a infecção pelo ofendido ocorra, seja pela via sexual ou drogática intravenosa, devido ao seu próprio comportamento, devido à sua

¹ Tradução livre.

² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – Parte Especial*, vol. 2, 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 29.

contribuição para que esse resultado se produzisse, ao aquiescer em manter relações sexuais com o portador do vírus ou usar seringas contaminadas.

Somado a essa problemática, também será dado enfoque a uma teoria moderna que permite conceder eficácia e legitimidade ao Direito Penal na sociedade contemporânea, no sentido de torná-lo mais consentâneo com o Estado Democrático de Direito e os seus pressupostos, qual seja, a moderna Teoria da Imputação Objetiva.

Dissertar em conjunto acerca dessas duas temáticas é de extrema relevância não só para o Direito Criminal, como para toda a sociedade, já que as relações interpessoais têm sofrido mudanças significativas, aumentando a sensação de insegurança e o medo entre os cidadãos, uma vez que ainda não há cura para a SIDA e não raro os portadores do VIH costumam ser tratados sob o enfoque do Direito Penal do Inimigo, onde muitas vezes a sua dignidade é negada, bem como são privados do estatuto de pessoa³.

Não há dúvidas acerca da relevância prática e teórica do tema proposto. Por este motivo, compreender melhor a Teoria da Imputação Objetiva implica em ajustar seus conceitos e critérios, com o escopo de tentar solucionar a presente questão e propor uma solução mais proba ao tema aqui abordado, já que no contexto brasileiro ainda há certa resistência, tornando muitas vezes difícil a sua aplicabilidade, tanto pela perspectiva doutrinária, quanto jurisprudencial, pois ainda é um ordenamento que se baseia em uma concepção clássica de delito.

Para que se compreenda melhor a problemática, antes de tudo, deve-se ter em mente que o indivíduo que, sabendo da soropositividade de seu par, aquiesce em manter relação sexual com o mesmo ou usar seringa compartilhada por outros usuários, e com isso vem a ser infectado pelo vírus em comento, age com falta de um cuidado devido, posto que assumiu uma conduta arriscada, e com o seu comportamento negligente se colocou em situação de risco, o que acaba por excluir a responsabilidade do autor.

Diante da necessidade de afirmar a Teoria da Imputação Objetiva como a melhor opção para que se tenha uma nova visão sobre o assunto, faz-se imprescindível explorar seus critérios de imputação, seus conceitos normativos, bem como sua aplicação na atualidade. Não deixando de lado um breve estudo acerca do instituto do Consentimento do

³ Conforme lições de Manuel da Costa Andrade, “Nesta lógica belicista há uma fronteira ténue entre guerra ao vírus e guerra ao portador. E, por extensão natural, ao suspeito de ser portador. (...)”. ANDRADE, Manuel da Costa. *Direito Penal Médico: SIDA: testes arbitrários, confidencialidade e segredo*. São Paulo: Editora revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2008, 46.

ofendido, com a finalidade de distingui-lo de uma autocolocação ou heterocolocação em risco por parte do mesmo, e qual desses institutos devem ser aplicados em situações ligadas à transmissão do VIH.

Por ora, o que se defende é que o autor não deve ser responsabilizado nos casos em que o lesado não se comporte em conformidade com o princípio da autorresponsabilidade, visto que o próprio ofendido aceita ou provoca lesão ao seu próprio bem jurídico.

Ainda como objeto central do presente trabalho, juntamente com a Teoria proposta, será feita uma abordagem da doença propriamente dita (SIDA), bem como o funcionamento do vírus no organismo humano, a fim de que, posteriormente, dependendo do desenrolar da doença no organismo humano, possa-se tipificar a conduta do agente transmissor, tanto no Direito brasileiro, como no Direito português.

Permeada por estas preocupações e não conformada com as soluções tradicionalmente expostas ao tema proposto, buscar-se-á entender a relevância da contribuição da conduta do ofendido em Direito Penal e solucionar questões envolvendo a transmissão do VIH com o seu aquiescimento em situações arriscadas, mesclando esta temática com a Teoria da Imputação Objetiva.

Para tanto, na presente dissertação, almejando-se analisar o tema com profundidade, utilizar-se-á o método dialético de pesquisa, elaborando-se um texto de cunho prático, com o apoio de pesquisas bibliográficas e jurisprudenciais, a fim de se concretizarem os objetivos do trabalho, entre eles, o de discutir a transmissão consciente do VIH e suas consequências para o Direito Penal, bem como a responsabilização do transmissor do vírus nos ordenamentos jurídicos brasileiro e português e, a contribuição do ofendido, no sentido de sua autocolocação em risco.

Com essa missão, o trabalho será dividido em quatro capítulos: no primeiro, serão debatidos alguns aspectos gerais do Vírus da Imunodeficiência Humana e da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida e sua problemática inicial para o Direito Penal, no que concerne a possibilidade de intervenção do mesmo nesta seara. Destarte, para que possamos entender o tema com profundidade, devemos, antes de qualquer outra ação, compreender o funcionamento da enfermidade no organismo humano e a consequência de sua transmissão para a sociedade e para o Direito Penal, principalmente, em casos que seja difícil a prova do nexo de causalidade entre a conduta e o resultado lesivo posterior, a exemplo da imputação de resultados tardios; no segundo capítulo, será profundo o debate

com o escopo de saber em qual tipo penal pode ser enquadrada a conduta de quem transmite conscientemente pela via sexual o VIH a outrem, tanto no ordenamento jurídico brasileiro, como no ordenamento jurídico português, a fim de que se logre que o transmissor do vírus seja responsabilizado criminalmente da forma mais justa e de acordo com a ordem jurídica. Dentre as possibilidades de adequação típica trazidas para o estudo, destacamos no ordenamento jurídico brasileiro os crimes de Perigo de contágio venéreo, Perigo de contágio de moléstia grave, crime de Homicídio e crime de Lesões corporais; no ordenamento jurídico português, apontamos igualmente o crime de Homicídio, crime de Propagação de doença contagiosa e crime de Ofensas à integridade física. Após a análise dos artigos, finalizamos o capítulo trazendo alguns julgados para ilustrarmos qual a posição tomada pelos tribunais brasileiros acerca da transmissão do VIH e ao fim, teceremos comentários próprios quanto à posição tomada.

No terceiro capítulo, entenderemos todo o contexto para que atualmente possamos falar em uma moderna Teoria da Imputação Objetiva. Far-se-á um estudo pormenorizado acerca da Teoria da Imputação Objetiva proposta por Claus Roxin e de todos os seus pressupostos e critérios norteadores, principalmente, no que concerne à contribuição que o ofendido exerce em Direito Penal e como essa contribuição é trabalhada por esta Teoria.

Depois de elaborado o suporte estrutural da dissertação, o quarto capítulo será dedicado a tratar especificamente a questão da transmissão do VIH e a responsabilidade criminal do transmissor, quando o ofendido aceita manter relações sexuais com o portador do vírus e a partir disso sobrevém o resultado lesivo, ou até mesmo em casos envolvendo o uso de seringas contaminadas, mas sempre envolvendo a aquiescência do lesado em suportar o risco de sua conduta arriscada, conferindo praticidade ao tema, já que, infelizmente, são condutas corriqueiras em nossa sociedade e que merecem uma abordagem diferenciada, a fim de que cada indivíduo saiba seu âmbito de responsabilidade.

Expostas as razões do presente estudo, cumpre-se, pois, examinar com afinco a problemática em questão e apontar caminhos para soluções mais justas. É o que se passa a fazer.

CAPÍTULO I

ASPECTOS GERAIS SOBRE O VIH E A SIDA: SUA PROBLEMÁTICA INICIAL PARA O DIREITO PENAL

1 ASPECTOS BIOLÓGICOS DO VIH

Embora se trate de um trabalho eminentemente jurídico, nos ocuparemos brevemente acerca de conhecimentos comumente utilizados no ramo da Medicina, para que se entenda bem o funcionamento do VIH no organismo humano e, a partir daí, se possa construir uma apreciação crítica do alcance dessa enfermidade na conjuntura atual e suas consequências para o Direito Penal.

A razão de ser deste capítulo se deve ao fato de que somente conhecendo bem o funcionamento do vírus e a doença propriamente dita no organismo humano será possível uma avaliação jurídica acerca da conduta daquele que transmite o vírus em comento. É a partir do dano causado no ofendido, que será possível valorar e enquadrar a conduta do transmissor no tipo penal correspondente à sua ação.

Ademais, ao longo do trabalho serão mencionadas diversas nomenclaturas ou situações que somente poderão ser bem compreendidas a partir do entendimento de conceitos preliminares, biológicos e das características que serão aqui apresentadas.

Objetivando uma completude existencial do trabalho é que achamos por bem tecer alguns comentários introdutórios, sendo assim, nada mais justo que iniciarmos a discussão acerca da origem dessa enfermidade, mesmo que de forma breve.

1.1 HISTÓRICO E CONCEITO DO VIH E DA SIDA

Alguns pesquisadores conjecturam que o VIH, tal como se conhece atualmente, seja proveniente de pesquisas realizadas com macacos e chimpanzés, para fins experimentais e científicos, entre os anos 1920 e 1960, em que se realizavam transfusões sanguíneas, com o escopo de se averiguar, durante os experimentos, se os parasitos da malária no sangue desses primatas seriam capazes de infectar o ser humano. Além disso, algumas pessoas teriam recebido sangue de chimpanzés e outras teriam se autoinjectado

sangue infectado com esses parasitos, com o fim de saber se a malária desses animais era, em algum aspecto, equivalente às formas conhecidas em relação a dos humanos. E uma vez que o Vírus da Imunodeficiência dos Símios (VIS) se instalou no organismo humano sua expansão foi arrebatadora, evoluindo para o VIH que conhecemos atualmente⁴.

Não se descarta também, a possibilidade de a origem do VIH ser oriunda de macacos selvagens africanos, os quais possuíam um vírus parecido ao que foi desenvolvido nos humanos. Outra possibilidade a ser acrescentada acerca da origem do VIH, seria a decorrente de relações sexuais zoofílicas⁵.

Importante destacar que, embora a origem do VIH esteja ligada aos macacos africanos e que muitas pesquisas compartilhem deste entendimento, não se pode deixar de levar em consideração o lapso temporal de fatos como estes, que remontam há muitos anos. Alguns autores, como ROLERO SANTURIAN, preferem acreditar que a origem do vírus em questão remonta, aproximadamente, dos anos 1950, em que macacos africanos foram exportados, com fins de experimentação médica, para a Europa e para os Estados Unidos, sendo submetidos à intervenções muito sangrentas, com a finalidade de produzir vacinas, de se estudar minuciosamente suas células e, conseqüentemente, o referido vírus, o que provavelmente ocasionou a infecção dos humanos por parte de um retrovírus dos símios, fazendo com que este fosse transmitido dentro de um laboratório dos Estados Unidos da América (EUA) e não na África, como se pensava⁶.

O fato é que muitas teorias existem na tentativa de desvendar a verdadeira origem do VIH. Nesse sentido, vale lembrar que as teorias aqui apresentadas são apenas algumas dentre tantas existentes com o mesmo propósito. Trata-se de um campo em que há muitas especulações e o objetivo aqui não será o de esgotá-las.

Entretanto, seja qual for a autêntica origem desse vírus, especialistas não negam a difusão mundial do VIH nas costas este (Nova York e Flórida) e oeste (São Francisco e Los Angeles) dos Estados Unidos, locais em que houve um surto epidêmico, inicialmente ocorrido entre os homossexuais masculinos, os quais morriam subitamente de algum tipo de câncer e não raro de pneumonia. Diante disso, ficou constatado um quadro de imunodeficiência desses pacientes, ou seja, uma *“diminuição dos recursos orgânicos*

⁴ ROLERO SANTURIAN, Carlos F. *La imputación objetiva del comportamiento sexual*. Buenos Aires: Depalma, 1998, p. 52.

⁵ *Idem. Ibidem.* p. 53.

⁶ *Idem. Ibidem.* p. 54.

tradicionalmente mobilizados para manter o corpo 'imune' às infecções⁷", embora, posteriormente, se tivesse percebido uma coletivização do risco de contágio.

Nos anos 80, à medida que o VIH ia se espalhando, o organismo dos infectados ficava mais fraco e apto a contrair as doenças oportunistas, sendo as mais comuns naquela época a neoplasia e o Sarcoma de Kaposi. Em 1982, a doença também foi identificada entre os usuários de drogas injetáveis e em receptores de transfusão sanguínea e em hemofílicos, acreditando que o modo de transmissão ocorria pelo contato sexual e pelo sangue⁸.

A SIDA, como é chamada a doença propriamente dita, ou *AIDS*⁹, seu nome em inglês, é assim denominada, pois é causada por um agente infeccioso denominado de VIH ou *HIV*¹⁰, sigla em inglês, destruidor de algumas células brancas do sangue. É denominada de "Síndrome" por não ser uma doença só, por, na verdade, apresentar um "*conjunto de sinais e sintomas*" que surgem independentemente das causas que os provocam, fazendo com que o sistema imunológico deixe de funcionar adequadamente, não defendendo o indivíduo de microorganismos, e por este motivo sendo, também, denominada de "Imunodeficiência". Por fim, diz-se que é "Adquirida", pois como antedito, é causada por um agente externo, não sendo transmitida por herança, nem surgindo com o tempo, tampouco sendo uma doença congênita¹¹.

Medindo entre 100 a 120 nm de diâmetro, o VIH nada mais é do que uma partícula esférica, pertencente ao gênero *Lentivirinae* e família *Retroviridae*. Em seu núcleo está contido duas cópias de Ácido Ribonucleico (RNA) de cadeia simples, as quais estão "*encapsuladas por uma camada proteica ou núcleo-capsídeo, capsídeo e um envelope externo composto por uma bicamada fosfolipídica*¹²".

Através de análises filogenéticas de sequências nucleotídicas dos vírus é que são feitas as classificações do VIH. Existem dois tipos distintos de VIH, que são o VIH-1 e o VIH-2, pois filogeneticamente são muito distantes. O primeiro é subdividido em 4 grupos:

⁷ PARKER, Richard; GALVÃO, Jane; BESSA, Marcelo Secron. *Saúde, desenvolvimento e política: respostas frente à AIDS no Brasil*. 34. ed. São Paulo: ABIA, 1999, p. 15.

⁸ KASPER, Dennis L. *et al. Harisson medicina interna*. 16 ed. Rio de Janeiro: McGraw-Hill, 2006, p. 1130 – 1196.

⁹ "AIDS" – *Acquired Immune Deficiency Syndrome ou Acquired Immunodeficiency Syndrome*.

¹⁰ "HIV" - *Human Immunodeficiency Virus*

¹¹ PINEL, Arletty C.; INGLES, Elisabete. *O que é AIDS*. São Paulo: Brasiliense, 1996 – (Coleção Primeiros Passos, 300)

¹² BRASIL. Ministério da Saúde. *Manual Técnico para o Diagnóstico da Infecção pelo HIV*. Departamento de DST, AIDS e Hepatites Virais. Brasília. Dezembro de 2013, p. 15.

grupo M (*Major*), grupo N (*New*), grupo O (*Outlier*) sendo o mais discrepante dentre os grupos, e o grupo P. Já o VIH-2 possui genes semelhantes aos do VIH-1, sendo aproximadamente de cinquenta por cento a homologia do genoma dos dois vírus, entretanto a diferença entre os dois se encontra na composição de aminoácidos e no peso molecular¹³.

A chefe do Laboratório de Genética Molecular de Microorganismos da Fundação Oswaldo Cruz, Ana Carolina Vicente, explica que "*os dois têm a mesma ação no organismo humano, mas o HIV-2 produz menos partículas virais que o HIV-1. Como não há tanta partícula no organismo da pessoa infectada, a possibilidade de transmissão é menor, mas ela existe*¹⁴".

1.2 FORMAS DE TRANSMISSÃO E FASES DE EVOLUÇÃO CLÍNICA DO VIH

Representando um dos problemas mais graves atualmente para a sociedade e para a saúde pública, ao enfrentarmos o debate concernente ao VIH, deve-se analisar e conhecer alguns aspectos relevantes, sem os quais ficaria prejudicada toda uma compreensão do assunto, quais sejam, as suas formas de transmissão e suas fases de infecção no organismo humano.

O VIH pode ser transmitido por diversas formas, dentre elas, pela via sanguínea, pela via sexual, e pela via perinatal entre mãe e feto, toda vez que haja troca, entre as partes envolvidas, de fluidos corporais infectados com o Vírus, a exemplo da secreção vaginal, do sangue, do esperma, e do leite materno¹⁵.

Uma vez adquirido o Vírus, o sistema imunológico do portador do VIH é afetado, pois seu organismo não consegue se defender de doenças que se aproveitam do estado de debilidade do indivíduo, vez que esse vírus se aloja nas células de defesa do organismo, acabando por atingir os linfócitos. O VIH ataca um grupo de células chamadas CD4¹⁶

¹³ *Idem. Ibidem.* p. 16 e 17.

¹⁴ BRASIL. Revista VEJA. HIV-1 e HIV-2: Conheça a diferença entre o vírus que causam a AIDS. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/saude/entenda-a-diferenca-entre-hiv-1-e-hiv-2-causadores-da-aids/>>. Acesso em: 28 de abril de 2015.

¹⁵ CAMPOS, Isabel; ANTUNES, Bacelar. *SIDA na prática ginecológica*. Revista O Médico, ano 39, vol.118, p.470.

¹⁶ Grupamento de Diferenciação 4 ou *cluster of differentiation*, em inglês.

(linfócitos T CD4+), cuja missão é defender o organismo da invasão de qualquer antígeno¹⁷ ou qualquer ameaça que deva ser destruída.

Trata-se de um ciclo vicioso, pois o VIH penetra no núcleo da célula, reproduzindo-se e ocasionando a sua morte, fazendo com que o sistema imunológico fique cada vez mais fragilizado, na medida em que uma célula morre e outra é invadida¹⁸.

Dito de outro modo, o VIH possui interesse nos linfócitos CD4+ e nos monócitos/macrófagos, os quais ajudam no reconhecimento e destruição de bactérias ou outros agentes infecciosos invasores da célula. Quando uma pessoa está infectada pelo VIH, os linfócitos CD4+ morrem e os macrófagos reservam e transportam o vírus para outros órgãos do indivíduo. O vírus se une aos linfócitos CD4+, fazendo com que as células produzam mais VIH¹⁹.

Para parasitar essas células, o vírus se utiliza de uma enzima chamada de Transcriptase Reversa, transcrevendo o código genético contendo o DNA da célula, obrigando-a a produzir o VIH, ao invés de produzir-se a si mesma. Esses novos vírus atacam mais células CD4+, tornando quase impossível a defesa contra outros tipos de invasores, provocando as já mencionadas doenças oportunistas, as quais podem levar os pacientes à morte²⁰.

A primeira classe de anticorpo produzido em qualquer infecção viral é a imunoglobulina M (IgM). Entretanto, com a penetração do VIH no organismo, este é obrigado a substituir inicialmente a produção de IgM pela imunoglobulina G (IgG), devido ao contato e exposição constante com os mesmos antígenos, embora o IgM possa reaparecer em outras ocasiões no decurso da infecção²¹.

Após a transmissão do VIH ao indivíduo, é possível observar algumas etapas pela qual o portador passa até que culmine na SIDA. Normalmente, em uma primeira fase, tem-se uma infecção primária ou também denominada de “fase aguda” pelo HIV-1, comumente iniciada de duas a seis semanas, contadas a partir da contaminação, devido ao retardo na

¹⁷ ROLERO SANTURIAN, Carlos F. *Op. Cit.*, p. 56.

¹⁸ CAMPOS, Aline da Veiga Cabral. *Responsabilidade Penal pela Transmissão da SIDA por via sexual e por via drogática intravenosa*. Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais, Coimbra, 1999/2001, p.43.

¹⁹ ONUSIDA. Programa Conjunto das Nações Unidas sobre o HIV/SIDA. *O SIDA e a Infecção por vírus HIV. Informação para os funcionários das Nações Unidas e suas famílias*. Genebra, Suíça, 1999, p. 11. Disponível em: <http://www.unaids.org.br/biblioteca/O%20SIDA%20E%20A%20INFEC%C7%C3%20POR%20V%C2%0A%20HIV.pdf>. Acesso em: 28 de abril de 2015.

²⁰ ROLERO SANTURIAN, Carlos F. *Op. Cit.*, p. 56-57.

²¹ BRASIL. Ministério da Saúde. *Manual Técnico para o Diagnóstico da Infecção pelo HIV*. *Op. Cit.* p. 19.

produção de anticorpos, fazendo com que o indivíduo sinta alguns sintomas como dores de garganta, manchas avermelhadas na pele, surgimento de gânglios no pescoço e nas axilas²².

Corroborando ao exposto, ROLERO SANTURIAN aponta alguns desses e outros sintomas, que duram, aproximadamente, uma ou duas semanas, mas que depois desaparecem de forma repentina. Por suas palavras: *“sobreviene luego la primera manifestación, que puede presentarse como fatiga, fiebre ligera, sudores, dolores articulares y musculares, adenopatías, en algunas oportunidades inflamación de la garganta, una erupición cutánea maculo-papulosa en el tronco y también una diarrea fugaz”*²³.

A segunda fase possui como característica principal o aumento desses gânglios localizados no pescoço, fossas supraclaviculares, inguinais e internas. Essa fase é conhecida como *“Linfadenopatia, Síndrome Linfadenopática ou fase assintomática”*²⁴. Enfatize-se que, embora o vírus se multiplique rapidamente nas células infectadas, fazendo com que estas também sofram multiplicações sucessivas, há um período de incubação desse vírus, em que não há a presença de sinais ou sintomas notórios caracterizadores da doença no organismo humano e nenhum tipo de reações imunológicas²⁵, apenas o aumento dos gânglios. Inclusive, a ausência desses sintomas pode durar por tempo indeterminado.

Já na terceira fase, conhecida como *“Complexo relacionado à AIDS”*²⁶, o organismo começa a perceber sua incapacidade para continuar se defendendo, porque já está bastante debilitado e alguns sintomas pertinentes à SIDA começam a surgir. Importante destacar que, *“este estágio dura de três a seis meses antes de se instalar o quadro irreversível; pode haver a presença de sintomas isolados ou associados, e que geralmente precedem as infecções oportunistas mais severas”*²⁷.

Diversos sinais e sintomas surgem nesta fase. Os principais são perda considerável de peso, diarreia crônica (podendo prolongar-se por mais de um mês), febre persistente,

²² CAMPOS, Aline da Veiga Cabral. *Responsabilidade Penal pela Transmissão da SIDA... Op. Cit.* P.44.

²³ ROLERO SANTURIAN, Carlos F. *Op. Cit.*, p. 57.

²⁴ CAMPOS, Aline da Veiga Cabral. *Responsabilidade Penal pela Transmissão da SIDA... Op. Cit.* P.44.

²⁵ ROLERO SANTURIAN, Carlos F. *Op. Cit.*, p. 57.

²⁶ CAMPOS, Aline da Veiga Cabral. *Responsabilidade Penal pela Transmissão da SIDA... Op. Cit.* P.44.

²⁷ HELD FILHO, Ary de; ALCÂNTARA, Alexandre de. *O Cirurgião-Dentista frente à AIDS*. São Paulo: Pancast Editora, 1996, p. 30.

tosse seca, sudorese noturna, fraqueza e fadiga permanentes, candidíase oral ou esofágica, anemia, dentre outros²⁸.

A quarta e última fase é caracterizada pela SIDA propriamente dita. Trata-se de uma fase final e a mais grave da infecção pelo VIH. São poucas as pessoas que conseguem chegar a esse estágio, devido à ausência de defesa do organismo, visto que o sistema imunológico está muito enfraquecido. É nesse momento, em que as condições estão favoráveis aos vírus, às bactérias, micróbios, protozoários, etc., que algumas doenças surgem.

Em regra, as principais doenças oportunistas que acometem aqueles que desenvolvem a SIDA são: Candidíase, pneumonia por *Pneumocystis Carinii*, tuberculose, toxoplasmose cerebral, sarcoma de kaposi, meningite criptocócica e herpes. Ou seja, a pele, o sistema nervoso central, o aparelho digestivo e o respiratório restam prejudicados, levando o indivíduo à morte²⁹.

Nessa linha de raciocínio, ressalte-se, que não é, necessariamente, obrigatório que o indivíduo passe por todas essas fases, nem mesmo que elas ocorram em sequência. Nada pode assegurar que, da primeira fase, o indivíduo passe, imperiosamente, à segunda. Isto dependerá do funcionamento do organismo de cada pessoa, de como seu sistema imunológico reagiu ao histórico de doenças no decurso do tempo e de como reagirá às doenças após a infecção pelo VIH.

O único fato de que todos devem ficar atentos é o de que em todas as fases assinaladas o VIH pode ser transmitido, até mesmo na denominada “*janela imunológica*”³⁰, quando os anticorpos anti-HIV não são detectáveis.

1.3 TESTES SOROLÓGICOS PARA O VIH

Para saber se um indivíduo é portador ou não do VIH, deve-se fazer testes não com o fim de detectar a presença do vírus em si, mas sim a presença de anticorpos-VIH no

²⁸ CAMPOS, Aline da Veiga Cabral. *Responsabilidade Penal pela Transmissão da SIDA... Op. Cit.*, p.45.

²⁹ *Idem. Ibidem*, p.45.

³⁰ MARIN, Heimar de Fátima; PAIVA, Mirian Santos; BARROS, Sonia Maria Oliveira de. *AIDS e Enfermagem obstetrícia*. São Paulo: Editora Pedagógica e Universitária, 1991, p. 05. “*A infecção pelo HIV é seguida do aparecimento de anticorpos demonstráveis contra o vírus, normalmente dentro de 5 a 12 semanas após o momento da infecção. O intervalo entre a infecção e a possibilidade de demonstração da mesma denomina-se Janela Imunológica*”.

sangue. Em uma média de quatro a doze semanas após o indivíduo ser infectado, suas amostras podem ser recolhidas para serem feitos alguns testes sorológicos, em que se busca detectar anticorpos e/ou antígenos do VIH. Em adultos, esses anticorpos aparecem no sangue; já em bebês, os anticorpos maternos passam por intermédio da placenta. Todavia, os testes realizados nos bebês, geralmente, ocorrem quando estes completam 18 meses de idade, para que não haja interferência no diagnóstico sorológico, realizando-se também testes moleculares, a exemplo da quantificação da carga viral³¹.

Existem alguns testes sorológicos utilizados no diagnóstico da infecção pelo VIH, quais sejam, o ELISA (*Enzyme Linked Immuno Sorbent Assays*), a Imunofluorescência indireta, o Western blot, o Imunoblot e o Imunoblot rápido³².

O ELISA, também conhecido como ensaio imunoenzimático, é o principal teste realizado para diagnosticar o VIH. Existem quatro gerações desse ensaio. Na primeira geração os antígenos são produzidos em forma de cultura e na segunda geração, eles são produzidos por tecnologia molecular, porém ambas as gerações possuem formato indireto, assim, os antígenos virais serão “*absorvidos nas cavidades existentes das placas de plástico dos kits*”, logo após é adicionado o soro do paciente. Se o soro possuir anticorpos contra o VIH, estes se ligarão às proteínas do referido vírus. Quanto ao ensaio de terceira geração, este possui o formato “sanduíche” ou imunométrico. Sua principal característica é “*utilizar antígenos recombinantes ou peptídeos sintéticos tanto na fase sólida quanto na fase sob a forma de conjugado*”. Por fim, o ensaio de quarta e última geração, também sob o formato “sanduíche”, detecta o antígeno p24 e anticorpos específicos anti-VIH simultaneamente. Trata-se de técnica de teste inicial muito utilizada para detectar anticorpos contra o VIH³³.

No que concerne à Imunofluorescência Indireta para o HIV-1, tem-se que as células infectadas pelo Vírus são fixadas em lâminas de microscópico e incubadas com o soro que se almeja analisar e pesquisar os anticorpos. A presença destes é descoberta por meio de uma “*microscopia de fluorescência*”. Embora essa técnica tenha sido muito utilizada nas

³¹BRASIL. IST-AIDS e Hepatites virais. (Em: <http://www.aids.gov.br/pagina/testagem-para-hiv>. Acesso em: 27 de março de 2015).

³² MACHADO, Alcyone A. & COSTA João Carlos. Métodos laboratoriais para o diagnóstico da infecção pelo vírus da Imunodeficiência Humana (HIV). *Medicina*, Ribeirão Preto, 32: 138-146, apr./june 1999.

³³ BRASIL. IST-AIDS e Hepatites virais. (Em: <http://www.aids.gov.br/pagina/testagem-para-hiv>. Acesso em: 27 de março de 2015).

primeiras décadas da epidemia, ela foi substituída por outro teste sorológico, denominado Western blot e Imunoblot³⁴.

O Western blot consiste em separar antígenos virais por “*eletroforese em gel de poliacrilamida*”, seguida da “*transferência eletroforética dos antígenos para uma membrana de nitrocelulose*”. O soro do paciente entra em contato com esta membrana e as reações ocorridas entre os antígenos e os anticorpos são visualizadas por intermédio de reações com a anti-imunoglobulina humana associada com uma enzima. Após a reação, os antígenos podem ser visualizados sobre a “*fita de nitrocelulose*”³⁵.

No Imunoblot, não só proteínas recombinantes e/ou peptídeos sintéticos, mas também bandas não virais são imobilizadas sobre uma tira de nylon. Isto é assim para que haja uma comparação de reatividade para cada banda viral envolvida. O Imunoblot rápido possui o mesmo funcionamento que o Imunoblot, a diferença entre os dois procedimentos é que neste, a plataforma utilizada é a de migração dupla, o que permite detectar os anticorpos em até trinta minutos³⁶.

1.4 TRATAMENTO E MEDICAMENTOS ANTIRRETROVIRAIS

A prevenção e o tratamento para os portadores do VIH consistem em manter uma vida normal e saudável, com alimentação balanceada e adequada, evitando o contato com fluidos orgânicos de pessoas infectadas³⁷. Somente após um estudo detalhado da infecção, a fim de saber qual a fase em que o indivíduo se encontra é que os medicamentos serão prescritos pelo médico, uma vez que o seu uso irregular pode ajudar o vírus a resistir aos medicamentos e, com isso, influenciar na expectativa de vida do paciente.

VASSANGI aduz que, desde a identificação do VIH, o tratamento no combate ao vírus da SIDA tem evoluído para que o ciclo do mesmo seja interrompido³⁸. Almejando tal propósito, os medicamentos consumidos pelo portador do VIH surgiram na década de 80 e são denominados de antirretrovirais (ARV), mais conhecidos como coquetéis antiaids.

³⁴ BRASIL. Ministério da Saúde. *Manual Técnico para o Diagnóstico da Infecção pelo HIV*. Op. Cit. p. 27.

³⁵ *Idem. Ibidem*. p.27.

³⁶ *Idem, Ibidem*, p. 27.

³⁷ CASABONA, Carlos Maria Romeo. *Responsabilidade Médico-Sanitária e AIDS – Segunda Parte*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, v. 1, n. 3, jul./set., 1993, p. 7.

³⁸ VASSANGI, Sheleen. Novos Antivíricos para a SIDA (Parte II). Revista Ordem dos Farmacêuticos, ano IV, Jan/Fev, 1997, p. 33.

Esses medicamentos impedem que o vírus se multiplique nas células de defesa da pessoa infectada, apesar de não ser a cura para a SIDA, nem eliminar o vírus.

O Departamento de DST, AIDS e Hepatites Virais³⁹ do Brasil informa a existência de vinte e um tipos de medicamentos, divididos em cinco tipos, devendo o portador do VIH ingerir três antirretrovirais combinados, em que dois medicamentos devem ser de tipos diferentes, combinados em um só comprimido.

Destarte, as cinco classes de medicamentos antirretrovirais são:

a) Inibidores Nucleosídeos da Transcriptase Reversa: Incorpora-se à cadeia de DNA criada pelo vírus, tornando-a defeituosa, impedindo a reprodução do vírus. Atuam na enzima transcriptase reversa. São eles: Abacavir, Didanosina, Estavudina, Lamivudina, Tenofovir, Zidovudina e a combinação Lamivudina/Zidovudina.

b) Inibidores Não Nucleosídeos da Transcriptase Reversa: bloqueiam diretamente a ação da enzima e a multiplicação do vírus. São eles: Efavirenz, Nevirapina e Etravirina.

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

d) Inibidores de fusão: impedem que o vírus entre na célula e, por isso, ele não pode se reproduzir. Trata-se da Enfuvirtida.

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

Desde o surgimento da terapia antirretroviral combinada e da disponibilização de marcadores biológicos, para que o progresso da infecção seja monitorado, e dos avanços tecnológicos, a infecção pelo VIH passou a ser considerada de caráter “*crônico evolutivo e potencialmente controlável*”, contribuindo para que os portadores do VIH consigam conviver da melhor forma possível com o vírus, melhorando, assim, sua qualidade e expectativa de vida⁴⁰.

³⁹ BRASIL. Ministério da Saúde. Departamento de DST, AIDS e Hepatites Virais. (Em: <http://www.aids.gov.br/pagina/quais-sao-os-antirretrovirais>. Acesso em: 07 de abril de 2015).

⁴⁰ BRASIL. Ministério da Saúde. Departamento de DST, AIDS e Hepatites Virais. *Adesão ao Tratamento Antirretroviral no Brasil: Coletânea de Estudos do Projeto Atar*. Brasília, 2010, p.12.

Sendo assim, embora ocorram diversos efeitos colaterais (aumento do colesterol, açúcar no sangue, triglicérides e outros), a adesão à terapia antirretroviral deve ser estimulada e incrementada, de forma contínua e duradoura, bem como tentar encontrar meios efetivos e inovadores de tratar os portadores do VIH⁴¹, visto que os resultados têm sido satisfatórios e conforme alguns estudos realizados demonstraram, “(...) *após 6 meses de tratamento em doentes tratados pela primeira vez, os elevados níveis de replicação do VIH ficam totalmente suprimidos e 99,9% da carga viral nos tecidos desaparece*”⁴².

Além do uso dos medicamentos antirretrovirais e atento às medidas preventivas aconselháveis ao portador do vírus, a exemplo de possuir uma vida regrada e segura, o soropositivo tem ainda, segundo JOSÉ SOUTO DE MOURA, algumas obrigações/cuidados, tais como se abster de doar sangue, esperma ou órgãos para transplante; dever de advertir seu parceiro sexual de sua situação e sempre fazer o uso de preservativos; lavar separadamente e a alta temperatura roupas sujas de sangue ou esperma contaminado; cobrir qualquer ferida até a total cicatrização; evitar partilhar escovas de dente, objetos cortantes ou pontiagudos de higiene pessoal; e outros⁴³.

Esses cuidados muitas vezes são omitidos ou negligenciados pelos soropositivos. Entretanto, isto não quer dizer que eles devam ser responsabilizados criminalmente pela simples omissão de informações, tudo dependerá do caso em concreto, embora não seja correto também afirmar que esta omissão seja irrelevante para o Direito Penal, tendo em vista que esse tipo de comportamento negativo pode trazer danos irreversíveis para a vida e a saúde de outras pessoas⁴⁴.

À despeito do que se afirma, se uma pessoa estabelece com outra um contato arriscado, capaz de produzir a transmissão do VIH, sem advertí-la acerca de sua soropositividade, com esse seu comportamento omissivo e pelo seu especial conhecimento acerca de sua infecção como possível causa de um resultado típico, poderia se defender o seu papel de garantidora. Pelo seu conhecimento especial, o domínio sobre a causa do

⁴¹ *Idem, Ibidem*, p.12.

⁴² HENRY, Keith; STIFFIMAN, Michel; FELDMAN, Jamie. *Terapêutica anti-retroviral da infecção por VIH*. Revista Postgraduate Medicine, Edição Portuguesa, Dezembro 1998, volume 10, n. 05, p. 28.

⁴³ MOURA, José Souto de. *SIDA e responsabilidade penal*. Revista do Ministério Público, Lisboa, 10 (37), Janeiro-Março, 1989, p. 42.

⁴⁴ *Idem. Ibidem*. p. 43.

resultado lhe passa a ser atribuído, fundamentando, por isto, em situações de perigo, o seu dever de informação⁴⁵.

SHÜNEMANN exemplifica tal possibilidade ilustrando com os exemplos do indivíduo que sofre um acidente de carro e deixa que um auxiliar voluntário cuide de suas feridas abertas que nada sabe sobre sua soropositividade, ou quando um paciente infectado permite que o médico lhe trate sem que este tenha nenhum indício do referido perigo de infecção⁴⁶.

Partilhando do entendimento de Shünemann e com o qual também nos filiamos, JOSÉ SOUTO DE MOURA explica que, se da omissão resultar algum efeito danoso, quando tinha o agente um dever de agir, deverá então ser punido, na medida em que sua omissão equivaleu a uma ação e ambas eram capazes de produzir o resultado. Todavia, esclarece o autor que, esse dever de agir possui diversas fontes e que quanto ao dever de cuidados pelo soropositivo, não há qualquer norma com força de lei que os obrigue a adotar tais medidas, devendo-se, por isso, buscar a fonte desse dever de agir no seguinte: “*quem, com seu comportamento, cria uma situação de risco para outrem de verificação de certo resultado, fica na posição de garante de que tal resultado se não verifique*”⁴⁷.

1.5 USO DO PRESERVATIVO: PROFILAXIA EFICAZ CONTRA A TRANSMISSÃO DO VIH ?

Inúmeros estudos científicos⁴⁸ já comprovaram que os preservativos de látex, seguramente, previnem certos tipos de doenças, especialmente as doenças sexualmente transmissíveis (DST). Esses trabalhos comprovaram que o uso regular e correto do preservativo, bem como a qualidade do condom servem, relativamente, de barreira aos

⁴⁵ SCHÜNEMANN, Bernd. Problemas Jurídicos Penales Relacionados con el SIDA. in MIR PUIG, Santiago. Problemas Jurídicos Penales del SIDA. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 1993, p. 54.

⁴⁶ *Idem. Ibidem.* P. 54.

⁴⁷ MOURA, José Souto de. *SIDA e responsabilidade penal*. Revista do Ministério Público, Lisboa, 10 (37), Janeiro-Março, 1989, p. 43.

⁴⁸ SOLOMON, M.Z.; DEJONG, W. *Preventing AIDS and others STDs through condom promotion: a patient education intervention*. AM.J. Public Health, v.79, n.4, 1989, p. 453 – 458; NAKAMURA, R.M. Condoms manufacturing and testing. In: VOELLER, B.; REINISCH, J.M.; GOTTLIEB, M. (ED) *AIDS AND SEX: anintegrated biomedical and biobehavioral approach*. New York, Oxford University Press, 1990, p. 337 – 343.

agentes causadores de DSTs, contribuindo para a diminuição do risco de infecções ocorridas por conta da “*exposição do pênis à região cervical, vaginal, vulvar, (e) anal*”⁴⁹.

Devido à mínima permeabilidade dos preservativos de látex, eles acabam servindo, de certo modo, como barreira mecânica não só ao VIH, mas também ao vírus do Herpes simples, à *Chlamydia tracomatis* e *Neisseria gonorrhoeae*. O uso dos preservativos, de acordo com as lições de GIR e outros, impede, inclusive, a passagem de vírus transmitidos sexualmente, mesmo sob pressão hidrostática, vez que evita o contato do sêmen com a vagina/secreção vaginal ou pênis, retendo o líquido na porção destinada ao mesmo⁵⁰.

No que concerne, especificamente, à eficácia dos preservativos em relação ao VIH, não restam dúvidas de que o uso de condons ajudam na prevenção da contaminação contra o Vírus, devido a uma “*baixa ou inexistente porosidade do preservativo de látex*”, ao passo que os condons feitos de tripa de carneiro contêm pequenos poros ou membranas naturais que permitem a passagem do VIH⁵¹. É cediço, também, que os preservativos de látex são impermeáveis à água. Importante destacar que, os elétrons e as moléculas da água são muito menores do que o VIH e os espermatozoides são considerados grandes em comparação com os agentes causadores de DSTs⁵².

Infelizmente, mesmo diante da realidade que o VIH e a SIDA provocam na vida das pessoas, ainda, hoje, existem aquelas que desprezam o uso dos preservativos e ignoram os riscos desse não uso para a sua saúde, subestimando a probabilidade de virem a ser contaminados com o VIH, por diversos fatores.

De acordo com a pesquisa realizada por GIR, MORIYA, E FIGUEIREDO⁵³, a relutância do não uso ou uso não frequente de preservativos dá-se pela sensibilidade, tanto masculina, como feminina, no momento do ato sexual; outro motivo seria o de,

⁴⁹ GIR, Elucir *et al.* *Práticas Sexuais e a infecção pelo Vírus da Imunodeficiência Humana*. Goiânia: AB, 1994, p. 79.

⁵⁰ GIR, Elucir; DUARTEG & CARVALHO MJ de. *Condom: Sexo e sexualidade*. Medicina, Ribeirão Preto, 29: 309-314, abr./set. 1996, p.312.

⁵¹ FISCHL MA. *Prevenção da transmissão da AIDS durante a relação sexual*. In: DE VITA V; HELLMAN S & ROSEMBERG SA. *AIDS: etiologia, diagnóstico, tratamento e prevenção*. Trad. de Paulo Dias da Costa. 2. ed. Revinter, Rio de Janeiro, 1991, p.337-83.

⁵² GIR, Elucir *et al.* *Práticas Sexuais e a infecção pelo Vírus da Imunodeficiência Humana*. *Op. Cit.* p. 81. “(...) É fato conhecido de que os elétrons e moléculas de água são muito menores do que o HIV, que com diâmetro de 120 nanômetros (nm), é tido como agente infeccioso de pequeno tamanho se comparado com o maior agente causador de DST que é *Neisseria gonorrhoeae*, com diâmetro equivalente a 100 nm ou 0,8 microns, e com, o pequeníssimo antígeno de superfície do vírus da hepatite B com 22 nm. As moléculas de água são 100 vezes menores do que o vírus da herpes. O espermatozoide é considerado grande comparado com os agentes causadores de DST, visto que apresenta 3000 nm ou 3 microns de diâmetro. (...)”

⁵³ GIR, Elucir *et al.* *Práticas Sexuais e a infecção pelo Vírus da Imunodeficiência Humana*. *Op. Cit.* p. 87.

frequentemente, os envolvidos na relação sexual não dispõem de preservativos; ou a não aceitação do parceiro quanto ao uso de condons, por entender a sugestão do uso dos mesmos como uma ofensa ou desconfiança de sua pessoa; entendimento equivocado sobre o risco de não se infectar; impropriedade ou negligência no uso do preservativo quando há a ingestão de álcool ou o uso de drogas; julgamento de que os preservativos são apenas métodos contraceptivos e em nada influenciam contra as DSTs; medo de que possa rasgar facilmente durante a relação sexual ou que possa ficar preso no canal vaginal; presunção de que se trata de recurso antinatural; dentre outros.

Levando-se em consideração que a via sexual não é a única maneira de o VIH ser transmitido, mas se configura como uma das mais corriqueiras, seguida pelo uso compartilhado de seringas contaminadas, no contexto das drogas, é evidente que o único comportamento cem por cento seguro contra a infecção pelo VIH, por essa via, ou de qualquer outra doença sexualmente transmissível, seria a abstinência sexual. Entretanto, acreditar que isso possa acontecer é uma utopia, pois não se trata de um comportamento factível para a sociedade em que vivemos.

Outra possibilidade, em tese, de comportamento seguro, com o escopo de evitar a infecção pelo VIH, seria a manutenção de um “*relacionamento mutuamente fiel com parceiro(a) não infectado(a) pelo HIV e uso de condons*”. Entretanto, isto é discutível, porque mesmo se tratando de pessoas que só possuem um parceiro, não seria possível garantir, com toda a certeza, que essa pessoa seja fiel, que não faça parte e nem se envolva em grupos de riscos, bem como seja “*soronegativo para anticorpos anti-HIV*”⁵⁴.

Partindo desses argumentos, o que se discute são a necessidade e a importância do uso de preservativos no combate à transmissão do VIH e DSTs, vez que, nos dias atuais, os indivíduos não os têm priorizado em todos os eventos sexuais, utilizando-o, inclusive, muitas vezes, de maneira incorreta e/ou assistemática, ou até mesmo não fazendo o uso dos condons pelas ideias negativas e preconceitos acima expostos, quanto à sua interferência na essência e qualidade do ato sexual, por achar, erroneamente, que o uso dos preservativos prejudica o prazer sexual⁵⁵.

Embora o uso de preservativos nas relações sexuais constitua um hábito considerado de “*médio risco à infecção pelo HIV*”, justamente pelo uso não corriqueiro e,

⁵⁴ *Idem. Ibidem.* p. 86.

⁵⁵ *Idem. Ibidem.* p. 87 e ss.

não raro, inadequado do mesmo⁵⁶, bem como pela deteriorização do látex, devido às condições de transporte e embalagem⁵⁷, entende-se que sua utilização no ato sexual é fundamental para um comportamento sexual mais seguro, sendo ainda um importante instrumento contraceptivo e profilático contra DSTs, evitando, ainda que com média eficácia, que o VIH seja transmitido, descontroladamente, aos indivíduos.

2. A TRANSMISSÃO DO VIH E O DIREITO PENAL: INTRODUÇÃO DO PROBLEMA

2.1 UTILIZAR OU NÃO A REPRESSÃO JURÍDICO-PENAL PARA A SOLUÇÃO DO PROBLEMA?

Feitas as considerações acerca do surgimento do VIH, de seus aspectos clínicos e biológicos, e as consequências que acarretam para a saúde do indivíduo que o contrai, chega o momento de analisarmos a questão sob uma ótica inversa, isto é, sob o aspecto daquele que transmite o vírus, mas agora do ponto de vista jurídico. Isto, porque muito se questiona sobre a possibilidade de intervenção do Direito Penal nesta seara, a fim de que este possa reprimir as ocorrências de transmissão do vírus.

Há autores, como HERZBERG, defensores de um Direito Penal mínimo, que negam a eficácia do Direito Penal neste âmbito, afirmando que este não deve ser utilizado para resolver problemas desta natureza, tendo em vista que se trataria de tema bastante íntimo, a exemplo da atividade sexual das pessoas, argumentando, ainda, que tal possibilidade traria mais inconvenientes que vantagens⁵⁸⁻⁵⁹. Outro argumento limitador, a título exemplificativo, citado agora por LUZÓN PEÑA, seria o de que as ameaças de pena

⁵⁶ *Idem. Ibidem.* p. 90.

⁵⁷ SIERRA OE, GAONA DE HERNÁNDEZ MA, REY GJ. *Determinación de la permeabilidad viral de los condones de membrana de poliolefina al bacteriófago FX174 [Permeability to FX174 bacteriophages in polyolephin membrane condoms]*. Biomédica (Bogotá), 2005; 25(4):603-8.

⁵⁸ HERZBERG, Rolf Dietrich. *SIDA: Desafío y Piedra de Toque Del Derecho Penal. Comentario a la Sentencia Del BGH de 4 de noviembre de 1988 (1 StR 262/88)*, in MIR PUIG, Santiago. *Problemas Jurídicos Penales Del SIDA*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 1993, p. 123.

⁵⁹ *Idem. Ibidem.* p.124. A posição do autor é a de que “(...) Mediante la renuncia a la intervención penal se abre el camino correcto en la prevención del SIDA. Em los Orígenes del SIDA se crea peligro para la salud y la vida en cada contacto sexual. La prevención em estos ámbitos íntimos no es función Del Derecho Penal, sino que debe ser realizada por cada hombre”.

seriam ineficazes àqueles portadores do vírus que já estejam muito doentes e com grandes chances de contrair doenças oportunistas, as quais inevitavelmente irão levá-los à morte⁶⁰.

Todavia, adverte LUZÓN PEÑA que esses defensores desconhecem, embora não seja a maioria dos casos, que a transmissão do vírus pode se propagar também por pessoas não portadoras do VIH, através do manuseio de objetos infectados, por exemplo, plasma sanguíneo, material cirúrgico ou odontológico. E até mesmo em se tratando dos portadores do vírus, existem outras maneiras de transmitir o VIH que não a sexual⁶¹.

Destaca, ainda, o autor, na esteira do acima mencionado, que na Espanha a forma de transmissão mais comum do VIH não é a sexual, mas sim o uso comum de seringas entre os usuários de droga, apontando, inclusive, as inúmeras formas em que os indivíduos podem transmitir o vírus, exemplificando através da propagação do VIH por doação ou transfusão sanguínea, por agressões ao utilizar agulhas ou outros objetos infectados, ou até mesmo ao negar receber agulhas descartáveis para uso pessoal, sendo possível também a transmissão por meio de feridas, tatuagens ou outros cortes, e hipóteses de gravidez em que a mãe transmite o VIH ao filho⁶².

O fato é que a transmissão do VIH não constitui uma situação irrelevante para a sociedade, tampouco para o Direito Penal, principalmente quando este instituto tem por objetivo e obrigação a proteção de bens jurídicos fundamentais, a exemplo da vida, da saúde e da integridade física. A transmissão do VIH não é e não pode ser tratada como questão meramente íntima. Trata-se, na verdade, da possibilidade de infectar seu semelhante com um vírus causador de uma doença gravíssima e muito agressiva, e que até o presente momento não tem cura.

SCHÜNEMANN, argumentando em favor da intervenção do Direito Penal nesta seara, expõe que não se pode ter como principal estratégia de contenção da transmissão do VIH apenas as informações ou conselhos aos cidadãos, porque, em uma sociedade pluralista em que vivemos, as normas de vigência geral apenas podem ser fixadas pelo Direito, e se essas normas tiverem o escopo de proteger bens jurídicos fundamentais, serão ainda mais ressaltadas pelo Direito Penal⁶³⁻⁶⁴.

⁶⁰ LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Problemas de la Transmision y Prevencion del SIDA en el Derecho Penal Español*. In MIR PUIG, Santiago. *Problemas Jurídicos Penales Del SIDA*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 1993, p. 11.

⁶¹ *Idem. Ibidem.* p. 11.

⁶² *Idem. Ibidem.*, p. 11-12.

⁶³ SCHÜNEMANN, Bernd. *Problemas Jurídicos Penales Relacionados con el SIDA. Op. Cit.*, p. 87.

Jesús-María Silva SÁNCHEZ admite a intervenção do Direito Penal nesta matéria, na defesa de bens jurídicos essenciais frente aos “*ataques de significativa gravidade*”, mas como um instrumento subsidiário em relação a tantos outros existentes, a exemplo da informação. Explica, ainda, o argumento normalmente dado por aqueles que não defendem a intervenção do Direito Penal neste domínio, quando dizem que essa intervenção seria mais um “*reprovable Derecho Penal do autor*”, do que, propriamente, um “*Derecho Penal dos fatos*”. Entretanto, clarifica o autor que este argumento baseia-se na dificuldade de determinar os fatos e casos concretos em que o vírus é transmitido, e isto por si só já demonstra que não se pretende com a intervenção do Direito Penal castigar ninguém “*por ser o que é*” (homossexual, prostituta ou drogáticos), mas tão somente analisar as condutas de transmissão, corroborando o entendimento de que se trataria mesmo de um “*Derecho Penal del hecho*”⁶⁵.

A importância da intervenção do Direito Penal em casos de transmissão da doença, de acordo com as lições de LUZÓN PEÑA, resta demonstrada quando se discute acerca da questão da pena privativa de liberdade daqueles que, embora sejam portadores do vírus e o tenham transmitido dolosamente a terceiros, ainda não estejam em um estágio crítico da doença, e dessa forma ainda estejam em condições de cumprir essa pena pelo eventual crime cometido⁶⁶.

O entendimento seria o de que esta pena privativa de liberdade teria uma eficácia “*preventivo-especial*” de que o sujeito não volte a delinquir no meio social. E se, caso, dentro do estabelecimento penitenciário, o doente esteja em um estado em que se exclua sua imputabilidade ou culpabilidade, é possível que se lhe imponha medida de segurança, servindo inclusive, as tipificações e sanções penais, de exemplo para outros infratores que estejam em situação semelhante, além da possibilidade de sua responsabilização civil pelos danos causados, demonstrando assim, uma reprovação jurídica e social dessas condutas danosas⁶⁷.

⁶⁴ *Idem. Ibidem.* p. 88. Ainda no mesmo raciocínio, o autor destaca que “(...) *el SIDA no es un fenómeno puramente subcultural, sino que también constituye (...) un problema que afecta a toda a la Sociedad, y que, habida cuenta de la fluida frontera que discurre entre cultural global y subcultura, así como de los continuos contactos entre ambas que pueden suponer peligro de infección, las normas de conducta del Derecho sólo pueden formularse de forma unitaria*”.

⁶⁵ SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *Política Criminal y SIDA*. Revistas dos Tribunais, Ano 5, Abril-Junho, 1997, p. 35.

⁶⁶ LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Problemas de la Transmision y Prevencion del SIDA en el Derecho Penal Español... Op. Cit.* p. 12.

⁶⁷ *Idem. Ibidem.* p. 12-13.

O Direito Penal também é relevante, na medida em que é capaz de regular os deveres de assistência médica e social aos portadores do VIH, bem como regular por meio de instrumentos coercitivos, que o vírus não seja transmitido a outras pessoas⁶⁸, responsabilizando o transmissor por eventual crime cometido.

Não se pretende, com esta posição, afirmar que o Direito Penal deva ter uma “*dimensão expansionista*”. Muito ao contrário. A atuação do Direito Penal/Estado na vida privada deve ser a mínima necessária, cabendo sua intervenção, etretanto, sempre que seja indispensável para garantir que a vida em sociedade se dê de forma harmônica, visando à tutela de bens de máxima importância não apenas para o Estado e para a comunidade, mas também para cada indivíduo⁶⁹⁻⁷⁰.

Destarte, a SIDA é uma doença altamente nociva e o vírus que a desencadeia pode a qualquer momento ser transmitido a pessoas indeterminadas, caso não sejam tomadas as devidas precauções, colocando em risco a vida e a saúde das pessoas, sendo valiosa, por este motivo, a ótica do Direito Penal, para o qual o agente delinque, a depender de outros fatores, mas *grosso modo*, a partir do “*contágio que origina a infecção por VIH*”, em que não ofende “*de maneira predominantemente a um bem jurídico microsocial, mas também (...) a saúde pública*”⁷¹.

Nesse diapasão, resta comprovada a necessidade e a possibilidade de intervenção do Direito Criminal para solucionar casos em que esteja envolvida a transmissão do VIH, seja quando o portador do vírus for sujeito passivo (crimes contra a honra, crimes sexuais...), seja, principalmente, quando estiver na posição de sujeito ativo do fato, o que não impede que as políticas sanitárias continuem sendo incentivadas, bem como que se estimule e instigue as pessoas a terem cada vez mais o senso de autorresponsabilidade⁷².

⁶⁸ PITA, Maria Del Mar Díaz; PITA, Paula Díaz; CASTAÑO, Elena, Nuñez. *La Transmisión del SIDA: Problemas Penales, Procesales y Perspectivas Político Criminales*, in *Protección Penal y Tutela Jurisdiccional de la Salud Pública y del Medio Ambiente*, Universidad de Sevilla, Secretariado de Publicaciones, 1997, p. 163.

⁶⁹ FRANCO, Alberto Silva. *Do Princípio da Intervenção Mínima ao Princípio da Máxima Intervenção*. Revista Portuguesa de Ciência Criminal. Coimbra Editora, Abril-Junho, 1996, p. 175-177.

⁷⁰ *Idem*. *Ibidem*. p. 175-177. “*Num Estado democrático de Direito, a intervenção penal não pode ter uma intervenção expansionista: deve ser necessariamente mínima, expressando, apenas e exclusivamente, a ideia de proteção de bens jurídicos vitais para a livre e plena realização da personalidade de cada ser humano e para a organização, conservação e desenvolvimento da comunidade social em que ele está inserido*”.

⁷¹ CARRERA, Daniel P. *SIDA y Derecho Penal Argentino*. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Córdoba. Vol.2, 1994, p. 75.

⁷² DIAS, Augusto Silva. *A Responsabilidade Criminal por Transmissão irresponsável do Vírus da SIDA: um olhar sobre o Código Penal Português e o novo Código Penal de Cabo Verde*. *Direito e Cidadania*, Praia: Gráfica do Mindelo, A.6, nº 20-21, 1997, p. 13. A despeito do Direito Penal não impedir a formação de

Para arrematar o tópico, o mais importante que se diga é que, embora o entendimento aqui proposto seja o da possibilidade de intervenção jurídico-penal para a solução desta problemática, já que “o Direito Penal não deve virar as costas aos novos desafios”, sendo impensável excluí-lo “do catálogo dos instrumentos ao serviço da missão de controle destes novos riscos⁷³”, sem excessos em sua intervenção, é claro, há que se admitir que tal possibilidade é totalmente compatível com a perspectiva de manter o respeito, a solidariedade e a não discriminação aos portadores do VIH⁷⁴, visto que o fato destes poderem se encontrar na posição de agente, não quer imprimir a ideia de que possam ser discriminados, pois somente serão responsabilizados quando, efetivamente, cometerem um fato criminoso, revelando que o Direito Penal se traduz em um Direito Penal do fato, afastando a característica de “inimigo”⁷⁵ dessas pessoas, até porque estes também procuram satisfazer seus anseios, seja de qual natureza for, por exemplo manter relações sexuais com seus parceiros, pelos mesmos motivos que as pessoas que não estão infectadas pelo vírus o fazem: amor, prazer, tédio, paixão, comércio, pressão social e cultural, entre outros⁷⁶.

2.2 A RELAÇÃO DE CAUSALIDADE E A IMPUTAÇÃO DE RESULTADOS TARDIOS

Consolidada a possibilidade e necessidade de intervenção do Direito Penal nos casos em que haja a transmissão do VIH, outro problema fundamental que surge neste setor se situa no âmbito da relação de causalidade entre a conduta do transmissor do vírus e

premissas de autorresponsabilidade, o autor exemplifica chamando a atenção para o fato de que mesmo o furto de automóveis seja um fato punível, tal fato não levaria os indivíduos a deixar seus veículos abertos durante a noite; assim como o fato de a burla ser crime, não leva os cidadãos a se deixar levar pelo conto do vigário, demonstrando assim que se todos tomam medidas de autotutela em casos como esses, também devem ser cautelosos diante dos contextos sexuais ou com o uso de seringas.

⁷³ FERNANDES, Paulo Silva. *Globalização, “Sociedade do Risco” e o futuro do Direito Penal. Panorama de alguns problemas comuns*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 74 e 75.

⁷⁴ SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *Política Criminal y SIDA*. Op. Cit., p. 36.

⁷⁵ JAKOBS, apud, SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, (Série as ciências criminais no século 21, v.11), p. 149. Segundo JAKOBS, “o inimigo é um indivíduo, que mediante seu comportamento, sua ocupação profissional ou, principalmente, mediante sua vinculação a uma organização, abandonou o Direito de modo supostamente duradouro e não somente de maneira incidental. Em todo caso, é alguém que não garante mínima segurança cognitiva de seu comportamento pessoal e manifesta esse déficit por meio de sua conduta. (...)”.

⁷⁶ GUIMARÃES, Marclei. *HIV/AIDS não é sentença de morte: uma análise crítica sobre a tendência à criminalização da exposição sexual e transmissão sexual do HIV no Brasil*. Rio de Janeiro: ABIA, 2011, p. 16.

o resultado por ele produzido. Pode ocorrer, por vezes, dependendo de como reage o organismo do infectado, de um resultado lesivo como a morte ocorrer somente depois de um determinado tempo, fazendo com que haja uma ruptura do nexu causal, a depender de qual teoria causal se leve em consideração, já que elas são inúmeras e por este motivo somente serão tratadas as que obtiveram um maior relevo na doutrina.

Destarte, para que fique bem assentada a problemática que de momento nos ocuparemos, imprescindível se faz a discussão acerca do nexu de causalidade nas teorias da equivalência das condições, da causalidade adequada e do incremento do risco.

Assim, para que se possa afirmar e estabelecer a prática de um crime é necessário que o nexu de causalidade entre a conduta e o resultado seja verificado. Para que haja tipicidade nos crimes formais, basta que a ação cometida pelo indivíduo seja descrita como típica. Entretanto, nos crimes materiais, a consumação do delito depende da existência e comprovação de um resultado naturalístico⁷⁷.

A expressão *versari in re illicita*, segundo a qual aquele que participa de uma atividade ilícita é responsável pelos danos derivados de sua atuação, por vezes é concebida como a origem da teoria das condições causais⁷⁸. É neste cenário que as citadas teorias da causalidade penal assumem relevância, na medida em que cada uma das formulações propostas atua com o escopo de constituir um elo entre a conduta do agente e o resultado por este produzido.

Foi no contexto do causalismo naturalista que surgiu a primeira teoria causal apresentada, a chamada teoria da *conditio sine qua non* ou teoria da equivalência dos antecedentes causais, atribuída por Julius Glaser, processualista austríaco, e desenvolvida por Maximilian Von Buri. Por esta teoria, depreende-se que tudo aquilo que contribuir para o resultado é considerado causa do mesmo, e que cada uma das condições causais têm o mesmo valor como causa⁷⁹⁻⁸⁰.

⁷⁷ CAMARGO, Antônio Luis Chaves. *Imputação Objetiva e Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002, p. 45.

⁷⁸ SOUSA, Susana Aires de. *A Responsabilidade Criminal pelo produto e o topos causal em Direito Penal – Contributo para uma proteção penal de interesses do consumidor*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 337.

⁷⁹ CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal I*. Coimbra: Livraria Almedina, 1971, p. 253.

⁸⁰ SOUSA, Susana Aires de. *A Responsabilidade Criminal pelo produto e o topos causal em Direito Penal*. *Op. Cit.*, p. 340. A autora explica que a tese de V. Buri pode ser resumida em duas frases. A primeira seria a de que “causa é a soma das forças”, a segunda, a de que “causa é cada uma destas singulares forças”, concluindo-se que todas as condições são partes necessárias da causa de um resultado, já que caso uma delas fosse eliminada, seria o mesmo que eliminar o mesmo, sendo este formado por cada uma e por todas essas condições.

A dúvida que surge é a de saber quais causas deram origem ao resultado. Para tanto, deve-se utilizar o Método hipotético de Thyrén, em que cada uma das causas devem ser suprimidas mentalmente. Caso se verifique que o resultado não teria ocorrido sem essa condição, esta será relevante para o Direito Penal, pois será considerada causa do resultado produzido pelo agente. Consequentemente, a tipicidade penal será afirmada, tendo em vista que, com base no procedimento hipotético de eliminação, a ação do agente foi considerada causa para o resultado, foi uma *conditio sine qua non* para a sua ocorrência⁸¹. Assim, EDUARDO CORREIA ensina que “*condição seria todo o antecedente sem o qual o resultado se não teria produzido*”⁸².

Fazendo-se uma reflexão acerca da transmissão do VIH, por esta concepção que prega um raciocínio lógico-formal, se um indivíduo transmitisse o vírus a outrem, e, mesmo depois de certo lapso temporal, este viesse a óbito, não restariam dúvidas de que o transmissor deveria ser responsabilizado pelo crime de homicídio, já que ele foi o causador deste resultado. Somente não seria responsabilizado caso tivesse agido inconscientemente ou por uma força irresistível⁸³.

Todavia, embora sua contribuição tenha sido de suma importância para o crescimento do sistema penal, muitas críticas são pontuadas, pois esta teoria não oferece garantias de justiça. A esta conclusão se pode chegar facilmente quando nos questionamos, ainda sob o ponto de vista da transmissão do VIH, se o agente deveria ser responsabilizado por homicídio, caso o ofendido já fosse portador do vírus; ou nos casos em que o próprio transmissor desconhecia sua condição de soropositivo? Outro questionamento relevante é o de saber se o transmissor do VIH estivesse no pólo passivo de um crime sexual, e seu ofensor morresse em decorrência do contágio pelo VIH, ainda assim deveria o ofendido ser responsabilizado, mesmo não tendo realizado um movimento corpóreo voluntário para que o resultado se produzisse? Ademais, pessoas que não atuaram de forma alguma para que o vírus fosse transmitido, mas que não pudessem ser excluídas, devido a uma ligação com o

⁸¹ SOUSA, Susana Aires de. *A Responsabilidade Criminal pelo produto e o topus causal em Direito Penal*. *Op. Cit.*, p. 344.

⁸² CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal I*. *Op. Cit.*, p. 254.

⁸³ CAMARGO, Antônio Luis Chaves. *AIDS e o Direito Penal – Aspectos gerais*. Revista USP, São Paulo, n. 33: XX - XX, Março – Maio, 1997, p. 62.

agente, a exemplo dos pais do transmissor, seriam estes também responsabilizadas *num regressus ad infinitum*⁸⁴? A resposta a todas essas questões só pode ser negativa.

Como se percebe, tal teoria foi e continua sendo alvo de diversas críticas, pois seria limitada diante de certas situações, nomeadamente aos problemas de causalidade hipotética ou alternativa, causalidade virtual, interrupções de cursos causais de alguém que procura salvar um bem jurídico, a causalidade nos crimes negligentes, casos de dupla causalidade, dentre outras, podendo levar, inclusive, a uma imputação com base em um regresso ao infinito, como já se mencionou, na medida em que a mais longínqua condição seria abarcada como causa do resultado⁸⁵.

A despeito do que ora se afirma, citamos exemplos trazidos por DIAS e ROXIN, respectivamente. O primeiro seria o do pai, responsabilizado pelas condutas do filho, pois sem àquele este não teria nascido e suas condutas não teriam se produzido; o segundo, é o do médico que, com sua atuação, adia a morte inevitável de seu paciente, e que por esta teoria seria, a depender também de outros fatores, responsabilizado pela morte daquele, vez que sua conduta foi uma condição para a morte do mesmo⁸⁶.

A Teoria supramencionada é a adotada pelo Ordenamento Jurídico Penal brasileiro, prevista no artigo 13 do Código Penal, em que “*o resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido*”⁸⁷. Entretanto, em Portugal, a Teoria que vigora é a da causalidade adequada, prevista no número 1, do artigo 10º, o qual prevê que “*quando um tipo legal de crime compreender um certo resultado, o facto abrange não só acção adequada a produzi-lo como a omissão da acção adequada a evitá-lo, salvo se outra for a intenção da lei*”⁸⁸.

A Teoria da Adequação, como também é chamada, foi criada pelo lógico e médico friburguês Johannes Von Kries, no final do século XIX (1853-1928)⁸⁹, na tentativa de

⁸⁴ FRANÇA, Lendro Aires; RUDNICK, Nádia Gabriele. *Transmissão do HIV/AIDS: Revolução Médico-Terapêutica e aspectos jurídicos-penais*. Revista Justiça e Sistema Criminal, v.4, n.6, jan./jun., 2012, p. 157.

⁸⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: Parte Geral. Tomo I. Op. Cit.*, p. 235; SOUSA, Susana Aires de. *A Responsabilidade Criminal pelo produto e o topos causal em Direito Penal. Op. Cit.*, p. 356-358; ROXIN, Claus. *Derecho Penal – Parte General - Tomo I Fundamentos. La estructura de la Teoria del delito*. Traducióm y notas, Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid, Civitas, 1997, p. 352-358.

⁸⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: Parte Geral. Tomo I. Op. Cit.*, p. 235; ROXIN, Claus. *Derecho Penal – Parte General - Tomo I. Op. Cit.*, p. 352.

⁸⁷ BRASIL. Artigo 13. Código Penal Brasileiro.

⁸⁸ PORTUGAL. Artigo 10º, nº 1. Código Penal Português.

⁸⁹ ROXIN, Claus. *Derecho Penal – Parte General - Tomo I. Op. Cit.*, p. 359.

evitar as injustiças causadas pela teoria anterior. Nesse diapasão, nem todas as condições serão relevantes para a valoração jurídica da ilicitude, mas somente aquelas idôneas para a produção do resultado, segundo o que se, em regra, pode prever⁹⁰. Assim, “*a imputação penal não pode nunca ir além da capacidade geral do homem de dirigir e dominar os processos causais*”⁹¹.

Destarte, objetiva essa teoria escolher dentre as possíveis ações causadoras do resultado a que mais se mostrou relevante e incrementou a produção do dano, sendo bastante provável que a mesma tenha feito este se produzir⁹².

Entretanto, também aqui se questiona como se pode considerar que uma ação foi idônea a produzir um resultado? A resposta a esta pergunta pode ser dada por meio de um juízo *ex ante*, o qual consiste em quando um juiz for julgar ou analisar o caso concreto, deve este se transportar mentalmente ao passado e se questionar se a conduta do agente foi adequada para que o resultado se produzisse. ROXIN clarifica afirmando que o “*(...) juiz deve colocar-se posteriormente (ou seja no processo) sob o ponto de vista de um observador objetivo que julgue o antes do fato e disponha dos conhecimentos de um homem inteligente do correspondente setor da vida e ainda do saber especial do autor*”⁹³. Ressalte-se que a imputação não terá lugar, caso o juiz entenda que o resultado produzido tenha sido imprevisível, ou que, mesmo sendo previsível, sua ocorrência era improvável ou de verificação rara⁹⁴.

Assim, por esta teoria, se A convencesse B a viajar de avião, em que ocorresse um acidente, devido à explosão de uma bomba, não se pode afirmar que A teria agido adequadamente para a morte de B, já que antes do vôo um observador médio e inteligente teria considerado tal hipótese totalmente improvável. Diferentemente seria, se A soubesse da existência da bomba implantada no avião, pois com essa informação especial, a conduta de A, ao convencer B a viajar, seria considerada condição adequada para a morte deste, devendo responder por homicídio doloso⁹⁵.

⁹⁰ CARVALHO, Américo Taipa de. *Direito Geral: Parte Geral. Vol II*. Porto: Coimbra Editora, 2004, p.108.

⁹¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: Parte Geral. Tomo I. Op. Cit.*, p. 328.

⁹² DÍAZ, Claudia López. *Introducción a la imputación Objetiva*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 42.

⁹³ ROXIN, Claus. *Derecho Penal – Parte General - Tomo I. Op. Cit.*, p. 360.

⁹⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: Parte Geral. Tomo I. Op. Cit.*, p. 329; DE LA CUESTA AGUADO, Paz Mercedes. *Tipicidad e Imputación Objetiva*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Cuyo, 1998, p. 133.

⁹⁵ ROXIN, Claus. *Derecho Penal – Parte General - Tomo I. Op. Cit.*, p. 360.

Em que pese a Teoria da causalidade adequada ter servido como uma espécie de filtro de ações inadequadas à produção de um resultado, conseqüentemente, refletir o que se pode considerar adequado no âmbito de uma infração criminal, para poder imputar ao agente o resultado produzido, tal teoria não foi capaz de corrigir alguns excessos, mostrando-se muitas vezes insatisfatória, uma vez que o juízo de adequação implica em uma combinação entre aspectos objetivos e subjetivos do delito, tendo em vista que dentro do contexto causal se intercalam critérios como o da previsibilidade, por exemplo; além disso, tal juízo de adequação se mostra incapaz de determinar qual o grau de probabilidade é necessário para que uma causação seja considerada juridicamente relevante⁹⁶.

Ademais, existem certas atividades que até podem causar danos, todavia são legalmente permitidas, visto sua imprescindibilidade para a sociedade contemporânea, de maneira que em setores como o da circulação aérea e rodoviária, tecnologia genética, destruição de ecossistemas, intervenções médicas arriscadas, danificação ou destruição de ecossistemas e outros, muitas vezes a conduta do agente até pode se mostrar adequada à produção de resultados típicos, entretanto, sob pena de um retrocesso social, não se pode impedir a atuação dessas atividades⁹⁷.

A terceira e mais importante teoria para o nosso estudo é a chamada Teoria do incremento do risco, desenvolvida na Teoria da Imputação Objetiva, a qual será abordada em capítulo próprio. Trata-se, na realidade, de uma teoria que tem por função a delimitação e a correção das concepções causais anteriores, sendo uma alternativa justa para descobrir de fato o que deve ser atribuído ao autor como obra sua, excluindo resultados que não pertençam à sua ação. Essa teoria tem o escopo de restringir a relevância jurídico-penal da relação de causalidade entre a conduta do autor e o resultado produzido, no plano da imputação, já que o autor só poderá ser responsabilizado

⁹⁶ STRATENWERTH, Günther. *Derecho penal - Parte General. El hecho punible*. Traducción de Manuel Cancio Meliá y Marcelo Sancinetti. Navarra: Thomson-Civitas, 2005, p. 129. Sobre o assunto, o autor aponta que não é uma base segura a ligação entre o “hipotético observador entendido” e os conhecimentos especiais do autor, e sobre isso, “não se pode estabelecer com precisão qual será a medida dos conhecimentos disponíveis pelo observador imaginado. Dito com um exemplo: saberá ele que a vítima alvejada pelo autor com uma pedra é hemofílica ou não saberá? Algo similar rege para a previsão de possíveis cursos do acontecer: se deve partir da base de uma capacidade de apreciação média ou da altamente especializada, própria de um expert?”.

⁹⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal: Parte Geral. Tomo I. Op. Cit.*, p. 331.

criminalmente caso tenha criado um risco tipicamente relevante, concretizado em um resultado com a mesma natureza da norma que o prevê⁹⁸.

Essa nova modalidade de aferição donexo causal é de extrema relevância para este ensaio, pois ela tenta corrigir os exageros e injustiças apresentados pelas teorias anteriores, que por sua vez procuram ser contidos por meio da relação de imputação objetiva entre a conduta do agente e o resultado por ele produzido, limitando de certo modo a responsabilidade do agente. Tal argumento resta demonstrado quando da investigação acerca da qualidade do resultado no contexto de transmissão do VIH, pois, constantemente, o resultado produzido no ofendido pelo transmissor do vírus é de difícil comprovação, dado que ao sujeito passivo pode ocorrer “*outras infecções em outros contatos sexuais, por meio de outras injeções, contatos com outras feridas ou transfusões*”⁹⁹.

Diante dessa constatação, surge outra problemática muito discutida nesses casos, pertinente à questão da imputação de resultados tardios, definidos pelo aparecimento da(s) consequência(s) lesiva(s), somente após um largo lapso temporal, contados a partir da realização da ação¹⁰⁰⁻¹⁰¹, pairando a dúvida de se diante de uma situação como essa, o processo causal, iniciado pela conduta do autor, teria sido interrompido ou não¹⁰².

Antes de enfrentarmos tal questão, é válido diferenciar situações em que o fator tempo é utilizado para a verificação da produção do resultado lesivo em alguns grupos de casos totalmente distintos uns dos outros. Para tanto, utilizar-se-á a exposição feita por SILVA SÁNCHEZ¹⁰³, citado por GOMEZ RIVERO, quando elenca esses acontecimentos, dividindo-os da seguinte maneira:

a) Casos em que, depois de uma primeira lesão, é produzido um dano permanente, o qual determina uma consequência lesiva posterior. A doutrina alemã os costuma chamar, como o nome sugere, de “*danos permantes*”. Cita como exemplo situações em que o

⁹⁸ SOUSA, Susana Aires de. *A Responsabilidade Criminal pelo produto e o topus causal em Direito Penal*. Op. Cit., p. 407 e ss.

⁹⁹ LUZON PEÑA, Diego-Manuel Luzón. *Problemas de la Transmisión y Prevención del SIDA en Derecho Penal Español...* Op. Cit., p. 13.

¹⁰⁰ GOMEZ RIVERO, Maria Carmen. *La Imputación de los Resultados Producidos a Largo Plazo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998, p. 11.

¹⁰¹ *Idem. Ibidem.* p.11. A autora, à título ilustrativo, cita as doenças e as mortes que foram registradas vários anos depois do acidente nuclear de Chernobil.

¹⁰² SOUSA, Susana Aires de. *A transmissão do vírus da SIDA constitui uma conduta criminalmente relevante? (Considerações sobre a tipicidade criminal)*. A infecção VIH e o Direito, 9º Congresso Virtual HIV/AIDS, Fevereiro de 2010, p. 107.

¹⁰³ SILVA SÁNCHEZ, *apud*, GOMEZ RIVERO, Maria Carmen. *La Imputación de los Resultados Producidos a Largo Plazo...* Op. Cit., p. 17-18.

sujeito sofre uma desvantagem por uma lesão prévia, que o impede de abandonar a tempo sua casa incendiada.

b) Casos em que o resultado lesivo vem codeterminado por uma persistência de uma lesão inicial não curada e um fator causal externo. São os chamados “*danos supervenientes*”. É citado com exemplo o caso de uma paciente que da entrada ao hospital, em razão de uma intoxicação vitamínica provocada por um erro farmacêutico, mas que posteriormente falece por causa de uma gripe contraída no próprio hospital; ou o caso do sujeito que é internado no hospital, mas vem a falecer por conta de um incêndio ocorrido no mesmo por não ter conseguido fugir devido à sua imobilidade.

c) O terceiro e último tipo de caso é aquele em que o lesado sofre danos que encurtam sua expectativa de vida. São chamados de “*danos tardios*”. Como exemplo, cita-se a situação de um indivíduo que depois de entrar em coma em decorrência de uma lesão inicial, vem a falecer muitos anos depois.

Transpondo essa temática para o contexto da transmissão do VIH, levando em consideração que as consequências da infecção podem aparecer somente depois de um lapso temporal significativo, GOMEZ RIVERO afirma que a questão da transmissão do VIH se enquadra ao terceiro tipo de caso, vez que o dano ocorrido posteriormente se vincula exclusiva e diretamente com a conduta do autor, o que não ocorre em relação aos primeiros casos mencionados, em que o dano final se vincula a fatores externos¹⁰⁴.

A partir daí, levanta-se a questão de saber se é possível imputar ao transmissor desse vírus a ocorrência do resultado lesivo posterior, com fundamento no avanço da medicina e dos tratamentos clínicos e na dúvida acerca de se, desde o contágio, a progressão da doença seria contínua, ou seja, se não teria a influência de agentes externos para a ocorrência de uma eventual morte¹⁰⁵.

Ressalte-se, desde logo, que não há um consenso doutrinal a esse respeito. Nesse sentido, há autores que admitem sem nenhum limite ou restrição a imputação de resultados tardios, sendo adeptos desse posicionamento doutrinadores como “*Scherf, Schram, Scheuerl, Bottke ou Jakobs*”. O argumento é o de que não haveria motivos para que fossem tratados de forma diferentes, agentes que tivessem produzido resultados lesivos imediatos,

¹⁰⁴ GOMEZ RIVERO, Maria Carmen. *La Imputación de los Resultados Producidos a Largo Plazo... Op. Cit.*, p. 18.

¹⁰⁵ SOUSA, Susana Aires de. *A transmissão do vírus da SIDA... Op. Cit.*, p. 108.

daqueles em que o resultado tenha se produzido depois de certo período. À propósito da transmissão do VIH, analisa implicitamente a questão EBERBACH¹⁰⁶.

Por outro norte, há autores que admitem a imputação de resultados tardios, propondo, entretanto, corretivos em relação à pena. É o caso de SILVA SÁNCHEZ. Para o autor, embora haja uma diferença valorativa entre a primeira corrente e esta, também não seria possível “*alterar ou excluir o juízo de imputação*”, mas tão somente devendo encontrar “*reflexo na medição da pena*”. Ou seja, na concepção do referido autor sempre haverá uma imputação objetiva da morte causada. SILVA SÁNCHEZ diferencia valorativamente ainda, os casos em que a conduta “*desencadeia um risco de produção imediata do resultado morte, frente àquela outra em que o risco se materializa pelo transcurso de um período dilatado de tempo*”, por exemplo, 20 anos, propondo nestes casos, de *lege ferenda*, que depois de transcorrido esse tempo e o resultado lesivo se produza, embora se deva proceder normalmente à imputação do autor, deve ser imposta uma pena inferior à que corresponderia em situações normais de resultado imediato. Devendo-se proceder da mesma maneira, inclusive, em casos de tentativa, quando é possível haver uma “*gradação da antijuridicidade a partir do risco ex ante*”¹⁰⁷.

Ainda nesta rápida digressão, especificamente quanto à questão da transmissão do VIH, vale ressaltar a posição de LUZÓN PEÑA, o qual, assim como Silva Sánchez, é a favor de uma atenuação de pena nos casos em que se deva afirmar ou considerar a tipicidade da conduta como de homicídio, todavia levanta a questão acerca da possibilidade de na verdade não ser o tipo penal de homicídio o mais adequado, mas não por falta de imputação objetiva do resultado, mas sim por considerar que a diminuição da vida em alguns anos não tem o significado de ação típica de matar. Porém, quanto ao delito de lesões, explica o autor que o risco inicial em relação à conduta fica mais fácil de ser percebido. E mesmo que a doença não chegue a se desenvolver no organismo do ofendido, havendo a infecção pelo vírus, esta ação também poderia se enquadrar no delito de lesões por prejuízo no estado de saúde mental e corporal do sujeito, além de gerar uma necessidade de assistência e cuidados sanitários¹⁰⁸.

¹⁰⁶ GOMEZ RIVERO, Maria Carmen. *La Imputación de los Resultados Producidos a Largo Plazo... Op. Cit.*, p. 67-68.

¹⁰⁷ SILVA SÁNCHEZ, apud, GOMEZ RIVERO, Maria Carmen. *La Imputación de los Resultados Producidos a Largo Plazo... Op. Cit.*, p. 68-69.

¹⁰⁸ LUZON PEÑA, Diego-Manuel Luzón. *Problemas de la Transmisión y Prevención del SIDA en Derecho Penal Español... Op. Cit.*, p. 18.

A última posição doutrinal e a que nós aderimos, quanto à problemática dos resultados tardios e o VIH, é aquela em que alguns autores excluem a possibilidade de imputação desses resultados tardios, como é o caso de FRISCH, o qual nega a responsabilidade do agente pelo crime de homicídio, por entender que “*decaem os pressupostos de imputação*”. Para ele, os delitos contra a vida não foram delineados para tais resultados, os quais, muitas vezes, realizam-se “*muitos anos depois da conduta causadora*”, faltando, assim, “*a dimensão temporal de imputação*”¹⁰⁹.

Sobre o tema, SCHÜNEMANN entende que, do ponto de vista dogmático, deve-se excluir a imputação de resultados tardios, relacionados com o VIH, de situações típicas como a do homicídio, vez que certas consequências são imprevisíveis tanto para a sociedade como para o autor, fugindo determinadas situações por completo do controle deste¹¹⁰.

Os critérios utilizados pelo autor para excluir da responsabilidade do agente consequências tardias como, por exemplo, a morte – *Imprevisibilidade e Incontrolabilidade da concreta evolução da doença* – são geralmente utilizados para os casos negligentes, o que não obsta que tais critérios sejam trasladados para casos de crimes dolosos, em razão do crime doloso se caracterizar “*por uma forma mais intensiva do controle dos acontecimentos*”, que neste caso está ausente nas consequências posteriores¹¹¹.

Como se nota, há diversos fatores que podem influenciar na produção de um resultado morte, e quanto maior o lapso temporal entre a contaminação do ofendido e o resultado lesivo advindo dessa conduta (*doença grave e permanente ou a morte*), mais difícil se torna a comprovação de que um deu causa ou foi a origem do outro, ou seja, a relação de causalidade resta bastante prejudicada, faltando assim “*(...) a dimensão temporal da causalidade e, por arrastamento, falece o pressuposto naturalístico da imputação objetiva*”¹¹²⁻¹¹³⁻¹¹⁴. Falta um risco desaprovado no sentido dos tipos de crime contra a vida.

¹⁰⁹ FRISCH, *apud*, GOMEZ RIVERO, Maria Carmen. *La Imputación de los Resultados Producidos a Largo Plazo... Op. Cit.*, p. 69-70.

¹¹⁰ SCHÜNEMANN, Bernd. *Problemas Jurídicos Penales Relacionados con el SIDA... Op. Cit.*, p. 28-29.

¹¹¹ *Idem. Ibidem.* p. 29.

¹¹² DIAS, Augusto Silva. *A Responsabilidade Criminal por Transmissão irresponsável do Vírus da SIDA: um olhar sobre o Código Penal Português e o novo Código Penal de Cabo Verde*. Direito e Cidadania, Praia: Gráfica do Mindelo, A.6, nº 20-21, 1997, p. 18.

Nesse contexto, a ação de contaminar alguém com o VIH passa a ser uma, dentre as várias condições do resultado e não mais uma causa do mesmo, decorrendo disso não uma “*impossibilidade lógica*” de se estabelecer o nexos causal entre a conduta e o resultado, mas uma dificuldade prática, que não pode ser ignorada no plano da imputação¹¹⁵.

Além do fator tempo, pense-se em hipóteses de ações paralelas, em que vários soropositivos mantêm relações sexuais com uma prostituta. As perguntas que ecoam são as de quem, afinal, transmitiu o VIH por primeiro?; e, se houver a possibilidade de se ser soropositivo, sem ser portador do vírus¹¹⁶?

Dito isso e levando-se em consideração os questionamentos acima, como já observados, o tempo de incubação do vírus, fazendo com que o infectado seja apenas portador do mesmo e não, necessariamente, desenvolva a Síndrome ou qualquer outra doença oportunista, bem como a ocorrência de ações paralelas, cumpre analisar, sob a ótica do Direito Penal, qual crime o transmissor cometeu.

Nos casos em que tenha havido dolo, seja ele direto ou eventual, ou imprudência de quem provocou a infecção, tem-se discutido na doutrina penal o cometimento de alguns crimes, a exemplo do crime de homicídio doloso ou culposos, crime de lesão corporal, perigo de contágio de moléstia grave e outros.

É o que se passa a analisar.

¹¹³ *Idem. Ibidem. p.18.* A este respeito, o autor traz à baila outros argumentos que reforçam a diluição do nexos de causalidade entre a conduta do agente e o resultado lesivo posterior ao citar não só as novas medidas terapêuticas contra a SIDA, há indivíduos que oferecem grande resistência à doença, devido à diferenças genéticas nos receptores celulares.

¹¹⁴ MOURA, José Souto de. *SIDA e responsabilidade penal... Op. Cit.*, p. 46-47. O autor explica a dificuldade de imputação do crime de homicídio, na medida em que “*o processo causal pode desenvolver-se ao longo de anos. O período de incubação da doença que leva à morte pode exceder sete anos. Se isso acontecer, desde logo o prazo prescricional do procedimento crime pelo homicídio negligente, impede qualquer reação. (...) Além disso, “(...) o julgamento pode ocorrer num momento em que o doente está vivo e portanto se não pode falar ainda em homicídio”*”.

¹¹⁵ DIAS, Augusto Silva. *A Responsabilidade Criminal por Transmissão irresponsável do Vírus da SIDA... Op. Cit.*, p.19.

¹¹⁶ MOURA, José Souto de. *SIDA e responsabilidade penal... Op. Cit.*, p.47.

CAPÍTULO II

RESPONSABILIDADE CRIMINAL PELA TRANSMISSÃO SEXUAL DO VIH

3 TRANSMISSÃO DO VIH PELA VIA SEXUAL E A TIPIFICAÇÃO DA CONDUTA NOS SISTEMAS PENAIIS BRASILEIRO E PORTUGUÊS

A conduta de transmitir o VIH traz consigo a problemática de tentar enquadrar esta conduta em algum tipo penal, já que não existe qualquer dispositivo que puna o transmissor do vírus, o que se pretenderá alcançar com base tanto no ordenamento jurídico brasileiro, como no ordenamento jurídico português, com o fim de tentar responsabilizar, de alguma maneira aquele que transmite o vírus, seja de forma dolosa ou negligente, não esquecendo, por óbvio, dos direitos e garantias fundamentais de cada cidadão.

A transmissão do vírus ligado à SIDA, pela via sexual, no Direito brasileiro, tem sido bastante discutida desde alguns anos, principalmente entre os anos de 2008 a 2010, e mais recentemente, nos anos de 2013 e 2014, tanto na doutrina, como na jurisprudência.

Levando-se em consideração o tempo de incubação do vírus, fazendo com que o infectado seja apenas portador do mesmo e não, necessariamente, desenvolva a Síndrome ou qualquer outra doença oportunista que acabe levando à sua morte, e a variedade de julgados e posicionamentos doutrinários quanto ao tema, cumpre analisarmos, sob a ótica do Direito Penal, a qual tipo penal a conduta do transmissor se aperfeiçoa.

A relevância do tópico consiste justamente na tentativa de, com base no princípio da dignidade da pessoa humana¹¹⁷ e no devido processo legal, fazer com que o magistrado consiga concretizar um julgamento justo, já que ainda hoje há setenças com resoluções

¹¹⁷ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. Edição: 14ª, vol. 2, Editora: Saraiva, São Paulo, 2014, p. 17-18. O autor entende que “O tipo penal ou a sua aplicação, quando, a pretexto de cumprir uma função de controle social, desvincular-se totalmente da realidade, sem dar importância à existência de algum efetivo dano ou lesão social, padecerá irremediavelmente do vício de incompatibilidade vertical com o princípio constitucional da dignidade humana. (...). Tipos penais que se limitem a descrever formalmente infrações penais, independentemente de sua efetiva potencialidade lesiva, atentam contra a dignidade da pessoa humana”.

diversificadas quanto ao tema, o que certamente não traz segurança nem para o transmissor do VIH, nem para a sociedade.

Nesse diapasão, objetiva-se confrontar alguns artigos do Código Penal Brasileiro elencados como possíveis para o enquadramento da conduta do agente de transmitir o vírus ao ofendido, tais como homicídio, lesão corporal e suas variantes, perigo de contágio venéreo, perigo de contágio de moléstia grave e perigo para a vida ou saúde de outrem. E em ato contínuo, tratar do tema na seara dos tribunais brasileiros, quanto às decisões proferidas envolvendo o assunto.

No tocante ao Direito Português, a problemática não é outra. Desta forma, procurar-se-á, dentre as tipificações dadas como possíveis pelos doutrinadores portugueses, analisar e enquadrar a conduta do agente nos crimes de homicídio, ofensas à integridade física e no crime de propagação de doenças.

Passa-se, então, à análise de cada crime aqui especificado.

3.1 TIPIFICAÇÃO DA CONDUTA NO DIREITO BRASILEIRO: POSIÇÃO DOUTRINÁRIA

a) CRIME DE PERIGO DE CONTÁGIO VENÉREO – ARTIGO 130 DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

No *caput* do artigo 130 do CP brasileiro está prescrito o crime de perigo de contágio venéreo, sob a seguinte redação: “*Expor alguém, por meio de relações sexuais ou qualquer ato libidinoso, a contágio de moléstia venérea, de que sabe ou deve saber que está contaminado: Pena de detenção de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa*”.

Da transcrição do artigo, depreende-se que o bem jurídico tutelado é a saúde da pessoa humana contra as doenças venéreas, tratando-se de crime de perigo abstrato, em que basta a exposição de alguém a contágio de moléstia venérea para a concretização do

crime¹¹⁸. Assim, a conduta típica é “*expor a contágio de moléstia venérea*”, por meio de qualquer ato libidinoso ou através de relação sexual¹¹⁹.

A consumação do crime se dá com o contato sexual, não dependendo da sucessão da consequência lesiva, ou seja, para que o crime exista não é necessário que o efetivo contágio ocorra, basta que o agente cometa o ato capaz de produzir tal transmissão de doença venérea¹²⁰.

O tipo objetivo, como se nota, dá-se com a exposição de alguém a contágio de moléstia venérea, por meio de relações sexuais ou qualquer ato libidinoso. A este respeito, NUCCI ensina que relação sexual “*é a união estabelecida entre duas pessoas através da prática sexual. Trata-se de expressão mais abrangente do que conjunção carnal, que se limita à cópula pênis-vagina (...)*”. Explica o autor que, a expressão “relação sexual” quer dizer coito e abrange tanto o sexo anal, como o oral. Quanto à extensão de ato libidinoso, explica o autor que se trata de ação capaz de conceder prazer e satisfação sexual ao autor, v.g. carícias corporais, beijos sensuais e outros¹²¹.

Trata-se, pois, de delito de forma vinculada, sendo indispensável a existência de contato corporal, direto e imediato, entre o autor e o ofendido. Frise-se, que não haverá responsabilização do agente, em casos de que o próprio ofendido já esteja infectado, e mantenha relação sexual com uma terceira pessoa e com isso a exponha a perigo¹²².

Salienta NUCCI que o uso do preservativo exclui a ocorrência deste delito, pois a conduta de colocar o sujeito passivo em perigo não existe. É indispensável para a configuração deste crime que o agente atue sem qualquer proteção, justamente para que o núcleo do tipo (*expor*) se concretize, embora seja um crime de perigo abstrato¹²³.

Todavia, a dificuldade de se enquadrar este tipo legal aos casos de transmissão do VIH, reside justamente na possibilidade de o vírus ser transmitido em outros contextos, que não o sexual e quanto ao significado de doença venérea, pois a lei penal não fornece essa definição, tratando-se de uma norma penal em branco.

¹¹⁸ PRADO, Luís Régis et al. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 13ª ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 712.

¹¹⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 13ª ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 691.

¹²⁰ PRADO, Luís Régis et al. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. *Op. Cit.*, p. 713.

¹²¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. *Op. Cit.*, p. 691 e 692.

¹²² PRADO, Luís Régis et al. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. *Op. Cit.*, p. 712.

¹²³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. *Op. Cit.*, p. 692.

Desta feita, é imperioso atentarmos ao posicionamento de alguns autores, a começar por MAYRINK DA COSTA. Segundo o autor, a Síndrome de deficiência imunológica não pode, com base no rigor científico, ser considerada uma doença venérea, vez que sua transmissão não ocorre somente pelos meios previstos neste tipo penal¹²⁴. GUASTINI, no mesmo raciocínio de Mayrink, além de reconhecer que a SIDA não é uma doença venérea, declara que “*a prática de qualquer ato capaz de transmitir a AIDS a alguém poderá configurar, dependendo da intenção do agente, o crime previsto no art. 131, CP, ou mesmo homicídio*”¹²⁵.

Na mesma linha de raciocínio estão os pensamentos de CABRAL, PRADO e NUCCI. O primeiro autor entende que a transmissão dolosa do VIH não configura o crime em comento pelo simples fato de a SIDA não ser doença venérea, visto que a transmissão do vírus pode se dá também pela transmissão vertical, ocorrida entre mãe e filho. Por sua vez, Prado também concorda que o VIH, mesmo passível de ser transmitido pela via sexual ou outros meios libidinosos, não dá origem a uma moléstia venérea, argumentando que “*a prática de ato capaz de transmiti-lo pode configurar, segundo o propósito do agente, o delito inculcado no artigo 131 (perigo de contágio de moléstia grave), lesão corporal grave ou homicídio, se caracterizado o contágio*”¹²⁶⁻¹²⁷⁻¹²⁸.

DELMANTO, em consonância com os doutrinadores brasileiros anteriormente mencionados, não considera a SIDA como uma moléstia venérea, já que sua transmissão pode se verificar por diversas formas e não somente pela via sexual. No entendimento do autor, tratando-se de agente infectado, sabedor de sua infecção, o qual age com o especial fim de transmitir o VIH, haverá a incidência do artigo 131 do CP e não do artigo em destaque. Porém, se ocorrer a efetiva transmissão do VIH, o agente não deverá responder pelo crime de perigo de contágio de moléstia grave, previsto no artigo 131 do CP, mas por outros tipos penais como lesão corporal gravíssima, lesão corporal seguida de morte ou, ainda, homicídio doloso, consumado ou tentado. O doutrinador chama a atenção para a difícil comprovação do dolo do agente para que sua conduta possa ser enquadrada ou no

¹²⁴ COSTA, Álvaro Mayrink da. *Direito Penal: parte especial*. 5ª ed. atual. e ampl.. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2001, p. 271.

¹²⁵ GUASTINI, Vicente Celso da Rocha. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial, volume 2: parte especial*/Coordenação: Alberto Silva Franco, Rui Stoco. 7ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 2275.

¹²⁶ CABRAL, Thiago Colnago. *Transmissão dolosa do vírus da AIDS: configuração do crime de perigo de contágio de moléstia venérea*. Consulex: Revista Jurídica, v.6, n.134, p.62-65, 2002, p. 63.

¹²⁷ PRADO, Luís Régis *et al.* *Curso de Direito Penal Brasileiro. Op. Cit.*, p. 712.

¹²⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado. Op. Cit.*, p. 693.

delito de lesões corporais ou no crime de homicídio. Nos casos de o autor agir com culpa, destaca a possibilidade do enquadramento da conduta ser tipificada como lesão corporal culposa ou homicídio culposo¹²⁹.

Analisados os posicionamentos de alguns autores quanto à aplicação deste artigo para a conduta de transmitir o VIH, chega-se também à conclusão pela impossibilidade de adequação típica ao artigo em análise, vez que a SIDA não é doença venérea - sendo esta terminologia antiga, em que o mais apropriado, atualmente, é o termo “Doenças Sexualmente Transmissíveis” (DSTs), proposta pela Organização Mundial da Saúde (OMS) - e ainda que possa ser transmitida pelo contato sexual, este não é o único meio de transmiti-la.

b) CRIME DE PERIGO DE CONTÁGIO DE MOLÉSTIA GRAVE – ARTIGO 131 DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

Da previsão típica do artigo 131 do CP brasileiro depreende-se que quem “*praticar, com o fim de transmitir a outrem moléstia grave de que está contaminado, ato capaz de produzir o contágio*” terá pena de “*reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa*”.

No âmbito do Código Penal brasileiro, o legislador situou o artigo 131 no capítulo referente aos crimes de perigo, pois, embora, seja um crime com dolo de dano, poderia acontecer de o agente, mesmo com a intenção de transmitir moléstia grave a outrem, e com ato capaz de produzir esse contágio, não conseguir transmitir a moléstia grave ao ofendido. Agindo dessa forma o legislador, quis ele garantir que o crime estivesse consumado da mesma forma, pois, houve o perigo de contágio, o agente quis o resultado, mas este não se efetuiu. Nos dizeres de NUCCI, “*havendo perigo de contágio, o crime está consumado; havendo o contágio, também está consumado*¹³⁰”. Destarte, conforme lições de MAYRINK, o momento consumativo do tipo ocorre com o exato instante da conduta, ocorre com a “*ação finalística de contaminar, sendo indiferente a efetivação material da transmissão*¹³¹”.

¹²⁹ DELMANTO, Celso *et al.*. *Código Penal Comentado*. 8ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p.487.

¹³⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. *Op. Cit.*, p. 693-694.

¹³¹ COSTA, Álvaro Mayrink da. *Direito Penal: parte especial*. *Op. Cit.*, p. 282.

O crime do artigo em destaque é um delito de forma livre, admite qualquer meio de execução, bastando que esse meio seja idôneo para a concretude do contágio, podendo ser por meio direto (contato corpóreo) ou indireto (beijo, abraço, aleitamento)¹³². Caracteriza-se por ser um delito formal e misto, pois tanto pode ser um delito de perigo com dolo de dano, como um crime de dano, com dolo de dano, já que da leitura do tipo penal, resta claro que o agente deve agir com o claro objetivo de transmitir o mal a terceiros, a partir de seu ato capaz de produzir o contágio de moléstia grave¹³³.

O bem jurídico tutelado é a vida e a saúde dos seres humanos, é a proteção contra a ameaça da incolumidade pessoal pela conduta do agente, por meio de seu ato capaz de produzir o contágio de moléstia grave. PRADO ensina que moléstias graves são “*aquelas que afetam seriamente a saúde, perturbando o funcionamento regular do organismo*”, salienta ainda que o conceito de moléstia grave é “*um elemento normativo extrajurídico do tipo*”, e que nesta seara, elas devem ser transmissíveis por contágio, v.g. a tuberculose, a lepra, cólera, febre amarela, sarampo, AIDS, meningite e outras, estando excluídas, portanto, as transmissíveis por herança, como epilepsia, diabetes, esquizofrenia e outras¹³⁴.

O elemento subjetivo do tipo penal em comento pode ser compreendido por meio da expressão “*com o fim de transmitir*”. Não basta que o atuar do agente seja capaz de produzir o contágio, é imperioso que ele tenha a intenção de transmitir a moléstia grave, ou seja, não há modalidade culposa, ante a excepcionalidade do delito culposo, nem a possibilidade de dolo eventual, porque aqui o dolo é direto¹³⁵.

A respeito da SIDA, NUCCI e PRADO compartilham do mesmo entendimento quando colocam que é possível tipificar a conduta do agente que transmite o VIH a outrem com base neste artigo, quando o sujeito pratica ato capaz e com o fim de transmiti-lo, pois o VIH é transmissível por contágio e causador de uma doença grave. E no caso de a enfermidade se instalar no organismo do ofendido, ou seja, se se verificar a efetiva transmissão da doença ou como sustenta Prado, se se verificar a presença de anticorpos do vírus a uma pessoa determinada ou até mesmo várias pessoas determinadas, estará caracterizado o delito de lesão corporal grave, pois houve lesão à incolumidade física do contagiado¹³⁶⁻¹³⁷.

¹³² PRADO, Luís Régis *et al.* *Curso de Direito Penal Brasileiro. Op. Cit.*, p. 716-717.

¹³³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado. Op. Cit.*, p. 694.

¹³⁴ PRADO, Luís Régis *et al.* *Curso de Direito Penal Brasileiro. Op. Cit.*, p. 715 e 716.

¹³⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado. Op. Cit.*, p. 694.

¹³⁶ PRADO, Luís Régis *et al.* *Curso de Direito Penal Brasileiro. Op. Cit.*, p. 716.

O problema deste artigo para o enquadramento da conduta do agente que transmite o VIH conscientemente a outrem, conforme as lições da doutrina brasileira é o de que ele engloba somente situações em que o autor tenha agido com o dolo de transmitir a doença, não incluindo situações em que o indivíduo age negligentemente, ou até age dolosamente, mas afirma ter agido de forma negligente, já que é muito difícil provar o dolo do agente, fazendo com que muitas vezes impere a impunidade.

Por este motivo, muitos autores descartam a possibilidade de enquadramento nesse tipo penal, embora seja a forma mais comum de tipificações de condutas relacionadas com a transmissão do VIH, quanto ao dolo de transmitir a moléstia grave, conforme se depreendeu das lições dos autores acima mencionados. Entretanto, quando houver o dolo de matar o ofendido, a conduta do agente, segundo alguns autores, poderia ser tipificada como homicídio, podendo ainda a pena ser agravada, na medida em que seja considerada como um meio insidioso ou cruel¹³⁸, o que não nos parece a posição mais adequada¹³⁹; ou quando houver o dolo de dano, nos casos em que a doença se instale no organismo do infectado, o crime de lesão corporal absorveria o presente artigo e a outra possibilidade de adequação, seria enquadrar a conduta do transmissor, como lesão corporal grave, gravíssima ou seguida de morte¹⁴⁰.

c) CRIME DE HOMICÍDIO – ARTIGO 121 DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

O artigo 121 do Código Penal brasileiro prevê que quem “matar alguém” terá “pena de reclusão, de 6 (seis) a 20 (vinte) anos”. A partir dessa previsão legal, DELMANTO explica que “homicídio é a eliminação da vida de uma pessoa praticada por outra”, podendo ser praticado por qualquer meio de execução, direto ou indireto, devendo

¹³⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado. Op. Cit.*, p. 695.

¹³⁸ ARANHA, Antonio Sérgio Caldas de Camargo, *apud* HAGA, Simone Cristina Hakemi. *Da transmissão da AIDS e sua tipicidade no código penal Brasileiro*. 2002, p. 50. “Ora, sabendo o contaminado que praticar atos idôneos pode transmitir a moléstia a outrem, que de eventual contágio e transmissão decorrerá a morte da vítima, é de questionar-se se o delito não passa a ser o de tentativa de homicídio qualificado (meio insidioso de conduta), que poderá consumar-se se o ofendido vem a falecer em período curto de tempo e antes do próprio agente, transmissor da doença”.

¹³⁹ RICARTE, Olívia. *A transmissão dolosa da AIDS: a consciência da sociedade frente à dogmática jurídica atual*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 94, nov 2011. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10655>. Acesso em 01 de maio de 2015.

¹⁴⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado. Op. Cit.*, p. 695.

restar evidenciado o nexo de causalidade entre o comportamento do agente e o evento morte para que se possa proceder à responsabilização do agente, sendo o bem jurídico protegido a preservação da vida humana¹⁴¹.

O entendimento de alguns doutrinadores é o de que a transmissão do VIH também poderia configurar o crime de homicídio, seja na forma consumada, seja na forma tentada. Consumada, quando sobreviesse a morte do ofendido em decorrência da transmissão do vírus e tentada, quando o agente tivesse a intenção de causar a morte daquele, mas o vírus não for transmitido.

Nesse diapasão, GRECO entende que quando da relação sexual entre agente e ofendido houver o dolo, ou seja, a intenção do agente em transmitir o VIH, e assim sobrevier a morte deste, a sua conduta deve se amoldar ao tipo penal de homicídio consumado. Caso não haja o falecimento do infectado, deveria o agente responder pela tentativa de homicídio, ao argumento de que a SIDA seria uma doença incurável, mortal e letal¹⁴².

Ainda na esteira do raciocínio de GRECO, ainda que o VIH possa ser transmitido pela via sexual, não cabe enquadrar a conduta do agente transmissor do vírus no crime previsto no artigo 130 do CP brasileiro, qual seja, perigo de contágio venéreo, vez que a SIDA não é uma moléstia venérea, podendo ser transmitida por outros meios e não somente por atos sexuais¹⁴³.

Argumenta igualmente o autor que, se o agente quis transmitir o VIH, o seu dolo seria o de homicídio, hipótese em que será afastada a tipificação do artigo 131 do CP¹⁴⁴.

CAPEZ, no mesmo sentido de Greco, considera que a SIDA é uma doença grave e contagiosa, mas não uma doença venérea, nem mesmo considerada como tal pela medicina, por este motivo a transmissão do vírus causador dessa enfermidade não configura os delitos previstos nos arts. 130 e 131, ambos do diploma repressivo brasileiro, mas sim homicídio doloso, consumado ou tentado, embora admita a modalidade culposa da transmissão do VIH, respondendo o agente portador do VIH ou por homicídio culposos ou por lesão corporal culposa, vez que o artigo 131 seria absorvido por estes crimes¹⁴⁵.

¹⁴¹ DELMANTO, Celso *et al.*. *Código Penal Comentado. Op. Cit.*, p. 440-441.

¹⁴² GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. Edição: 7ª, vol. II, Editora: Impetus, Niterói, 2010, p. 185, 266, 314.

¹⁴³ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal. Op. Cit.*, p. 321-322.

¹⁴⁴ *Idem. Ibidem.* p. 328.

¹⁴⁵ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal. Op. Cit.*, p. 215-216.

DAMÁSIO, cujo posicionamento se assemelha aos autores retromencionados, entende que, se o agente realiza atos de libidinagem com o ofendido, com a intenção de lhe transmitir o mal e lhe causar a morte, sabendo ser portador do VIH, e consciente da natureza mortal da moléstia, conseguindo ocasionar o óbito do mesmo, deve responder por homicídio doloso consumado¹⁴⁶.

Embora se trate do posicionamento de renomados autores brasileiros, entendemos que há um equívoco na ideia acima sustentada. É que, como já salientado, geralmente o resultado morte do infectado sobrevém após o decorrimto de muitos anos em relação à infecção pelo VIH.

Ademais, como se trata de um resultado tardio, é muito complexo vislumbrar o nexo de causalidade entre a conduta do agente transmissor e o resultado morte. Sendo assim, perfilamos o entendimento de que a morte do ofendido está alheia ao dolo do agente, pois mesmo que o transmissor queira matar alguém com sua conduta, esta não seria a melhor maneira para alcançar seu intento, entre outras razões, pelo avanço da medicina em prolongar o tempo de vida da pessoa infectada através de medicamentos antirretrovirais, diluindo, à medida que o tempo for passando, o nexo de causalidade entre a conduta do agente e o resultado morte do ofendido, não se podendo, portanto, atribuir a alguém um resultado que por si só é incerto.

d) CRIME DE LESÕES CORPORAIS – ARTIGO 129 DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

O crime de lesões corporais está regulado e previsto no artigo 129 e seus parágrafos do Código Penal brasileiro, em suas várias modalidades. Entretanto, para o contexto da transmissão do VIH, as espécies que se destacam são os artigos 129, §1º, inciso II; e artigo 129, §2º, inciso II; os quais tratam, respectivamente, de lesão corporal grave por resultar perigo à vida e lesão corporal gravíssima por enfermidade incurável.

Este tipo penal tem por escopo tutelar o bem jurídico integridade física e psíquica do ser humano. No *caput* do artigo 129 se observa bem esta afirmação, pois está previsto que quem “*ofender a integridade física corporal ou a saúde de outrem*” terá pena de

¹⁴⁶ JESUS. Damásio de. *Código Penal Anotado*. Edição: 22ª, Editora: Saraiva, São Paulo, 2014, p. 560.

“detenção, de 3 (três) a meses a 1 (ano)”. Mas o que significa ofender a intergidade física e a saúde de alguém?

A esse respeito, PRADO entende que por integridade física deve-se entender “*toda alteração nociva da estrutura do organismo, seja afetando as condições regulares de órgãos e tecidos internos, seja modificando o aspecto externo do indivíduo*”, em que o meio utilizado não vai influenciar para a caracterização da lesão como simples, grave ou gravíssima. No que concerne ao conceito de ofensas à saúde, salienta o autor que se deve entender toda “*perturbação do normal funcionamento do organismo, englobando inclusive a alteração mórbida do psiquismo*”¹⁴⁷.

O tipo subjetivo é composto pelo dolo e o momento consumativo do delito se dá com a efetiva ofensa à intergidade corporal ou à saúde de outrem, e no entendimento de Prado, ainda que o resultado lesivo se prolongue no tempo¹⁴⁸.

Por sua vez, os §1º e §2º do mesmo artigo traduzem as lesões corporais de natureza grave e gravíssima, respectivamente, pois ao desvalor do resultado é conferida uma relevância maior, por tratar-se de lesão ou perigo concreto de lesão à integridade física ou à saúde de outrem.

No contexto da SIDA, questiona-se acerca da possibilidade de se tipificar a conduta do agente transmissor do VIH no crime previsto no artigo 129, §1º, inciso II, a saber, lesão corporal de natureza grave por resultar perigo de vida.

Quanto a este conceito, PRADO assevera que para a configuração dessa modalidade de crime não basta a probabilidade presumida de o ofendido falecer, é imprescindível que haja a existência de “*processo patológico*”, sinalizando um perigo concreto de que a morte do prejudicado tem chances reais de ocorrer. Não é suficiente, pois, “*a mera idoneidade genérica da lesão*”. Explica, ainda, o autor que o perigo de vida deve ser entendido como “*a probabilidade concreta e iminente de um resultado letal*”¹⁴⁹.

Sobre o alcance do conceito de perigo de vida, a jurisprudência tem se manifestado: “*Perigo de vida é a probabilidade concreta e presente do êxito letal, sendo somente possível de reconhecimento quando, no curso do processo patológico consequente à*

¹⁴⁷ PRADO, Luís Régis et al. *Curso de Direito Penal Brasileiro. Op. Cit.*, p. 685-689.

¹⁴⁸ *Idem. Ibidem.* p. 689.

¹⁴⁹ *Idem. Ibidem.* p. 692-693.

ofensa, houver um momento, ainda que fugidio, em que, pelo estado do ofendido, resulte provável sua morte. (...) ¹⁵⁰”.

Por sua vez, a SIDA já foi considerada uma enfermidade letal, mas isto há trinta anos, mais precisamente nas décadas de 80 e 90, quando ainda era desconhecida, quando o número de pessoas que morriam era extremamente elevado, sobretudo pela falta de informação à respeito da doença e pela inexistência de medicamentos que controlassem a ação do VIH no organismo humano, o que não se pode conceber atualmente, justamente pelo isolamento que o vírus sofreu ao longo dos anos para ser estudado, pelo conhecimento que se tem sobre a doença e seu funcionamento nas pessoas infectadas, bem como a existência de uma pluralidade de medicamentos antirretrovirais capazes de prolongar a vida dos portadores do vírus. Hodiernamente, não cabe mais falar em uma doença letal, mas sim, como aponta NUCCI, o mais viável é que se entenda a SIDA como uma doença “*crônica e controlável*”¹⁵¹.

Por este motivo, não coadunamos com a possibilidade de enquadrar a conduta daquele que transmite o VIH a outrem na espécie do crime em análise, qual seja, artigo 129, §1º, inciso II do CP brasileiro, tendo em vista que a SIDA não é mais considerada uma doença letal, além de não se poder comprovar a probabilidade concreta da superveniência da morte, já que esta poderá ocorrer transcorridos muitos anos, conforme a explanação do capítulo anterior, quando da imputação de resultados tardios.

No nosso sentir, o ângulo mais adequado pelo qual devemos analisar e enquadrar a transmissão do VIH seria por intermédio do crime previsto no artigo 129, §2º, inciso II do CP brasileiro, o qual prescreve a lesão corporal gravíssima, nomenclatura conferida pela doutrina brasileira, se resulta enfermidade incurável.

Por enfermidade incurável, HELENO FRAGOSO entende que se trata de “*alteração permanente da saúde. Pressupõe sempre um processo patológico que afeta a saúde em geral. (...) A incurabilidade deve ser afirmada com os dados da ciência atual, com juízo de probabilidade ou certeza*”¹⁵².

¹⁵⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Criminal. Rel. Cid Vieira, RT 590/334. Acesso em: 04/05/2015.

¹⁵¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 11 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 656-657.

¹⁵² FRAGOSO, Heleno *apud* GUASTINI, Vicente Celso da Rocha. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. *Op. Cit.*, p. 2258.

No mesmo sentido, PRADO salienta que enfermidade é um processo patológico em desenvolvimento que afeta a saúde de um modo geral e que o conceito de incurabilidade é um conceito relativo, bastando uma probabilidade segura, com esteio nos desenvolvimentos da medicina do período em que estiverem envolvidos os indivíduos e a doença, de que esta não tem cura¹⁵³. Como é cediço, até o presente momento não se encontrou a cura para a SIDA.

Analisando um caso concreto para embasar o posicionamento aqui adotado, embora não tenha ocorrido no Brasil, mas sim na Holanda, no ano de 2007, tem-se que quatro homens portadores do VIH foram presos sob a acusação de promoverem festas gays onde, propositalmente, dopavam e contaminavam seus convidados, drogando-os e posteriormente mantendo relações sexuais com os mesmos, sem proteção, ou injetando sangue contaminado nos participantes, os quais, todos, após o ocorrido, afirmaram que foram infectados pelo VIH. Nesse caso, a Suprema Corte Holandesa entendeu que a SIDA "*não pode ser considerada como uma doença inevitavelmente fatal, mas crônica*¹⁵⁴".

Para arrematar o tópico, trazemos à baila a lição de SCHIMIDT, para quem "*quando o portador 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 finalisticamente orientada à transmissão da doença, deve haver imputação do delito de lesão corporal qualificada por enfermidade incurável, na forma do art. 129, §2º, Inciso II, do CP brasileiro*¹⁵⁵".

3.2 A TRANSMISSÃO DO VIH E A POSIÇÃO ADOTADA PELOS TRIBUNAIS BRASILEIROS

Assim, como se verificou o dissenso entre renomados doutrinadores quanto à tipificação adequada da conduta do agente, no Direito brasileiro, para os casos de

¹⁵³ PRADO, Luís Régis *et al.* *Curso de Direito Penal Brasileiro. Op. Cit.*, p. 694.

¹⁵⁴ Folha de São Paulo Online. Holanda detém 4 suspeitos de contaminação proposital com o HIV. De 31-05-2007. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/mundo/ult94u301208.shtml>>, acesso em 06-05-2015.

¹⁵⁵ SCHIMIDT, Andrei Zenkner. *Aspectos Jurídicos-Penais da transmissão da AIDS*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: RT, n° 37, ano 10, jan/mar. 2002, p. 231.

transmissão sexual do VIH, também na seara jurisprudencial há a mesma discórdia quanto à problemática.

Não há uniformização entre as decisões, e há muito, como se viu, entre os autores, tem-se discutido acerca desse tema, com opiniões bastante divergentes e contraditórias, o que só aumenta a insegurança jurídica tanto do transmissor do VIH, como do infectado e da sociedade, pois desde o surgimento da transmissão do VIH como um problema jurídico, as decisões dos magistrados são discrepantes umas das outras, mesmo quando as situações são semelhantes, tomando contornos variáveis. Por este motivo e oportunamente, analisaremos alguns casos jurisprudenciais sobre o tema.

Por muitos anos, os Tribunais entenderam que aquele que dolosamente pratica ato capaz de transmitir não só moléstia grave, mas doença eminentemente mortal incide no crime de homicídio, na sua forma tentada. Havendo o dolo de matar, a transmissão do VIH pela via sexual forçada era considerada idônea para configurar a tentativa de homicídio. Esse foi o entendimento do Tribunal de Justiça de São Paulo, no RT 784/587 e do Superior Tribunal de Justiça, no HC 9.378, julgado 18.10.99, vu, DJU 23.10.2000¹⁵⁶.

No julgamento da Apelação 9059892-42.2004.8.26.000 do TJ-SP, que ocorreu no ano de 2006, pela 8ª Câmara de Direito Criminal, cujo relator foi o Des. Pereira da Silva, este entendeu prejudicada a análise do recurso da Defesa, que buscava a absolvição por insuficiência de provas ou por crime impossível, e por isso tinha apelado da condenação pelo artigo 132 do CP brasileiro. O Relator deu provimento ao recurso do Ministério Público para pronunciar o réu pelo crime de tentativa de homicídio qualificado por motivo torpe e meio cruel/insidioso, previsto no artigo 121, §2º, Incisos I e III c/c artigo 14, inciso II, todos do CP brasileiro, em razão do acusado ter mantido relações sexuais com sua esposa, sem proteção, mesmo sabendo que era portador do VIH e com isso transmitindo-lhe o vírus¹⁵⁷.

No julgamento da Apelação 0000689-11.2006.8.19.0008 (2007.050.04105) do TJ-RJ, que se realizou em 2008, pela 2ª Câmara Criminal, cujo relator foi o Des. José Augusto de Araújo Neto, o qual negou provimento da Apelação da Defesa, pois esta solicitava a absolvição por ausência de dolo e por existir consentimento do ofendido, e manteve a decisão do juiz de 1ª instância, condenando a ré, portadora do VIH e ex-prostituta pelo

¹⁵⁶ DELMANTO, Celso *et al.*. *Código Penal Comentado*. Op. Cit., p. 443.

¹⁵⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação nº 9059892-42.2004.8.26.000-SP. Rel. Des. Pereira da Silva. 8ª Câmara de Direito Criminal. Julgamento em: 20/06/2006. Acesso em: 04/05/2015.

crime de lesão corporal seguida de morte, por esta ter praticado relações sexuais com seu parceiro sem o uso de preservativo, o qual foi infectado pelo Vírus, acometido pela doença incurável, o que causou a sua morte. Reconheceu-se o dolo pela lesão e a culpa pela morte do homem com quem vivia maritalmente¹⁵⁸.

Já no ano de 2010, houve o julgamento do Recurso em Sentido Estrito nº 0006253-64.2008.8.26.0150 do TJ-SP, pela 6ª Câmara de Direito Criminal, cujo Relator foi o Des. José Raul Gavião de Almeida. Nesse caso, a Defesa pediu a absolvição sumária de uma tentativa de homicídio simples, alegando não ter havido o início da execução de tentativa de manter relações sexuais com uma terceira mulher e pediu ainda a desclassificação para o crime de perigo de contágio de moléstia grave das duas tentativas de homicídio duplamente qualificado e pela inexistência do dolo de matar, sob a alegação de que as duas relações sexuais que manteve com as ofendidas foram consentidas, pois vivia em união estável com as mesmas. Entretanto, tal argumento não convenceu o Relator que acabou negando provimento ao Recurso da Defesa contra a decisão de pronúncia por duas tentativas de homicídios duplamente qualificados, com previsão legal no artigo 121, §2º, inciso III c/c artigo 14, inciso II do CP brasileiro e por uma tentativa de homicídico simples, pois considerou que a SIDA é uma doença letal¹⁵⁹.

Entretanto, ainda no ano de 2010, mais precisamente no dia 05 de maio, houve o julgamento do paradigmático *Habeas Corpus* nº 98.712-SP¹⁶⁰, de relatoria do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Marco Aurélio de Mello. Pela sua importância, far-se-á um breve resumo dos fatos:

No ano de 2001, o acusado J. G. J., a par de que era portador do VIH, manteve relações sexuais com sua namorada D. R. A., enquanto esta dormia, sem preservativo. Em 2002, já com outra namorada C. G. S. C., conseguiu convencê-la e manteve relações sexuais com a mesma sem qualquer precaução, omitindo novamente a sua doença. E entre os anos 2005 e 2006, em um novo relacionamento amoroso, aproveitando-se de que o pai de sua namorada A. G. S. O. não estava em casa, a ameaçou e a agrediu, porque com ela queria manter relação sexual, também sem preservativo, mesmo ela sabendo de sua

¹⁵⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação nº 2007.050.04105-RJ. Rel. Des. José Augusto de Araújo Neto. 2ª Câmara Criminal. Julgamento em: 19/02/2008. Acesso em: 04/05/2105.

¹⁵⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Recurso em Sentido Estrito 0006253-64.2008.8.26.0150-SP. Rel. José Raul Gavião de Almeida. 6ª Câmara de Direito Criminal. Julgado em 24.06.2010. Acesso em: 04/05/2105.

¹⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 98.712-SP. Rel. Min. Marco Aurélio. 1ª Turma. Julgado em: 05/10/2010. Acesso em: 04/05/2015.

infecção pelo vírus e se recusando a tanto. O fato é que o transmissor foi denunciado por duas vezes no crime de tentativa de homicídio qualificado, com base no artigo 121, §2º, Inciso III c/c artigo 14, Inciso II e no crime de tentativa de homicídio simples, com previsão no artigo 121, *caput*, c/c artigo 14, Inciso II, todos do CP brasileiro, tendo a denúncia sido recebida somente no ano de 2008 e a sentença de pronúncia sido proferida seis meses depois¹⁶¹.

A Defesa impetrou dois *Habeas Corpus*. O primeiro tinha como pedido a revogação da prisão preventiva, sendo denegado pelo Tribunal estadual; e o segundo, o pedido era a desclassificação do delito para o crime de perigo de contágio de moléstia grave, previsto no art. 131 do CP, o qual não foi conhecido. No STJ, o Ministro Og Fernandes, ao argumento de que a desclassificação solicitada pelo acusado se confundia com o próprio mérito, negou por este motivo a liminar requerida no *Habeas Corpus* nº 131.480-SP, e em decorrência desta situação foi impetrado o HC que ora se analisa, contra a decisão singular do Ministro do STJ, perante o STF¹⁶².

Na ocasião dos debates entre os Ministros, o Rel. Min. Marco Aurélio entendeu pela concessão parcial da ordem para a desclassificação do delito imputado, entendendo ser a tipificação correta, o crime do artigo 131 do CP. Afirmou o Ministro: “*Descabe cogitar de tentativa de homicídio na espécie, porquanto há tipo específico considerada a imputação – perigo de contágio de moléstia grave*”. Nesse voto, o eminente Ministro foi acompanhado pelos votos dos Ministros Dias Tofoli e Carmén Lúcia¹⁶³. Já o Ministro Ayres Britto proferiu seu voto sugerindo o crime de lesão corporal gravíssima pela contração de enfermidade incurável, baseando-se no artigo 129, parágrafo 2º, inciso II, da mesma lei, tendo sido acompanhado pelo Ministro Ricardo Lewandowski¹⁶⁴.

Após os debates, os Ministros não chegaram a um consenso no que pertine à tipificação da conduta do agente, apenas acordaram que o crime de tentativa de homicídio

¹⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 98.712-SP. Rel. Min. Marco Aurélio. 1ª Turma, Julgado em: 05/10/2010, p. 72- 73.

¹⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 98.712-SP. Rel. Min. Marco Aurélio. 1ª Turma, Julgado em: 05/10/2010, p. 72.

¹⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 98.712-SP. Rel. Min. Marco Aurélio. 1ª Turma, Julgado em: 05/10/2010, p. 65.

¹⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 98.712-SP. Rel. Min. Marco Aurélio. 1ª Turma, Julgado em: 05/10/2010, p. 83 e 85.

deveria ser afastado, concluindo todos pela remessa dos autos ao Juízo Comum para novo julgamento e a correta tipificação da conduta do agente¹⁶⁵.

A importância do julgamento do *Habeas Corpus* nº 98.712-SP deve-se pelo definitivo afastamento da possibilidade de se enquadrar condutas envoltas pela transmissão consciente do VIH, sob o manto do delito de Homicídio, seja na sua forma tentada ou consumada, pela impossibilidade de se alcançar tal resultado por meio da conduta do agente, mesmo que este atue com o dolo de matar, que neste caso o melhor seria dizer esperança de matar. Imagine-se a situação de um indivíduo que enfadado da vida decide matar alguém transmitindo o VIH, o qual poderá ou não evoluir até o estágio final da doença, que é a SIDA, daqui há mais ou menos vinte, trinta anos... Trata-se a nosso sentir, no atual estágio da medicina e dos medicamentos próprios para a enfermidade em questão, de conduta inadequada à produção do resultado morte, salvo se esta ocorrer de imediato, já que o agente não tem como influir no desenvolvimento da doença.

Embora não tenham chegado a um consenso quanto à tipificação da conduta do agente naquela ocasião, o esperado enquadramento adveio com o julgamento *do Habeas Corpus* nº 160.982-DF, em maio de 2012 pelo STJ, concluindo-se, definitivamente pela qualificação da conduta como crime de lesão corporal de natureza gravíssima, **mesmo que o ofendido não manifeste sintomas** (grifo nosso), pois é notório que a pessoa infectada necessita constantemente de administração de medicamentos específicos e de acompanhamento médico, o que aumenta a probabilidade da doença permanecer assintomática¹⁶⁶.

Em trecho extraído do voto da Ministra Relatora, Laurita Vaz, tem-se que “*não é cabível a desclassificação para uma das condutas punidas com sanções mais brandas, tratadas no Capítulo ‘Da periclitación 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*”¹⁶⁷.

¹⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 98.712-SP. Rel. Min. Marco Aurélio. 1ª Turma, Julgado em: 05/10/2010, p. 85-87.

¹⁶⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 160.982-DF. Rel. Ministra Laurita Vaz. 5ª Turma, Julgado em: 17/05/2012. Disponível em: <http://www.digesto.com.br/#acordaoExpandir/387565>. Acesso em: 27 de abril de 2015.

¹⁶⁷ Idem. Ibidem.

Valendo-nos das conclusões alcançadas pelos Tribunais brasileiros, acreditamos que assiste razão ao STF, pois é um avanço jurídico não mais enquadrar condutas transmissoras do VIH no crime de tentativa de homicídio, bem como ao STJ, o qual considerou a SIDA não só uma doença grave, mas também incurável, embora este argumento não seja o único a ser destacado para a configuração do artigo 129, §2º, inciso II do CP brasileiro.

3.3 TIPIFICAÇÃO DA CONDUTA NO DIREITO PORTUGUÊS: POSIÇÃO DOUTRINÁRIA

a) CRIME DE HOMICÍDIO – ARTIGO 131º DO CÓDIGO PENAL PORTUGUÊS.

Dando continuidade ao estudo dos possíveis crimes a serem imputados àquele que transmite o VIH a outrem, agora com base na legislação portuguesa, tem-se também o crime de Homicídio.

O bem jurídico tutelado pelo artigo 131º do Código Penal Português, cuja redação prescrita é a de “*quem matar outra pessoa é punido com pena de prisão de 8 a 16 anos*”, é a vida humana¹⁶⁸. Esta começa a ser tutelada na modalidade do tipo penal de homicídio simples, em que matar alguém semanticamente quer dizer “*tirar a vida de outra pessoa*”, “*destruir sua existência biológica*”, ou “*antecipar a morte para um determinado momento*”¹⁶⁹.

Ainda que se possa afirmar que a infecção pelo VIH contribui para o resultado morte, não se pode e não seria justo imputar esse resultado à conduta de transmitir o vírus, nem pela teoria da causalidade adequada, como já enfatizado, pois muito se questiona se seria adequado imputar juridicamente o resultado à conduta do agente, ou seja, questiona-se se a transmissão do referido vírus seria apta ou causa adequada a produzir a morte do infectado; nem seria justo sob a ótica de um dos critérios limitadores de condutas geradoras de riscos proibidos, pertencentes à Teoria da Imputação Objetiva, que é o âmbito de

¹⁶⁸ DIAS, Figueiredo; BRANDÃO, Nuno. Comentário Conimbricense ao Código Penal, Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 36. Afirmando os autores que, “*o tipo objetivo de ilícito leva pressuposta a incidência da conduta sobre pessoa já nascida*”.

¹⁶⁹ DIAS, Augusto Silva. *A Responsabilidade Criminal por Transmissão irresponsável do Vírus da SIDA...* Op. Cit., p.19.

proteção da norma, pois relacionado com o crime de homicídio, o risco criado pelo transmissor do VIH não está contido no núcleo do artigo 131º CP português¹⁷⁰⁻¹⁷¹.

O artigo 131º do CP português restringe seu âmbito de proteção às lesões ao bem jurídico “vida humana” e não ao perigo de lesão deste mesmo bem, protegido pelo legislador em outras previsões legais, a exemplo do crime de ofensa à integridade física, vez que encurtar a vida não possui o mesmo valor semântico de matar¹⁷².

A este propósito e em exemplar síntese sobre o tema, SCHÜNEMANN rechaça a possibilidade do cometimento do crime de homicídio com base em interpretações gramaticais, históricas, sistemáticas e teleológicas. Gramatical, porque o uso social da língua pressupõe que se fale em crime de homicídio para uma ação do autor capaz de produzir o resultado a um curto prazo de tempo, posto que se a morte ocorresse após uma longa doença, a mesma estaria à margem do significado da palavra homicídio. Histórica, porque o legislador prussiano ao configurar o crime de intoxicação junto ao de assassinato por envenenamento, pensou em uma infecção de agentes causadores de enfermidades letais à longo prazo como a toxina da sífilis. Sistemática, visto que nos faz entender que toda lesão pressupõe um desgaste de “recursos vitais”, diminuindo a expectativa de vida restante, sendo por este motivo que o conceito de homicídio não deve dar espaço para lesões corporais que limitem a expectativa de vida, já que se assim o fosse, todas as lesões corporais estariam contidas no conceito de ação de matar. Por fim, teleológica, pois seria um erro exigir a aplicação do delito de homicídio, ao invés do delito de ofensas à integridade física, almejando uma proteção maior do bem jurídico “vida”, pois seria um insulto ao Direito Penal a afirmação de que ele se limita a uma interpretação somente do ponto de vista do bem jurídico protegido, bem como se estaria duvidando da “*elaboração sistemática dos critérios relevantes para a ação típica*”¹⁷³.

No cenário português, FERNANDA PALMA nos chama atenção para a imputação subjetiva. Afinal há dolo de homicídio neste âmbito?

¹⁷⁰ SOUSA, Susana Aires de. *A transmissão do vírus da SIDA... Op. Cit.*, p. 115.

¹⁷¹ Sobre o tema, conferir CARRERA, Daniel P. *SIDA y Derecho Penal Argentino*. In Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Cordoba, Vol. 2, año 1994, p. 78. Para o autor não é imputável objetivamente o resultado produzido fora do âmbito de proteção da norma penal, posto que determinada ação típica estaria apta para a produção de um certo resultado, mas a consequência foi a ocorrência de outro não previsto na norma, como é o caso da morte tardia nos casos de transmissão do VIH.

¹⁷² SCHÜNEMANN, Bernd. *Problemas Jurídicos Penales Relacionados con el SIDA...Op. Cit.*, p. 33.

¹⁷³ *Idem. Ibidem.* p. 29 – 35.

De imediato, a autora afirma que em geral não haverá crime doloso nos casos em que o agente não reconhecer como relevante, nem dominar o processo causal. Afirma a obrigação de existir uma lógica, uma congruência entre o “*tipo objetivo com o tipo subjetivo*”, e mais, quando, inevitavelmente, após um longo processo ocorrer a morte do ofendido, isto não passaria da “*vulnerabilidade da vida humana*”. Entretanto, defende Fernanda Palma, que para efeitos do dolo, devem-se descartar as probabilidades estatísticas de contágio, visto que estas não seriam coincidentes com as expectativas comuns dos indivíduos, nem com o temor de contágio por parte da sociedade, ou seja, para ela, o dolo do agente se formaria a partir dessas representações comuns, que são muito elevadas em relação a alta perigosidade de contágio, comparada com a probabilidade oferecida pelas estatísticas, o que nos quer parecer que, ora devemos descartar o dolo de homicídio, ora devemos acolhê-lo¹⁷⁴.

Entretanto, DIAS rechaça a possibilidade da existência do dolo neste âmbito, pois “*não está no controlo humano normal provocar a morte de uma pessoa que se admitiu contaminar*”¹⁷⁵. Na verdade, o temor que as pessoas têm em manter relação sexual com portadores do VIH não é a morte, mas sim o contágio, ou em último grau a doença¹⁷⁶. Como não há controle por parte do agente, não há que se falar, também, em tentativa de homicídio em casos que o portador do VIH mantiver relações sexuais com seu parceiro sem as devidas precauções para evitar o contágio¹⁷⁷, já que o dolo do autor não se adequa ao resultado almejado no crime de homicídio¹⁷⁸.

Dada a vastidão e importância da matéria, questiona-se também se houve a assunção de algum risco proibido na conduta do portador do vírus? Se for entendido que o risco se produziu ao colocar em perigo, decorrendo disso ofensas à integridade física de uma pessoa, então, como o nome sugere, se estaria diante do tipo legal de ofensas à integridade física, causando um perigo à vida, crime previsto no artigo 144º, alínea “d” do Código Penal Português¹⁷⁹⁻¹⁸⁰.

¹⁷⁴ PALMA, Fernanda. *Transmissão da SIDA e Responsabilidade Penal*. In Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Teles. V Volume, Coimbra, Almedina Editora, 2003, p. 156 e 160.

¹⁷⁵ Em consonância ao disposto, conferir DIAS, Augusto Silva. *A Responsabilidade Criminal por Transmissão irresponsável do Vírus da SIDA... Op. Cit.*, p.21, para quem, neste tipo de caso, também “*não deve ser afirmado o dolo, sequer o eventual*”.

¹⁷⁶ DIAS, Augusto Silva. *A Responsabilidade Criminal por Transmissão irresponsável do Vírus da SIDA... Op. Cit.*, p. 20.

¹⁷⁷ MUÑOZ CONDE; GARCIA ARAN. *Derecho Penal – Parte Geral*. 4ª edição, Ed. Lo blanc, 2000, p. 478.

¹⁷⁸ SCHÜNEMANN, Bernd. *Problemas Jurídicos Penales Relacionados con el SIDA...Op. Cit.*, p. 38.

¹⁷⁹ SOUSA, Susana Aires de. *A transmissão do vírus da SIDA... Op. Cit.*, p. 115.

No mesmo sentido estão as lições de FIGUEIREDO DIAS e BRANDÃO quando ponderam que para a verificação do dolo eventual em condutas objetivamente e extremamente perigosas não é suficiente a previsão pelo agente do perigo de resultado e sua conformação com o mesmo. Ressaltam os autores que, quando o agente representar o perigo de resultado morte, o crime para o qual se remeterá tal situação, inicialmente, será o de Ofensas à integridade física grave, com previsão na alínea “d”, do artigo 144º, do diploma legal retromencionado, sendo, pois, necessário que o agente “*preveja e se conforme com o próprio resultado, o que, todavia, em princípio acontecerá quando o agente tome à sério o risco de (possível) lesão do bem jurídico, que entre com ele em contas e que, não obstante, se decida pela realização do facto*”. Todavia, tal critério não se permite desinteressar “*à maior ou menor probabilidade da realização típica*”, e que justamente por este motivo, segundo os autores, deve ser afastado o dolo eventual de situações que resultam na morte do ofendido após a contaminação pelo VIH¹⁸¹.

Por nossa parte, cremos que mesmo que ocorra o resultado tardio morte como consequência do contágio doloso ou imprudente do VIH – e não um resultado imediato da morte de alguém, vez que não é o que costuma ocorrer, nem o que se está propondo a discutir -, seja em contexto amoroso ou não, tal conduta não deve ser enquadrada no artigo 131º do CP português, correspondendo a conduta do agente a outra figura jurídica, entre as quais serão discutidas abaixo¹⁸².

b) CRIME DE PROPAGAÇÃO DE DOENÇA CONTAGIOSA – ARTIGO 283º, nº 1, “a”, DO CÓDIGO PENAL PORTUGUÊS

Para o presente estudo, consideraremos o preceito normativo disposto no nº 1, alínea “a” do artigo 283º do Código Penal Português, o qual prescreve que “*quem*

¹⁸⁰MELÃO, Anabela. SIDA- A Questão da Tipicidade Criminal. Disponível em: <<http://aperscrutadora.blogspot.pt/2010/04/sida-questao-da-tipicidade-criminal.html>>. Publicado em 24 de abril de 2010. Consultado em 20/04/2015.

¹⁸¹ DIAS, Figueiredo; BRANDÃO, Nuno. Comentário Conimbricense ao Código Penal, Tomo I. *Op. Cit.*, p. 36.

¹⁸² Em sentido diametralmente oposto, conferir GONÇALVES, Manuel Lopes Maia. *Código Penal Português Anotado e Comentado – Legislação Complementar*. 17ª edição, Coimbra: Almedina, maio de 2005, p. 469. No seu entendimento: “*No que concerne ao homicídio acrescenta-se que não importa que a morte ocorra decorrido um longo período de tempo após a actuação do agente; tanto não tem virtualidade para afastar o nexo de causalidade. É o que sucede v.g. nos casos de a acção provocar coma profundo que irreversivelmente termina em morte da vítima ocorrendo esta após alguns meses e de infecção de outrem com vírus de doença prolongada e mortal, máxime vírus da SIDA*”.

propagar doença contagiosa e criar deste modo perigo para a vida ou perigo grave para a integridade física de outrem é punido com pena de prisão de 1 a 8 anos”.

No Código Penal de 1982, tal crime era considerado como crime contra a saúde pública, embora colocar em perigo um número indeterminado de pessoas fosse o pressuposto do antigo artigo 270º do CP português. Atualmente, o art. 283º, nº 1, “a” visa a proteção do bem jurídico “vida” e “integridade física”, constituindo crime de perigo concreto, referente a um perigo para a comunidade, ou seja, é um perigo referente à pessoas pertencentes à coletividade, apesar de algumas vezes, “conforme o acaso”, utilizando as palavras do autor, tal perigo se consubstancie em um ser representante dessa coletividade¹⁸³.

Em síntese, o que se pretende afirmar é que ainda que os bens jurídicos tutelados pelo artigo em comento sejam a integridade física e a vida, todos eles possuem uma projeção coletiva, ou no dizer de SILVA DIAS, “*um caráter pluri-individual*”, em que o titular desse bem jurídico é um sujeito indeterminado¹⁸⁴.

Em princípio, todas as espécies de doenças passíveis de serem transmitidas por contágio estão albergadas por este tipo penal, independentemente se sua origem for conhecida ou não, ou quanto à obrigatoriedade de sua declaração, devendo o agente “*propagar*” a doença, sejam estas humanas ou comuns a homens e a animais, mesmo que o transmissor não seja portador de qualquer doença contagiosa, criando, dessa forma, um perigo à vida ou um perigo **grave (alta probabilidade da ofensa à integridade física e alta probabilidade de uma ofensa grave)** à integridade física de outro indivíduo¹⁸⁵.

Embora estejam delimitadas as principais características desse tipo penal, é muito difícil demonstrar que a ação de propagar se relaciona com o perigo criado, além da dificuldade de se imputar a um indivíduo tal propagação, até mesmo em razão do tempo de incubação do vírus, como é o caso do VIH, bem como os resultados dos testes sorológicos nem sempre corresponderem à real situação do infectado. Somado a isso, DAMIÃO DA CUNHA, ao tecer suas críticas e comentários ao artigo em análise, assevera que “*a eventual transmissão do vírus a uma concreta pessoa, não havendo de antemão,*

¹⁸³ CUNHA, J. M. Damião da. *Comentário Conimbricense ao Código Penal (CCCP), Parte Especial, Tomo II*, Coimbra, Coimbra editora, 1999, p. 1007-1008.

¹⁸⁴ DIAS, Augusto Silva. *A Responsabilidade Criminal por Transmissão irresponsável do Vírus da SIDA. Op. Cit.*, p. 17.

¹⁸⁵ CUNHA, J. M. Damião da. *Comentário Conimbricense ao Código Penal, Op. Cit.*, p. 1009-1010.

possibilidade de posterior transmissão” estaria fora do âmbito do crime de propagação de doença contagiosa¹⁸⁶.

FERNANDA PALMA, nesse mesmo sentido, adverte que a propagação só pode ser constatada, quando o indivíduo contrair a doença, sendo esta afirmação, inclusive, elemento essencial do tipo, e não apenas uma circunstância agravante, o que impossibilita a interpretação acerca da simples possibilidade de propagação, até porque esta hipótese é afastada pelo princípio da legalidade, vez que “*a propagação pressupõe uma actividade de multiplicação da enfermidade*”. Em hipótese desses indivíduos apenas entrarem em contato com o agente da doença, mas não a contraírem, não há que se falar em propagação, no máximo em tentativa de propagação, caso esta seja dolosa¹⁸⁷.

DAMIÃO DA CUNHA, por sua vez, salienta a relevância do termo propagação no contexto da transmissão do vírus, pela via sexual, vez que se a transmissão do VIH ocorrer quando as partes estiverem numa relação estabilizada, em que existe uma confiança recíproca, não se poderá cogitar a possibilidade da existência de uma propagação viral, mesmo que o outro parceiro tenha sido posto em perigo, inexistindo a configuração do crime previsto no artigo 283º. Todavia, se o contexto for o da transmissão do vírus em uma relação esporádica, em que seja possível a transmissão e a propagação do VIH, nesse caso, poderia, no entendimento do autor, enquadrar a transmissão do vírus em questão no crime em comento¹⁸⁸.

No mesmo sentido, explica SILVA DIAS que a contaminação realizada pelo namorado ou cônjuge do ofendido seria melhor resolvida por meio dos tipos que “*tutelam bens jurídicos individuais de titularidade determinada*”, pois casos como estes escapariam da “*ratio*” dos crimes de perigo comum¹⁸⁹.

Nessa toada, SUSANA AIRES DE SOUSA sustenta que “*não faz parte da intencionalidade primeira da norma prevista no artigo 283.º do CP a punição da transmissão por via sexual do vírus da sida, quer em contexto ocasional, quer no contexto de um relacionamento estável*”. Somente seria possível a aplicação deste artigo a casos de transmissão do VIH, pela via sexual, caso se elaborasse um grande esforço interpretativo,

¹⁸⁶ *Idem. Ibidem.* p. 1010-1011.

¹⁸⁷ PALMA, Fernanda. *Transmissão da SIDA e Responsabilidade Penal...* Op. Cit., p. 164.

¹⁸⁸ CUNHA, J. M. Damião da. *Comentário Conimbricense ao Código Penal.* Op. Cit., p. 1011.

¹⁸⁹ DIAS, Augusto Silva. *A Responsabilidade Criminal por Transmissão irresponsável do Vírus da SIDA.* Op. Cit., p. 17.

no sentido de incluir a conduta do agente ao âmbito de proteção da norma em destaque¹⁹⁰, entendimento este, também, por nós, defendido.

c) CRIME DE OFENSAS À INTEGRIDADE FÍSICA – ARTIGOS 143º E 144º, “d”, DO CÓDIGO PENAL PORTUGUÊS

O artigo 143º do Código Penal português é o consagrador do crime de ofensas à integridade física. Por ele, tem-se que “*quem ofender o corpo ou a saúde de outra pessoa é punido com pena de prisão até três anos ou com pena de multa*”.

O bem jurídico protegido, como se nota, é a ofensa à integridade física. O legislador português preferiu utilizar esta nomenclatura, porque ela não se restringe apenas às lesões corporais, mas também abrange as ofensas à saúde da pessoa, bem como lesões psíquicas que possam repercutir em um dano à saúde ou ao “corpo” do ofendido, como, por exemplo, o trauma sofrido devido a acidente de viação, ou a comunicação falsa da morte de algum familiar¹⁹¹.

Vale ressaltar, que muitas vezes existem ofensas ao corpo do prejudicado que, simultaneamente, constituem uma ofensa à saúde deste, a exemplo de quando alguém introduz uma seringa em alguma parte do corpo de uma pessoa, transmitindo-lhe uma infecção; assim como há também situações em que pode ocorrer uma ofensa à saúde, que não afetará o corpo do ofendido, podendo, inclusive, frutificar em um sentimento prazeroso para o mesmo, como se verifica quando o indivíduo faz o uso de estupefacientes. O mais importante que se diga é que o artigo em questão preenche-se, independentemente da dor ou sofrimento pelo qual passa o indivíduo¹⁹².

Sobre a distinção entre o conceito de ofensa ao corpo e ofensa à saúde, PAULA RIBEIRO DE FARIA, ensina que, pelo primeiro, deve-se entender “*todo o mau trato através do qual o agente é prejudicado no seu bem-estar físico de uma forma não insignificante*”, já por ofensas à saúde deve ser entendida como “*toda a intervenção que ponha em causa o normal funcionamento das funções corporais da vítima, prejudicando-*

¹⁹⁰ SOUSA, Susana Aires de. *A transmissão do vírus da SIDA... Op. Cit.*, p. 120.

¹⁹¹ FARIA, Paula Ribeiro. *Comentário Conimbricense ao Código Penal (CCCP), Parte Especial, Tomo I*, 2ª edição, Maio, Coimbra editora, 2012, p. 298 e 301.

¹⁹² *Idem, Ibidem*, p. 304.

a”, pertencendo a esta categoria “*toda a produção ou aprofundamento de uma constituição patológica*”¹⁹³.

No contexto das ofensas à integridade física, é de se refletir se a conduta de quem transmite o VIH a outrem se subsume a alguma espécie do tipo legal em comento. Em primeiro lugar, é imperioso que se diga que a criação de “*um estado de infecção*”¹⁹⁴, deve ser entendida como ofensas à saúde. Em segundo lugar, a infecção pelo VIH desencadeia um processo patológico grave e longo, ainda que o infectado passe por um período assintomático, o que no nosso sentir poderá configurar a forma qualificada de ofensas à integridade física, precisamente prevista no artigo 144º do CP português. Resta apenas saber a qual das alíneas.

O mencionado crime surge como um delito qualificado pelo resultado, vez que este conduz a uma ilicitude mais grave do que o correspondente ao tipo de ofensa à integridade física simples. O bem jurídico tutelado é o mesmo resguardado pelo art. 143º do CP português, a saber, a integridade física do ofendido, engoblando neste conceito não só a integridade corporal, mas também as ofensas sobre a saúde do prejudicado, sem esquecer também dos abalos psicológicos graves, além de não ter relevância o meio pelo qual esse resultado é alcançado¹⁹⁵.

A nova redação do artigo 144º do CP português criou uma quarta alínea (“d”), com a seguinte redação: “*Quem ofender o corpo ou a saúde de outra pessoa de forma a provocar-lhe perigo para a vida é punido com pena de prisão de 2 a 10 anos*”, com o escopo de autonomizar todas aquelas situações em que há a criação de um “*risco para a vida do ofendido*”, em razão da ofensa à integridade física grave¹⁹⁶.

PAULA RIBEIRO DE FARIA assevera que no que tange à transmissão do VIH, seja pela via sexual, por transfusões ou até por compartilhamento de seringas contaminadas, e aceitando se tratar de um crime de perigo concreto, para a configuração do tipo penal em comento seria necessário que “*as manifestações patológicas*” inerentes a esta modalidade de infecção se exteriorizassem, embora haja certa divergência doutrinária em relação ao próprio ato de transmissão já ser considerado como ofensa à integridade física¹⁹⁷.

¹⁹³ *Idem, Ibidem*, p. 305 e 306.

¹⁹⁴ *Idem, Ibidem*, p. 308.

¹⁹⁵ *Idem, Ibidem*, p. 338 e 339.

¹⁹⁶ *Idem, Ibidem*, p. 338 e 339.

¹⁹⁷ FARIA, Paula Ribeiro. *Comentário Conimbricense ao Código Penal. Op. Cit.*, p.352.

Em que pese o entendimento de SILVA DIAS¹⁹⁸, renomado professor de Lisboa, acerca da necessidade do surgimento de patologias orgânicas, para que haja a configuração do delito em tela, não nos parece que essa seja a solução mais acertada. Preferimos, pois, juntar-nos ao sustentado por LUZÓN PEÑA e ROMEO CASABONA, para quem basta o desencadear da soropositividade do afetado para a configuração da lesão, restando evidente o prejuízo para a saúde do prejudicado por tempo indeterminado - incluindo neste conceito o abalo psicológico, ante a angústia e a incerteza se irá ou não desenvolver a SIDA - além da necessidade de um controle médico constante também por tempo prolongado e indefinido, justamente, para que a doença não evolua. Somado a esses fatores, o soropositivo, mesmo que acabe por não desencadear a doença em um curto tempo, haverá de ter mudanças no seu estilo de vida (limitação para manter relações sexuais, para procriar e outros), tanto para preservar sua própria saúde, como para preservar a de terceiros, vez que poderá ser um agente transmissor do VIH. É nesse sentido que o referido autor qualifica a aquisição da soropositividade como uma “doença crônica¹⁹⁹”.

Consoante ao exposto e baseando-se nos ensinamentos de CASABONA e LUZÓN PEÑA, o entendimento por nós patrocinado é o de que, em Portugal, a conduta de transmitir o VIH a terceiros deve ser considerada como ofensas à integridade física grave, ainda que a enfermidade propriamente dita (SIDA) não se desenvolva²⁰⁰, devendo, portanto, a conduta do agente ser enquadrada na alínea “d” do artigo 144º do Código Penal português, em que pese os avanços alcançados pela medicina na tentativa de alargar a expectativa de vida do infectado, pois do ponto de vista aqui adotado, apoiando-se nas lições da eminente professora de Coimbra, SUSANA AIRES DE SOUSA, a infecção pelo VIH por si só já afeta a saúde do paciente, não podendo ser considerada apenas como um perigo de lesão, mas antes a própria lesão à saúde do indivíduo. Em razão de ainda ser uma doença incurável, corroboramos pela defesa do argumento de que ainda que a morte do indivíduo possa decorrer após um largo lapso temporal, há um perigo (concreto) para a

¹⁹⁸ DIAS, Augusto Silva. *A Responsabilidade Criminal por Transmissão irresponsável do Vírus da SIDA*. *Op. Cit.*, p. 25.

¹⁹⁹ CASABONA, Carlos Maria Romeo. Responsabilidade Médico-Sanitária e AIDS – Segunda Parte. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 1, n. 3, jul./set., 1993, p. 08 e 09; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Problemas de la Transmision y Prevencion del SIDA*. *Op. Cit.*, p. 18.

²⁰⁰ CASABONA, Carlos Maria Romeo. Responsabilidade Médico-Sanitária e AIDS – Segunda Parte. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 1, n. 3, jul./set., 1993, p. 08 e 09; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Problemas de la Transmision y Prevencion del SIDA*. *Op. Cit.*, p. 18.

vida do mesmo, pois o seu sistema imunitário está constantemente em processo de enfraquecimento, contribuindo para a sua exposição e infecção a outras doenças e a perigos graves²⁰¹.

3.4 TOMADA DE POSIÇÃO

Como já antecipamos, ao longo deste trabalho, e em breve síntese, não custa repetir a impossibilidade de adequação típica à conduta de transmitir o VIH a outrem no crime de perigo de contágio venéreo, previsto no artigo 130 do CP brasileiro, vez que a SIDA não é uma doença venérea, cuja nomenclatura, inclusive, está ultrapassada; bem como não seria o mais correto subsumir tal conduta ao crime de perigo de contágio de moléstia grave, previsto no artigo 131 do CP brasileiro, já que tal crime não engloba o agir negligente do autor, além de se configurado o dolo de dano, o crime de lesão corporal absorver o referido artigo.

Quanto ao delito de homicídio, tanto no Direito brasileiro, como no Direito português, não restam dúvidas de que a conduta transmissora do VIH não preenche o tipo penal em destaque, por diversos motivos dentre os quais a dificuldade de prova do nexo de causalidade entre a conduta do agente e o resultado tardio morte do ofendido, já que persiste a dúvida se tal resultado derivou ou não da conduta do agente, pois pode levar muitos anos para o falecimento do infectado. Somado a isso, não se pode conceber que um dano para a saúde deste ou, até mesmo um encurtamento de sua expectativa de vida, seja equiparado ao conceito de homicídio.

Nesse sentido, SILVA DIAS expõe, por meio de exemplos, a impossibilidade de conceber o crime de homicídio para esses casos, advertindo que se alguém agride fisicamente outrem com uma barra de ferro, provocando-lhe insuficiência renal, desgastando, assim, sua saúde e reduzindo seu tempo de vida, bem como, se alguém queima produto tóxico em seu quintal, causando problemas respiratórios em seus vizinhos, debilitando o organismo e as células destes, não se pode qualificar tal conduta como

²⁰¹ SOUSA, Susana Aires de. A transmissão do vírus da SIDA constitui uma conduta criminalmente relevante? Op. Cit., p. 117 e 118.

homicídio, nem tentativa de homicídio, pois se estaria ultrapassando os limites impostos pela linguagem²⁰².

Tratando-se ainda do ordenamento jurídico português, partilhamos o entendimento de que o crime de propagação de doença contagiosa, previsto no artigo 283º, nº 1, alínea “a” do CP português, tampouco se amolda à conduta do transmissor soropositivo, vez que a norma portuguesa vincula-se, claramente, à difusão do VIH a uma coletividade. É necessário, pois, que haja o alastramento do vírus. Ademais, o tempo de incubação do vírus pode ser longo, e, muitas vezes, embora o indivíduo esteja infectado, o resultado do teste por ele realizado pode ser negativo, o que tornaria difícil a responsabilização do agente pelo contágio²⁰³.

Tendo em vista, como antedito, que não há no Brasil e em Portugal um tipo penal específico que se amolde às condutas transmissoras do VIH, além das dificuldades enfrentadas ao tentar enquadrar a conduta do agente nos outros tipos legais analisados e pelo fato de considerarmos que esse vírus causa lesões para a saúde do ofendido, abalos psicológicos diante da incerteza se a doença irá ou não se desenvolver, somado às modificações no estilo de vida que o infectado deverá adotar, à necessidade de ingestão de medicamentos e à imprescindibilidade de acompanhamentos médicos, partilhamos do entendimento de que, no Direito português, a conduta do transmissor do VIH deve se enquadrar no artigo 144º, alínea “d” do Código Penal Português.

Quanto ao Direito brasileiro, entendemos que o tipo penal que melhor se amolda à conduta do agente é o crime de lesão corporal gravíssima, previsto no artigo 129, §2º, inciso II do CP brasileiro. E isto, porque, promovendo uma discussão genérica entre os tipos legais, o único tipo penal que poderia ser confrontado com o aqui proposto seria o do artigo 131 do Código Penal brasileiro, tendo em vista que ambos tutelam o mesmo bem jurídico, a saber, a incolumidade física da pessoa. Entretanto, somente por este critério não seria possível dirimir o conflito.

Poderíamos, pois, resolver de modo pacífico o embróglio, como antedito, pelo princípio da absorção. Por este, BITENCOURT explica que o “*crime consumado absorve o crime tentado, o crime de perigo é absorvido pelo crime de dano*”. Sendo assim, como o

²⁰² DIAS, Augusto Silva. *A Responsabilidade Criminal por Transmissão irresponsável do Vírus da SIDA...* Op. Cit., p. 19.

²⁰³ CUNHA, J. M. Damião da. *Comentário Conimbricense ao Código Penal*. Op. Cit., p. 1010.

crime de lesão corporal é um crime de dano, este acabaria por absorver o crime de perigo de contágio de moléstia grave, já que o crime-meio não passa de uma fase no crime-fim²⁰⁴.

Todavia, quando analisamos o dolo do agente surge outra problemática que não pode passar despercebida. Em hipótese de o agente praticar conduta idônea a transmitir o VIH, mas por razões alheias à sua vontade, a transmissão não ocorrer, a pergunta que se coloca é se se estaria diante de uma tentativa de lesão corporal gravíssima ou diante do crime de perigo de contágio de moléstia grave. A resposta a esse questionamento advém, em primeiro lugar, do pressuposto da existência do instituto da tentativa. Caso consideremos que houve tentativa de lesão, jamais se poderá falar no cometimento do crime de perigo de contágio de moléstia grave e o autor responderá somente pela tentativa. Diante desta problemática, LUCAS REZENDE ensina que o que não se admite é a tipificação como lesão corporal, caso o resultado se produza, e em caso de sua não ocorrência, o agente responder pelo crime de perigo²⁰⁵.

Ademais, agindo o agente com dolo eventual, ou seja, assumindo o risco de produzir o resultado, independentemente de o VIH ser transmitido ou não, no momento da relação sexual, não se pode falar no crime de perigo, já que neste tipo penal deve haver a intenção do agente em transmitir a moléstia grave. Por outro lado, caso o agente estivesse agindo com o dolo direto, somente com a vontade de transmitir o vírus, aí sim o tipo subjetivo do crime de perigo de contágio de moléstia grave estaria preenchido, porém o dolo eventual referente ao crime de lesão gravíssima também estaria presente, vez que o indivíduo ao querer transmitir o vírus, também está assumindo o risco de produzir o resultado de infectar a outrem com enfermidade incurável, causando uma lesão à sua saúde. A respeito do tema, LUCAS REZENDE, mais uma vez, aduz que “*se no menos (dolo eventual)*”, a conduta do agente é qualificada como lesão corporal, “*(...) com maior razão ou em semelhança se parte à mesma tipificação no mais (dolo direto)*”²⁰⁶.

Por tudo o que já expusemos e feitas as análises de cada crime tidos como possíveis para o enquadramento da conduta daquele que transmite o VIH a outrem, chegamos à

²⁰⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 1, p. 226.

²⁰⁵ REZENDE, Lucas. *A Responsabilidade Penal pela Transmissão do Vírus HIV*. Revista eletrônica JurisWay. Texto de 30 de julho de 2013. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/monografias/monografia.asp?id_dh=11481>. Acesso em: 15 de maio de 2015.

²⁰⁶ REZENDE, Lucas. *Transmissão dolosa do HIV é crime de lesão gravíssima*. Revista Consultor Jurídico. 21 de junho de 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-jun-21/lucas-rezende-transmissao-dolosa-hiv-crime-lesao-gravissimo>. Acesso em: 15 de maio de 2015.

conclusão pela adoção do crime de lesões corporais gravíssimas no Direito brasileiro e pelo crime de ofensas à integridade física grave no Direito português, não podendo deixar de registrar o avanço jurídico que tem tido a Jurisprudência brasileira, por meio de seus recentes julgados, bem como não se esquecendo do louvável posicionamento de eminentes autores brasileiros e portugueses, que com os seus conhecimentos promovem discussões capazes de auxiliar os magistrados em seus julgamentos, bem como mantêm o constante aperfeiçoamento das normas e do Direito Penal.

Em última nota sobre o tópico, chamamos a atenção do leitor para os julgados elencados neste trabalho, pois, de uma leitura mais atenta, pôde-se perceber que houve casos em que foi alegado pela defesa o consentimento do ofendido, entretanto, na dogmática penal tal instituto suscita outra problemática: afinal o consentimento do prejudicado teria o condão de excluir a tipicidade ou a ilicitude da conduta do agente? Tal problemática será abordada em capítulo específico ligada ao contexto de transmissão do VIH e a contribuição do ofendido para a responsabilização do agente, levando em consideração o que propõe a Teoria da Imputação Objetiva, Teoria esta com a qual, a partir de agora, iremos nos deter.

CAPÍTULO III

A TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA E O COMPORTAMENTO DO AUTOR E DO OFENDIDO

4 CONSIDERAÇÕES ACERCA DA MODERNA TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA E SEUS CRITÉRIOS NORTEADORES

Sob pena de perder sua eficácia e sua legitimidade, o Direito tem como dever acompanhar as necessidades da sociedade, à medida que esta vá evoluindo. É nesse sentido que, desde o fim da Segunda Guerra Mundial, a dogmática penal vem desenvolvendo instrumentos para adequar o Direito Penal aos problemas decorrentes de uma sociedade “moderna” e de um estado Democrático de Direito²⁰⁷.

Claus Roxin, após a segunda Guerra Mundial, mais precisamente desde 1970, percebendo as incongruências das anteriores teorias do delito, desenvolveu, após muitos debates sobre o assunto, o sistema, por ele próprio, denominado de “racional-final ou teleológico” ou, ainda, “funcional” de Direito Penal²⁰⁸.

Inconformado com os inconvenientes do pensamento sistemático, o referido autor reestruturou o sistema penal levando em consideração fins e valores, critérios estes ignorados na sistemática tradicional da dogmática penal. Explica o autor, que pelas teorias anteriores, embora existisse uma vantagem prática e simplificada de resolução do caso concreto e como pressuposto uma aplicação uniforme do Direito, reinava o esquecimento da justiça nesses casos, reduzindo as possibilidades de resolução de problemas, a exemplo do que ocorria com o conceito de participação e autoria, vez que as soluções eram embasadas no naturalismo e nas ciências do espírito, ocorrendo, muitas vezes, deduções sistemáticas contrárias aos fins de política criminal e o emprego de conceitos excessivamente abstratos²⁰⁹.

Dito isto, é de relevo cardinal entender o que propõe a moderna Teoria da Imputação Objetiva, principalmente, a proposta por Claus Roxin por ser uma das que mais tem reflexo

²⁰⁷ FILHO, Nelson Lacava. *Responsabilidade Penal do Médico na perspectiva da Sociedade do Risco*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 157.

²⁰⁸ ROXIN, Claus. *Derecho Penal – Parte General - Tomo I. Op. Cit.*, p. 203.

²⁰⁹ *Idem. Ibidem.* p. 206-214.

na doutrina, não obstante existirem muitas outras, e verificar qual a sua importância para o desenvolvimento do Direito Penal, já que constantemente os indivíduos estão em busca de satisfações pessoais e, com isso, mais expostos a situações de riscos, perigos²¹⁰ e o cometimento de infrações criminais, bem como, analisar a contribuição que o ofendido exerce nesse panorama.

Nesta nova realidade em que o Direito Penal está envolvido, a ideia em evidência como já salientado é o perigo, é o risco criado, é o agir provocado por decisões humanas, que muitas vezes colocam em perigo a própria sobrevivência do homem²¹¹.

Assim sendo, nesta seara não é qualquer tipo de risco que importa ao Direito Penal, e sim aquele que seja juridicamente proibido, que não possa ser tolerado pelos Ordenamentos Jurídicos, aquele em que não se pode renunciar a tipicidade do fato cometido²¹². Nesse diapasão, um determinado resultado somente vai poder ser imputado à ação do agente, caso este tenha criado ou aumentado para o bem jurídico do ofendido um risco proibido e este tenha se materializado no resultado típico²¹³.

Levando-se em consideração a base estrutural da Teoria da Imputação Objetiva, a saber, a sociedade de risco, é que iniciamos um estudo mais detalhado acerca dessa Teoria, com tendências limitadoras da responsabilidade do agente, a partir de seus pressupostos ou critérios norteadores, sempre com o intuito de auxiliar a posterior discussão acerca da transmissão do VIH e o comportamento do autor e do ofendido.

Cumpre, oportunamente, analisar cada um desses critérios.

²¹⁰ SANCHÉZ, Jesus Maria Silva. *La Expansión Del Derecho Penal. Aspectos de La política criminal em las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas, 1999, p. 22.

²¹¹ BRONZE, Fernando José. *Argumentação Jurídica: o domínio do risco ou o risco dominado? (Tópicos para um diálogo pedagógico)*. In: Boletim da Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra. v.76 (2000), p. 21.

²¹² CASTALDO, Andrea. *La concreción del “riesgo jurídicamente relevante”*. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (org.). *Política Criminal y nuevo Derecho Penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*. Barcelona: Bosch, 1997, p. 234. A autora entende por risco juridicamente relevante ou significativo “a criação de um estado de perigo, capaz, de provocar a reação do ordenamento jurídico que, com a concorrência de ulteriores condições, permitirá imputar ao seu autor o fato produzido como consequência. (...)”.

²¹³ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal - Parte Geral. Tomo I. Op. Cit.*, p. 331; ROXIN, Claus. *Derecho Penal – Parte General - Tomo I. Op. Cit.*, p. 363.

4.1 O SETOR DA CRIAÇÃO DO RISCO

4.1.1 A CRIAÇÃO DO RISCO NÃO PERMITIDO

Partindo-se do pressuposto idealizado por Roxin de que a finalidade do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos²¹⁴, só serão justificáveis restrições ou limitações da liberdade dos cidadãos pelo Direito Penal, para proibir ações que criem um risco proibido para um bem jurídico. Nesta linha de raciocínio, a norma penal deve motivar os cidadãos ao não cometimento de ações proibidas pela lei, sendo por este motivo que aquelas ações que se mostrem perigosas devem ser proibidas antes mesmo da sua prática, justamente para que os destinatários da norma possam agir e dar cumprimento ao que nela está disposto, afinal não teria lógica alguma punir uma ação que se mostrasse perigosa após a sua realização, conseqüentemente, após ter lesado o bem jurídico protegido, por ter ultrapassado o limite do que é permitido²¹⁵.

O primeiro critério de imputação elecando por Roxin, corresponde, no essencial, à Teoria da adequação e ao critério da dirigibilidade objetiva aos fins²¹⁶. Nesse sentido, o aumento ou a criação do risco constituem elemento indispensável para a verificação inicial do fato típico. Vale dizer que, se alguém, tendo conhecimento de que está criando uma situação de risco para outrem, e ainda assim executa a conduta perigosa, estará agindo com dolo; porém, se o agente inobservar o cuidado objetivo devido e acabar criando um risco juridicamente desaprovado para o bem jurídico do ofendido, diz-se que sua conduta, o seu agir foi negligente²¹⁷.

Entretanto, coloca-se a questão de saber como o risco foi criado? Qual o método utilizado para atestar jurídico-penalmente que uma ação é perigosa? Sobre essa questão, a resposta é dada pela doutrina, com base no método da *prognose póstuma objetiva*. Segundo este critério, o juízo formulado deve levar em consideração apenas o que era

²¹⁴ ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Org. e Trad. André Callegari e Nereu José Giacomoli – 2ª Edição, 2ª tiragem. Porto Alegre: Livaria do Advogado Editora, 2013, p. 15 – 17. O referido autor defende que “(...) A função do Direito Penal consiste em garantir a seus cidadãos uma existência pacífica, livre e socialmente segura, sempre e quando estas metas não possam ser alcançadas com outras medidas político-sociais que afetem em menor medida a liberdade dos cidadãos”.

²¹⁵ GRECO, Luís. *Um panorama da Teoria da Imputação Objetiva*. 4ª ed., rev., e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 35-38.

²¹⁶ ROXIN, Claus. *Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal*. Tradução e Introdução de Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 316.

²¹⁷ MASCARENHAS JR., Walter Arnaud. *Aspectos Gerais do risco na Imputação Objetiva*. *Op. Cit.*, p. 193.

conhecido no momento da ação, ou seja, por uma perspectiva *ex ante*. É denominada de objetiva, pois a formulação deve ser feita não sob a ótica de um homem médio, mas sim sob o ponto de vista objetivo, de um homem cuidadoso e prudente; e póstuma, pois em verdade quem faz esse juízo valorativo é o juiz, conseqüentemente, o faz bem depois do cometimento da conduta perigosa²¹⁸.

Em síntese didática, LUIS GRECO ensina que uma ação será perigosa quando “(...) *aos olhos de um observador objetivo dotado dos conhecimentos especiais do autor, situado no momento da prática da ação, gere real possibilidade de dano para um determinado bem jurídico*”²¹⁹.

4.1.2 A FALTA DE CRIAÇÃO DE UM PERIGO OU CRIAÇÃO DE RISCOS IRRELEVANTES

Noutro viés, ROXIN chama a atenção para a exclusão da imputação em circunstâncias que não exista a criação de um perigo ou mesmo que tenha sido criado, este seja juridicamente irrelevante. Nesta seara, estão àquelas situações em que o indivíduo realiza atividades normais, mas que por vezes, em situações excepcionais, é possível a ocorrência de acidentes, como, por exemplo, escalar montanhas, passear por grandes cidades, praticar esportes, andar de avião, entre outros contextos. E isto é assim, porque o Direito Penal se depara com riscos socialmente adequados e não perigosos, mesmo que por ventura um bem jurídico venha a sofrer lesões em decorrência de uma atuação causal²²⁰. Nestes termos, o risco de um avião cair ou o risco de ser atingido por um raio ao caminhar pela floresta envolvem possibilidades tão remotas, que acabam por ser desprezadas pelo homem prudente²²¹.

Com o intuito de melhor compreensão, consideremos o caso hipotético de uma pessoa que derrama um balde de água em uma barragem que, devido às suas águas turbulentas, está prestes a se romper. Caso considerássemos, somente o nexo de causalidade para a verificação do tipo objetivo, restaria comprovada a responsabilidade do

²¹⁸ ANARTE BORRALLÓ, Enrique. *Causalidad e Imputación Objetiva – Estructuras, relaciones y perspectivas*. Universidad de Huelva Publicaciones, Huelva, 2002, p. 207; GRECO, Luís. *Um panorama da Teoria da Imputação Objetiva*. Op. Cit., p. 39.

²¹⁹ GRECO, Luís. *Um panorama da Teoria da Imputação Objetiva*. Op. Cit., p. 43.

²²⁰ ROXIN, Claus. *Derecho Penal – Parte General - Tomo I*. Op. Cit., p. 366-367.

²²¹ GRECO, Luís. *Um panorama da Teoria da Imputação Objetiva*. Op. Cit., p. 44.

sujeito que jogou o balde de água, mesmo sua conduta sendo ínfima. Entretanto, a tal conduta não se pode imputar o crime de inundação, pois o perigo que o tipo penal quer prevenir não é aumentado nos casos de alguém jogar uma pequena quantidade de água²²².

4.1.3 A DIMINUIÇÃO DO RISCO

Seguindo a mesma linha de raciocínio, também não haverá imputação objetiva da conduta ou do resultado quando o autor agir com o fim de diminuir o risco de maior dano ao bem jurídico protegido. Nestes casos não faz sentido proibir a ação²²³. Já não há a criação de um risco proibido e quando o autor modifica o curso causal diminuindo o perigo para o bem jurídico do ofendido, mais razão assiste para que realmente não seja imputado à sua conduta o resultado²²⁴. Trata-se de um critério negativo de imputação nos delitos materiais, já que quando por ele abarcada, a tipicidade da conduta não será preenchida²²⁵. Em exemplo didático – pouco modificado - dos atiradores de pedras tem-se que: “A” atira uma pedra na direção da cabeça de “B”, com intenção de matá-lo. O arremesso, pela forma de execução, é mortal. “C” desvia a pedra com as mãos, vindo esta atingir os braços de “B”, causando-lhe lesões corporais. Nesse caso, resta incontestemente que subsiste uma tentativa de homicídio do indivíduo “A” contra “B”. No que tange à responsabilidade das lesões corporais sofridas por “B”, deve-se ressaltar que a norma jurídica penal não proíbe ações que diminuem o risco de dano a um bem jurídico, de modo que a conduta realizada por “C” diminui o risco à vida de “B”, o que, para a teoria da conexão do risco, seria uma situação de atipicidade de conduta, afastando-se a tese de incidência de excludente de ilicitude, pois se assim o fosse, estaríamos admitindo que “C” cometeu fato típico, o que só prejudicaria a proteção de bens jurídicos²²⁶.

Importante destacar que a aplicação do princípio da diminuição do risco deve ocorrer quando a interferência de uma terceira pessoa se dê no contexto do mesmo encadeamento causal, quando o agente puder mudar um risco preexistente, e nunca quando

²²² ROXIN, Claus. *Derecho Penal – Parte General - Tomo I. Op. Cit.*, p. 367.

²²³ D’ÁVILA, Fábio Roberto. *Crime Culposo e a Teoria da Imputação Objetiva*. RT: São Paulo, 2001, p. 53.

²²⁴ ROXIN, Claus. *Derecho Penal – Parte General - Tomo I. Op. Cit.*, p. 365-366.

²²⁵ MENDES, Paulo de Sousa. *Crítica à Ideia de Diminuição do risco de Roxin*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, a. 4, nº 14, abr./jun., 1996, p. 103.

²²⁶ GRECO, Luís. *Um panorama da Teoria da Imputação Objetiva. Op. Cit.*, p. 46-47; ROXIN, Claus. *Derecho Penal – Parte General - Tomo I. Op. Cit.*, p. 365-366.

sua conduta criar uma nova relação de causalidade, substituindo a anterior, pois neste caso se estaria criando um novo risco²²⁷.

A depuração do que se afirma pode ser ilustrada com o exemplo extraído das lições de SILVA JÚNIOR, do marido que, querendo salvar a vida de sua esposa, “(...) *joga sua filha no meio da trajetória de um tiro desferido por um bandido que tentava matá-la*”. Neste caso, não há diminuição do risco, vez que para proteger um bem jurídico, colocou-se outro em risco²²⁸.

A respeito do tema, a reflexão que ainda precisamos fazer consiste em não confundir a diminuição do risco com a substituição deste por outro menos grave. Nesses casos, não há que se falar em exclusão do risco criado, mas sim em casos de estado de necessidade ou de consentimento presumido²²⁹.

Assim, por exemplo, se alguém jogar uma criança pela janela de um edifício em chamas, ocasionando-lhe lesões graves, mas salvando-a da morte, não se pode afirmar que houve uma diminuição do risco oriundo do incêndio, apenas se pode dizer que houve uma substituição do risco anterior pela queda da criança do edifício; da mesma forma, se alguém prende outra pessoa, sem poder lhe explicar que não havia outro meio de livrá-la de um sequestro, não se pode falar em diminuição do risco, somente em substituição do mesmo. E isto, porque os autores da substituição do risco realizaram ações típicas de um delito, que lhes são imputadas no âmbito da realização do tipo, que como antedito, podem ser justificadas pelo estado de necessidade ou pelo consentimento presumido²³⁰.

Partindo-se dessa análise, imperioso destacar que a avaliação da diminuição do risco é feita *ex ante*, ou seja, o bem jurídico já deve se encontrar em perigo no momento da prática da ação para que a diminuição do risco possa impedir a imputação objetiva. Somado a isto, o que se quer dizer é que estará excluída a imputação do agente, se *ex ante* tudo indicava que sua lesão diminuiria o risco, embora o seu agir acabe por ocasionar um dano mais severo. Imagine que “A” empurra para longe seu namorado “B”, que pretendia bater em “C”, por este ter tirado gracejos com sua namorada. Porém, o empurrão de “A” em “B” acaba por resultar em um dano mais grave em “C”. Nesta situação, a imputação de

²²⁷ SILVA JÚNIOR, Délio Lins e. *Imputação Objetiva e a Conduta da vítima*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 93.

²²⁸ *Idem. Ibidem.* p. 94.

²²⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal – Parte Geral*. Curitiba, ICPC/Lumen Juris, 2006, p. 129-130; D’ÁVILA, Fábio Roberto. *Crime Culposos. Op. Cit.*, p. 53. GRECO, Luís. *Um panorama da Teoria da Imputação Objetiva. Op. Cit.*, p. 47.

²³⁰ ROXIN, Claus. *Derecho Penal – Parte General - Tomo I. Op. Cit.*, p. 366.

“A” deverá ser excluída, vez que pelo empurrão dado, tudo indicava que causaria uma diminuição da lesão ao bem jurídico do ofendido²³¹.

Por outro lado, valendo-nos de outro exemplo para que melhor se compreenda o assunto, a conduta de um motorista, que conduzindo de forma imprudente, atropela um homem de negócios e lhe lesiona as pernas, impedindo-o, em razão do acidente, de embarcar no avião, o qual vem a cair causando a morte de todos os passageiros, não pode se configurar em uma diminuição de risco, em que pese as lesões sofridas no acidente com o veículo o terem livrado da morte, pois o risco de morrer pela queda do avião ainda não era passível de verificação quando o homem de negócios fora atropelado, razão pela qual não poderia ter sido diminuído²³².

4.1.4 O RISCO PERMITIDO

Por fim e em sintonia com o até aqui já exposto, resta-nos fixar a ideia de que também se deve excluir a imputação em casos de riscos permitidos. ROXIN os define como *“uma conduta que cria um risco juridicamente relevante, mas de um modo geral (independentemente do caso concreto) está permitido e por ele, diferentemente das causas de justificação, exclui-se a imputação ao tipo objetivo”*²³³.

Muito se questiona, entretanto, quando se estará diante de um risco permitido. Normalmente, seguindo os ensinamentos do professor de Munique, a permissibilidade do risco é auferida com base em normas de cuidado, as quais autorizam os cidadãos a agirem, a exemplo da condução automobilística, observando as regras de tráfego viário, em que mesmo com a quantidade de acidentes que lesam bens jurídicos, a necessidade e o interesse da coletividade acabam por ser preponderantes, havendo o que ele chama de *ponderação global* (ao contrário do que ocorre com a causa justificante do estado de necessidade, em que há uma ponderação de interesses no caso concreto), pois a condução

²³¹ GRECO, Luís. Um panorama da Teoria da Imputação Objetiva. Op. Cit., p. 48 e 49. O autor evidencia que são raros os autores que esclarecem tal enunciado, dentre eles Sancinetti, Jakobs quando afirma que *“(…) é imaginável que o risco seja diminuído e ainda assim ocorra um resultado mais idêntico ou ainda mais grave que o que inicialmente estava para ocorrer; e, inversamente, pode o risco ser aumentado e ainda, em razão do curso causal concreto, vir o dano a ser diminuído”*.

²³² ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. Imputação objetiva. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 35 e 36.

²³³ ROXIN, Claus. *Derecho Penal – Parte General - Tomo I. Op. Cit.*, p. 371.

de um automóvel vai continuar sendo permitida, mesmo que o condutor o faça com tédio ou por interesses reprováveis, como a preparação de um delito²³⁴.

Assim, se “A” atropela “B”, mesmo observando o cuidado devido no trânsito, não se pode imputar à conduta de “A” o crime de homicídio, embora sua ação tenha dado causa ao resultado. A imputação do homicídio ao condutor somente seria possível, caso ele tivesse excedido o risco permitido e com isso criado um perigo que se realizasse no resultado²³⁵.

Da mesma forma que a condução automobilística, outros exemplos de riscos permitidos são trazidos pela doutrina, como todo o tráfico público (aéreo, viário e marítimo-fluvial), prática de esportes perigosos, instalações industriais, atividade médica e todas as outras que estão ligadas ao desenvolvimento científico e tecnológico²³⁶.

Tratando-se da transmissão do VIH, também o transmissor do vírus estará encoberto pelo risco permitido quando realizar um contato sexual com outrem e não sabe ou não tem razões para suspeitar que esteja infectado. Ensina LUZÓN PEÑA que *“aqui é o limite entre o risco permitido e a imprudência, que se apresentam certamente nos casos em que, ainda que o sujeito desconheça sua infecção deveria suspeitar por haver tido atividades de alto risco (...)”*.

À guisa de conclusão do tópico, deve-se advertir que somente a criação de um risco não permitido e a relação de causalidade entre o risco e o resultado não são suficientes para responsabilizar criminalmente o agente. É preciso verificar quais riscos são desaprovados pelo Direito, se os resultados são ou não fruto do acaso, bem como e, principalmente, verificar se o resultado lesivo foi obra da conduta de quem criou o risco proibido, por estes motivos mostra-se relevante e oportuno o estudo do setor da realização do risco no resultado²³⁷.

²³⁴ *Idem. Ibidem. p. 372.*

²³⁵ *Idem. Ibidem. Loc. Cit.*

²³⁶ *Idem. Ibidem. p. 372.*

²³⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal - Parte Geral. Tomo I. Op. Cit.*, p. 331.

4.2 O SETOR DA REALIZAÇÃO DO RISCO NO RESULTADO

4.2.1 EXCLUSÃO DA IMPUTAÇÃO SE FALTA A REALIZAÇÃO DO PERIGO

Consolidamos até aqui o entendimento de que um resultado somente pode ser imputado ao tipo objetivo, caso um risco proibido tenha sido criado pelo autor. Entretanto, nesta seara, é necessário também que este risco proibido se materialize no resultado lesivo por meio de um nexos específico, segundo o qual o resultado danoso, para além de preencher esses dois requisitos, corresponda à realização do perigo que a norma penal tinha por dever impedir²³⁸.

Importante destacar que ao contrário do que ocorre quando da criação do risco, a análise de sua materialização no resultado é respondida por meio de um juízo valorativo *ex post*, isto é, com base no conhecimento de todas as circunstâncias relevantes para que o resultado efetivamente fosse verificado²³⁹.

Pode ocorrer, todavia, que apesar de um risco proibido ter sido criado para o bem jurídico da vítima pelo autor, o resultado ocorrido decorra somente de um processo causal do mesmo ou por outros fatores que possam desviar o nexos causal a resultados imprevisíveis, e não como uma consequência lógica desse perigo, resultando na exclusão da imputação ao tipo objetivo²⁴⁰.

Deste modo, ROXIN inclui nesta categoria o exemplo no qual a vítima de uma tentativa de homicídio não morre no próprio atentado, mas sim no incêndio em um hospital. Imagine-se que A, com dolo de homicídio, atira em B, que, socorrido por uma ambulância, vem a morrer em razão de um incêndio no hospital em que estava se recuperando. No caso, de fato o autor criou um risco para a vida de B e também lhe causou a morte - já que foram as lesões sofridas que fizeram B ir ao hospital - todavia, A não poderá responder pela morte consumada de B, pois o perigo que criou era para que este

²³⁸ ESCAMILLA, Maragarita Martinez. *La imputación objetiva del resultado*. Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid. Madrid: Edersa – Editoriales de Derecho Reunidas, 1992, p. 165 – 169; DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal - Parte Geral. Tomo I. Op. Cit.*, p. 336.

²³⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal - Parte Geral. Tomo I. Op. Cit.*, p. 336.

²⁴⁰ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3ª ed. rev. e amp. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 286; ROXIN, Claus. *Derecho Penal – Parte General - Tomo I. Op. Cit.*, p. 373.

morresse em razão do disparo e não em decorrência de um incêndio no hospital, devendo responder somente pela tentativa de homicídio²⁴¹.

Porém, caso o desdobramento causal e o resultado produzido sejam adequados e estejam incluídos ao perigo criado pelo agente, deve-se imputar o resultado ao autor diante da previsibilidade de aumento do risco de um curso causal subsequente. Assim, se um sujeito joga uma pessoa ao rio de cima de uma ponte, querendo matá-la afogada, já que a mesma não sabia nadar, vindo ela a quebrar o pescoço pelo choque contra a base de um pilar da ponte e esta morre em razão da pancada; ou, se alguém quer matar o outro com um machado, mas este não morre pelas machadadas, e sim pelas infecções das feridas causadas por aquele, é de se destacar que em todos esses casos o perigo já estava unido tanto à queda da pessoa desde a ponte, bem como à infecção das feridas causadas pelo machado, sendo, portanto, o resultado obra de autor²⁴².

4.2.2 EXCLUSÃO DA IMPUTAÇÃO SE FALTA A REALIZAÇÃO DE UM RISCO NÃO PERMITIDO

No que pertine à exclusão da imputação pela falta de realização de um risco não permitido, diz-se que esta ocorrerá toda vez que o resultado produzido não derivar precisamente do risco proibido criado pelo autor. Neste sentido, ROXIN elucida que “*nos casos de risco permitido a imputação ao tipo objetivo pressupõe que se ultrapasse o limite da autorização e com isso a criação de um perigo não permitido. Mas, assim como na criação usual de perigo, a consumação requer mais que a realização do perigo, e no caso de risco não permitido a imputabilidade do resultado depende adicionalmente de que no mesmo se realizou precisamente esse risco não permitido*”²⁴³.

Neste domínio, encontram-se aqueles casos em que há a criação do risco proibido, mas este não influenciou decisivamente no resultado produzido. A doutrina costuma citar como exemplo o caso dos pêlos de cabra, em que o diretor de uma fábrica de pincéis subministra à suas trabalhadoras pêlos de cabra china para a elaboração de pincéis, sem desinfecção previamente como estava previsto. Como consequência disto, quatro trabalhadoras se infectaram com bacilos de carbunco e morreram. Todavia, uma

²⁴¹ ROXIN, Claus. *Derecho Penal – Parte General - Tomo I. Op. Cit.*, p. 373.

²⁴² *Idem. Ibidem.* p. 374.

²⁴³ *Idem. Ibidem.* p. 375.

investigação posterior deu como resultado que o desinfetante prescrito seria ineficaz contra o bacilo em questão, não conhecido até aquele momento na Europa²⁴⁴.

Neste caso, é evidente que o diretor, ao omitir a desinfecção, criou um risco que, segundo um juízo *ex ante*, ultrapassou o limite permitido. Todavia, foi comprovado que o risco não permitido não se realizou no resultado. Comprovou-se que, ainda que os pincéis fossem submetidos à desinfecção, as trabalhadoras seriam contaminadas de qualquer modo. Nesse caso, ROXIN elucida que se imputássemos ao diretor a morte das trabalhadoras, ele estaria sendo castigado pela infração de um dever cujo cumprimento seria inútil, o que é proibido pelo princípio da igualdade, já que o resultado seria o mesmo se o diretor tivesse se mantido dentro do limite do risco permitido, portanto, se o fabricante tivesse agido com dolo, seria apenas punido na forma tentada, se tivesse agido por imprudência, imperaria a impunidade²⁴⁵.

Há outras situações em que a infração do dever que ultrapassa o risco permitido é certamente causal para o resultado, porém o risco de produção do mesmo não foi aumentado pela superação ou excesso. Exemplo esclarecedor é o do condutor que ultrapassa a velocidade máxima permitida, mas, pouco depois, volta a observar a velocidade prescrita. Então, atropela um garoto que havia saído repentinamente detrás de um automóvel, colocando-se em frente ao seu carro; e o acidente torna-se objetivamente inevitável para o condutor. Neste contexto, o acidente foi causado pela condução do automóvel e pela ultrapassagem da velocidade máxima, vez que sem estas condutas o veículo não estaria naquele lugar, conseqüentemente não cruzaria com a criança. Entretanto, o risco relativo ao excesso de velocidade não se realizou e, posteriormente, o condutor voltou a dirigir regularmente, dentro da velocidade permitida, podendo evitar um atropelamento. Na verdade, o excesso de velocidade não proíbe que “*os automóveis passem num determinado momento por um determinado lugar*”. Portanto, a imputação do resultado deve ser excluída²⁴⁶.

²⁴⁴ *Idem. Ibidem.* p. 375.

²⁴⁵ *Idem. Ibidem.* p. 376.

²⁴⁶ ROXIN, Claus. *Derecho Penal – Parte General - Tomo I. Op. Cit.*, p. 376.

4.2.3 EXCLUSÃO DA IMPUTAÇÃO EM CASO DE RESULTADOS QUE NÃO ESTÃO COBERTOS PELO FIM DE PROTEÇÃO DA NORMA

Outro aspecto que merece destaque refere-se à compreensão do resultado no âmbito de proteção da norma. O que se propõe com base neste critério é a exclusão da imputação do resultado quando, embora haja a criação de um risco desaprovado, nexos causal e a realização desse risco no resultado, este não seja aquele que a norma penal visava impedir²⁴⁷.

A ideia parte de que os tipos penais não possuem aplicabilidade ilimitada, pois abarcam somente a classe de resultados que foram destinados a evitar²⁴⁸. Nesse sentido, ESCAMILLA elucida que a expressão “âmbito de proteção da norma” consiste em um “*ulterior escalão da imputação objetiva*” responsável por interpretar os diversos tipos penais e que só intervém após a criação de um risco juridicamente relevante e a sua realização no resultado²⁴⁹.

Dito isto, inúmeras são as possibilidades que podem aclarar a matéria. Para tanto, trazemos à baila exemplo proferido por Roxin, concernente ao do dentista, que fazendo o uso de anestesia geral, extrai dois dentes de uma mulher, que antes da extração lhe havia avisado que possuía “problemas de coração”. O dentista, embora soubesse que situações como essas exigem a presença de um médico, realizou a extração dentária sem a presença deste, violando as regras de cuidado. Em decorrência de um ataque cardíaco, a paciente vem a falecer. Todavia, restou comprovado que mesmo que o médico estivesse presente, a doença cardíaca não seria descoberta e a mulher de todo modo morreria mais tarde²⁵⁰.

Como se nota, não há correlação entre o desvalor da conduta e o desvalor do resultado, devendo, pois, ser excluída a responsabilidade do agente pelo critério do âmbito de proteção da norma. E isto, porque a presença de um clínico geral não tem por objetivo postergar a intervenção do dentista, e com isso, mesmo que por um curto prazo, estender a vida da paciente²⁵¹.

²⁴⁷ ROCHA, Luiz Otávio de Oliveira. *A importância da Teoria da Imputação Objetiva na Evolução da dogmática do Direito Penal*. Caderno Jurídico – Abril/01 – Ano 1, nº 1, Escola Superior da Magistratura de São Paulo (ESMP), p. 64; ROXIN, Claus. *Derecho Penal – Parte General - Tomo I. Op. Cit.*, p. 377.

²⁴⁸ CÓRDOBA, Fernando. *Consideraciones en torno de la teoría de la imputación objetiva en el sistema de Claus Roxin*. Cuaderno de doctrina e jurisprudência penal, nº 1-2, p. 132.

²⁴⁹ ESCAMILLA, Maragarita Martinez. *La imputación objetiva del resultado*. *Op. Cit.*, p. 266.

²⁵⁰ ROXIN, Claus. *Derecho Penal – Parte General - Tomo I. Op. Cit.*, p. 377.

²⁵¹ *Idem. Ibidem*. p. 378.

ROXIN adverte que o fundamento específico pelo qual a responsabilidade do agente deve ser excluída está no fato de que o risco do processo causal posteriormente ocorrido (infarto) não ter sido criado pelo autor, mesmo tendo este agido de modo contrário à proibição²⁵².

Estando assente o critério da exclusão da imputação nos casos em que os resultados não estão cobertos pelo fim de proteção da norma, a discussão sobre a qual nos debruçaremos trata-se de quando uma ofensa ao bem jurídico é criada e realizada e, a imputação objetiva deve ser desconsiderada quando contrariar o princípio da autonomia da vítima e o resultado ocorrido não estiver compreendido pelo alcance do tipo.

4.3 O SETOR DO ALCANCE DO TIPO

A ideia central deste setor traduz-se na limitação sofrida pelos tipos penais, já que em determinados casos concretos, a imputação ainda pode fracassar quando o fim de proteção da norma típica e o alcance do tipo não abarcarem resultados da classe dos que foram produzidos, vez que o tipo não foi criado para impedir determinados resultados. Explica Roxin que esta é uma problemática que tem importância, sobretudo, nos delitos imprudentes, tendo em vista que se alguém cria um perigo dolosamente para o bem jurídico do ofendido, não estando este perigo incorporado por um risco permitido, normalmente o tipo penal se encarregará de proteger esses bens jurídicos de condutas perigosas²⁵³.

Entretanto, dentro da categoria dos crimes dolosos estão três exceções, devendo, pois, a imputação do resultado ser excluída quando houver casos de uma contribuição a uma autocolocação em perigo, casos de heterocolocação em perigo consentida, e casos de imputação do resultado ao âmbito da responsabilidade alheio. Importante destacar que, todos esses casos estão subordinados ao princípio da autorresponsabilidade, segundo o qual, pondera TAVARES citando HAFT, “*cada pessoa é responsável apenas por sua conduta e não pela conduta dos demais, salvo se situe na posição de garantidor do bem jurídico ou quando, em face de seu especial conhecimento do risco resultante de sua atividade, o tenha desde logo melhor apreendido do que quem vier a suportar o perigo*”²⁵⁴.

²⁵² ROXIN, Claus. *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. Lisboa: Vega, 2004, p. 275.

²⁵³ ROXIN, Claus. *Derecho Penal – Parte General - Tomo I. Op. Cit.*, p. 377.

²⁵⁴ FRITJOF HAFT *apud* TAVAREZ, Juarez. *Direito Penal da negligência. Op. Cit.*, p. 342 – 343.

Nesse mesmo sentido, fica assentado que se, conscientemente, o prejudicado expõe seu próprio bem jurídico a perigo, quando lhe era exigido autoprotoger-se, não há que cogitar o cometimento de um crime. Assim, serão debatidas a partir de agora as três categorias elencadas, com o escopo de demonstrar que nesta seara a palavra-chave é a livre exposição do próprio sujeito a perigo, justificando, dessa forma, a exclusão ao tipo objetivo²⁵⁵.

4.3.1 A AUTOCOLOCAÇÃO EM RISCO DOLOSA

A primeira problemática que surge neste contexto é a de quando alguém coopera ou incita o sujeito a cometer ações que são muito mais perigosas que o normal. Questiona-se se ao colaborador se deve imputar a responsabilidade do resultado danoso. Entretanto, com base no princípio da autonomia ou autorresponsabilidade do indivíduo, parte da doutrina, defende que não se pode exigir a responsabilidade do agente – segundo a sua intenção – quando o próprio ofendido se tenha, deliberadamente, colocado em perigo²⁵⁶.

O motivo pelo qual se dá a exclusão da imputação nos casos em que o ofendido age mesmo conhecendo o risco de sua ação, autocolocando-se em perigo, ou quando ele consente na lesão de algum bem jurídico seu, encontra-se no fato de que a Teoria da Imputação Objetiva possui uma política-criminal de considerar o Direito Penal como a *ultima ratio*, em que os tipos penais devem ser analisados de acordo com a finalidade para a qual foram criados, dentro do contexto social em que estão inseridos²⁵⁷.

Oportuno é o exemplo trazido por ROXIN do médico infectado de varíola que, tendo regressado de uma viagem à Índia, colocou-se a trabalhar em sua clínica sem submeter-se previamente ao reconhecimento da doença e, com isso, infectou vários médicos, pacientes e o sacerdote da clínica, que adoeceram também de varíola, embora este último estivesse consciente do risco que havia, voluntariamente, se colocado durante a quarentena do médico. Neste caso, é evidente a criação de um risco não permitido que se realizou no resultado, tendo, inclusive, o médico sido castigado por lesões ou homicídios imprudentes, no que pertine às pessoas que foram contagiadas sem saber. Porém, a

²⁵⁵ MASCARENHAS JR., Walter Arnaud. *Aspectos Gerais do risco na Imputação Objetiva*. Op. Cit., p. 222 – 225.

²⁵⁶ ROXIN, Claus. *Derecho Penal – Parte General - Tomo I*. Op. Cit., p. 387; TAVAREZ, Juarez. *Direito Penal da negligência*. Op. Cit., p. 344.

²⁵⁷ FLORENSE, Ruy Celso Barbosa. *Teoria da Imputação Objetiva*. Op. Cit., p. 129.

situação é diferente em relação ao sacerdote, pois este, por sua própria decisão, colocou-se dolosamente em perigo e, por isso, ao médico não podem ser imputadas as consequências derivadas da conduta daquele, pois não estão abarcadas pelo fim e alcance de proteção da norma²⁵⁸.

4.3.2 A HETEROCOLOCAÇÃO EM PERIGO CONSENTIDA

Valendo-nos sempre das lições do eminente professor de Munique, salientamos três exemplos por ele trazidos para explicarmos o tópico em comento. Explica o autor que aqui se encontram os casos em que não é o lesado propriamente que se autocoloca em perigo, mas sim situações em que ele se deixa colocar em perigo por outra pessoa, mas consciente do risco que corre²⁵⁹.

Este instituto se diferencia da autocolocação em risco, pois nesta, a pessoa que decide se autocolocar em risco domina a todo o momento a medida em que se quer expor a este, que, frise-se, é proveniente de suas próprias ações. Já na herterocolocação, o perigo é proveniente de outra pessoa, mas o ofendido tolera a sua exposição a tanto, ficando à mercê de um resultado que é imprevisível e que, dependendo do estado em que se encontra a situação perigosa, não há como ser controlada, nem interrompida, possibilidade esta que o pode fazer quem se autocoloca em risco²⁶⁰.

Assim, supondo que um passageiro queira que um barqueiro lhe leve pelo Rio Memel durante uma tempestade e o barqueiro o adverte sobre os perigos de seu desejo, e ainda assim, o passageiro insiste no feito e o barco vira, fazendo com que o cliente se afogue; ou, que um acompanhante ordene ao condutor de um veículo que dirija a uma velocidade excessiva e proibida, porque precisa chegar a tempo em uma cidade e em consequência disso ocorre um acidente, vindo o acompanhante a falecer; ou ainda, que um motorista que já não estava em condições de conduzir seu automóvel, em razão do excessivo consumo de álcool, a pedido expresso de um convidado da festa em que ambos estavam, admite em dar uma carona a este, porém devido ao estado de embriaguez do condutor ocorre um acidente causando a morte do convidado, em todos esses casos houve o incentivo ou a motivação exercida pelo ofendido, não podendo haver imputação ao

²⁵⁸ ROXIN, Claus. *Derecho Penal – Parte General - Tomo I. Op. Cit.*, p. 388.

²⁵⁹ *Idem. Ibidem*, p. 393.

²⁶⁰ ROXIN, Claus. *Problemas Fundamentais de Direito Penal. Op. Cit.*, p. 284.

agente, pois foi ele próprio que contribuiu para que o mesmo o expusesse a perigo, aceitando o risco²⁶¹.

Avançando sobre o assunto e na discussão, a jurisprudência alemã costuma solucionar tais casos com auxílio do instituto do “consentimento do ofendido”, todavia, neste aspecto há um dissentimento de ROXIN, pois este entende que não se trata de consentimento, vez que é raro as pessoas consentirem no resultado, mesmo que a meras lesões, pois quem se expõe a riscos sempre acredita que tudo vá ocorrer bem²⁶².

O renomado autor se questiona até que ponto o tipo deve abranger a heterocolocação em perigo consentida, conforme o seu fim de proteção, pois ainda segundo o autor, o tipo não deve abranger a heterocolocação em perigo consentida quando ela não equivaler em todos os aspectos relevantes a uma autocolocação em risco²⁶³, só sendo possível tal equiparação quando estiverem presentes os seguintes pressupostos: “*em primeiro lugar, o dano deve ser consequência do risco ocorrido e não de outras falhas adicionais, e o sujeito posto em perigo deve ter a mesma responsabilidade pela atuação comum que quem lhe põe em perigo. E además a vítima, como já ocorre na autocolocação em perigo, deve estar consciente do risco na mesma medida que o autor. Se se dão estes pressupostos, a vítima terá assumido o risco*”²⁶⁴.

Nos exemplos citados, portanto, como antedito, estará excluída a imputação do resultado, tendo em vista que foram preenchidos todos os requisitos acima mencionados.

4.3.3 ATRIBUIÇÃO DO RESULTADO AO ÂMBITO DE RESPONSABILIDADE ALHEIO

Por fim, não haverá a imputação quando o resultado ocorrido puder ser atribuído ao âmbito de responsabilidade de outrem, que estava obrigado a enfrentar o perigo²⁶⁵. Em situações como estas, não importa que o sujeito tenha criado um risco ou efetivamente tenha causado uma lesão ao bem jurídico do lesado garantidor, pois o resultado dessa lesão

²⁶¹ ROXIN, Claus. *Derecho Penal – Parte General - Tomo I. Op. Cit.*, p. 394.

²⁶² *Idem. Ibidem.* p. 394. Roxin adverte que “*um consentimento na mera exposição a perigo somente poderia excluir o injusto, se o resultado não fosse também um de seus componentes essenciais*”.

²⁶³ ROXIN, Claus. *Derecho Penal – Parte General - Tomo I. Op. Cit.*, p. 395. Explica o autor que isto é assim, pois “*aquele que se deixa colocar em perigo está mais exposto ao que acontecer do que quem expõe a si mesmo em perigo, pois pode tentar evitar ou dominar os perigos com suas próprias forças*”.

²⁶⁴ *Idem. Ibidem.* p. 395.

²⁶⁵ TAVAREZ, Juarez. *Direito Penal da negligência. Op. Cit.*, p. 349.

não estava sob o seu âmbito de responsabilidade, já que o legislador impôs ao garantidor um dever de atuar²⁶⁶.

Destarte, pelo exemplo extraído da jurisprudência alemã, tem-se que um condutor de um caminhão estava dirigindo o veículo na estrada com as luzes traseiras desligadas, e, por isto, foi parado por uma viatura policial, que lhe impôs uma multa. Ato contínuo, com o escopo de proteger outros carros que por ventura passassem pelo local escuro, um dos policiais coloca uma lanterna de luz vermelha na estrada, instruindo o condutor que dirija até o posto de gasolina mais próximo lhe avisando que iria segui-lo, iluminando-o. Todavia, antes de o caminhoneiro dar a partida, o policial retirou a iluminação da estrada, e com isso, ocorreu um acidente em que o caminhão sem as luzes traseiras fora abalroado por outro caminhão que passara pelo local, causando a morte do copiloto do primeiro veículo²⁶⁷.

Neste caso, o Tribunal alemão condenou o condutor do caminhão sem as luzes traseiras ligadas por homicídio imprudente. Roxin, por sua vez, discorda da decisão proferida, pois entende que a partir do momento em que a polícia assumiu a segurança do tráfego, o desfecho ulterior passou a pertencer à sua esfera de responsabilidade, não podendo, por esta razão, imputar tal resultado ao caminhoneiro. Adverte, ainda, que quando determinados profissionais – bombeiros, policiais, pessoas que trabalham com serviços de vigilância, guarda-vidas, soldados - possuem a competência de vigilância ou segurança dos cidadãos, protegendo-os contra fontes de riscos, a sua competência é de tal maneira relevante que acaba por, automaticamente, excluir a intromissão de estranhos nesta seara²⁶⁸.

Aqui, o ofendido se autocoloca em perigo em razão do seu dever como garantidor ou em cumprimento de um dever geral de assistência, vigorando igualmente o princípio da autorresponsabilidade. Sobre este aspecto, uni-se também a coerência que a ordem jurídica deve ter, ocorrendo, conforme as lições de TAVARES um conflito de normas, já que, de um lado há uma norma mandamental, impondo o dever de salvar, e de outro, uma norma proibitiva, que veda que efeitos danosos ou perigosos provenientes de uma conduta sejam produzidos. O conflito se resolve quando se tem em mente que “o cumprimento de um

²⁶⁶ MASCARENHAS JR., Walter Arnaud. *Aspectos Gerais do risco na Imputação Objetiva*. Op. Cit., p. 238 – 239.

²⁶⁷ ROXIN, Claus. *Derecho Penal – Parte General - Tomo I*. Op. Cit., p. 398.

²⁶⁸ *Idem. Ibidem*. p. 398 - 399.

dever por parte de alguém não pode implicar a responsabilidade de outrem, em proveito de quem esse dever se veja preenchido (...)”, prevalecendo, assim, a norma mandamental e não a proibitiva, pois se assim não fosse, ao mesmo tempo em que um indivíduo estaria agindo em proveito de outro, o beneficiário seria punido pelo resultado danoso que o salvador viesse a sofrer, o que seria ilógico e desencorajador para aquele que necessita de ajuda²⁶⁹.

São exatamente por esses motivos que as consequências lesivas não podem ser imputadas ao seu causador. Assim, por exemplo, não serão imputáveis ao indivíduo, que incendiou culposamente uma casa, as eventuais lesões dos bombeiros chamados para combater o fogo, dada a obrigação de salvar a que estes estavam vinculados, dentre outras situações semelhantes em que determinados profissionais são os que sofrem a lesão²⁷⁰.

²⁶⁹ TAVAREZ, Juarez. *Direito Penal da negligência. Op. Cit.*, p. 350.

²⁷⁰ *Idem. Ibidem.* p. 350.

CAPÍTULO IV

A CONTRIBUIÇÃO DO OFENDIDO PARA A (NÃO) RESPONSABILIZAÇÃO CRIMINAL DO TRANSMISSOR DO VIH

5 OAQUIESCIMENTO DO OFENDIDO EM MANTER RELAÇÃO SEXUAL COM O AGENTE E MODELOS DOGMÁTICOS DE RESOLUÇÃO DO PROBLEMA

Após o estudo da Teoria da Imputação Objetiva sob a ótica proposta por Claus Roxin, iniciaremos outra problemática envolvendo a transmissão do VIH. Destarte, dentre os critérios anteriormente abordados, limitadores da imputação pela referida Teoria, os que mais terão relevância para um dos cerne do presente trabalho são os pressupostos envolvendo a atuação do ofendido, principalmente, os critérios da autocolocação em risco e da heterocolocação em risco consentida pela mesma.

Dissemos, ao longo do capítulo anterior, que para a ocorrência da imputação objetiva do resultado é necessário que o autor crie um risco juridicamente relevante e proibido, que este se materialize no resultado e que esse resultado esteja sob o âmbito e alcance de proteção da norma. Entretanto, haverá situações em que, embora o autor crie um risco proibido e este se materialize no resultado, a assunção deste risco pelo lesado tem o condão de excluir sua responsabilidade no caso concreto.

Sendo assim, o leitor mais atento recordará que, no início do trabalho, quando da verificação de qual tipo penal deveria responder o sujeito que conscientemente transmite o VIH a outrem, foram trazidas algumas Jurisprudências, em que não raro, dentre as teses de defesa se encontrava a aquiescência do indivíduo em manter relações sexuais com o agente portador do vírus para que este não fosse responsabilizado.

Por este motivo, destacamos, para análise, situações em que esse indivíduo consente apenas no risco capaz de produzir o dano não desejado pela mesmo e, não, propriamente na ocorrência de lesão final ao seu bem jurídico. Situações como estas se mostram relevantes, na medida em que aqui até pode haver pelo titular do bem jurídico lesado uma previsibilidade objetiva e a evitabilidade de que é possível o dano ocorrer, assumindo sobre isto o risco, embora acredite verdadeiramente que este não ocorrerá, não

assentindo, portanto, na lesão direta ao seu bem jurídico, quer dizer, o ofendido aceita se expor somente ao perigo, enfrentando o risco e, lamentavelmente, este sobrevém no resultado. Nesta ocasião, não há exatamente pela parte do prejudicado uma atuação com o fim de se autolesionar²⁷¹.

Deste modo, modernamente, seria um equívoco inconcebível imputar objetivamente o resultado àquele que criou o risco, com base na sua inobservância do dever de cuidado, pois do acima exposto poderia se depreender que quantas vezes uma pessoa consentisse somente no risco e não também no dano, quantas vezes o agente deveria ser responsabilizado, visto que, em tese, teria como evitar o resultado a partir do momento em que não realizasse a vontade daquela. Tal raciocínio, hodiernamente, não pode prosperar, principalmente, nos casos em que há uma previsibilidade do dano e este possa ser evitado ou combatido pelos envolvidos no risco criado, como é o caso da transmissão sexual do VIH²⁷².

Por conseguinte, o que importa para este contexto é que todos os envolvidos na relação perigosa tenham consciência da possibilidade da ocorrência do dano e que assumam reciprocamente a realização final do risco criado. Nesse sentido, o tipo penal somente será imputado ao agente, quando o ofendido não se colocar responsabilmente em situação perigosa para o seu bem jurídico²⁷³.

Nesse desiderato, iniciaremos o estudo de um capítulo destinado a discorrer especificamente acerca da contribuição que a parte lesada exerce para que seja excluída ou não a responsabilidade do transmissor(a) do VIH que mantém relação sexual com a aquiescência de seu/sua parceiro(a), visto que, atualmente, o ofendido ou a vítima possui papel fundamental para a sociedade em que vivemos, não mais atuando como uma figura passiva, mas sim com um ser que muitas vezes interage com o seu agressor, motivo pelo qual se costuma ressaltar a sua redescoberta no cenário do moderno sistema penal²⁷⁴.

Sendo assim, devido a distintos rótulos dogmáticos, por conseguinte diferentes perspectivas, envolvendo o consentimento do ofendido e algumas figuras autônomas relacionadas com a Teoria da Imputação Objetiva para a solução do problema, começar-se-á a investigação pelo primeiro dos institutos.

²⁷¹ SCHIMDT, Andrei Zenkner. *Aspectos Jurídicos-Penais da transmissão da AIDS. Op. Cit.*, p. 224.

²⁷² *Idem. Ibidem.* p. 224.

²⁷³ *Idem. Ibidem.* p. 225.

²⁷⁴ ARUS, Francisco Bueno. *La posición de la Víctima em el Moderno Sistema Penal.* Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, a.70, 1994, p. 370.

5.1 O CONSENTIMENTO DO OFENDIDO

É cediço que o portador do VIH deve tomar certas precauções tanto para a sua saúde, como para não transmitir o vírus às pessoas com quem se relacionar, dentre elas a de informar seu parceiro sexual da sua situação, e em todo caso usar preservativos²⁷⁵. Entretanto, em determinados casos, mesmo o agente tomando (ou não) as devidas precauções, mas alertando seu parceiro acerca de seu estado, ocorre deste, mesmo sabendo da presença do VIH no organismo de seu par, anuir em manter relações sexuais com o mesmo.

Diante de situações como essas, é que se faz imprescindível uma breve análise acerca de como o Consentimento do ofendido é tratado na estrutura do crime. Trata-se de uma autorização do ofendido para o cometimento do delito por parte do agente²⁷⁶, ficando mais uma vez em evidência a autorresponsabilidade do mesmo, já que manifesta a sua capacidade de se autodeterminar.

Três são as teorias criadas para tratar do instituto. A primeira seria a teoria unitária, ainda corrente minoritária, segundo a qual desconsidera qualquer distinção feita acerca do consentimento do ofendido e determina que este, quando presente, deve sempre excluir o tipo penal; a segunda, trata-se da teoria diferenciadora, que distingue o consentimento do acordo, sendo este causa de excludente da tipicidade, e o consentimento ora como causa excludente também da tipicidade e ora como causa excludente da antijuridicidade, mas que não será abordada neste ensaio; e a terceira, seria a teoria dualista em que há distinção também entre acordo e consentimento, porém, sob outro ponto de vista²⁷⁷.

Para a maioria dos autores alemães, e para a doutrina clássica do delito, o consentimento do ofendido é tratado como causa de justificação que exclui a antijuridicidade, salvo se funcionar como causa elementar do tipo, circunstância em que passa a ser causa de exclusão da tipicidade, também denominado de Acordo, diferenciação terminológica esta proposta pela Teoria dualista, com bastante envergadura ao redor do mundo, originária dos estudos de Friedrich Geerds, o qual pretendeu distinguir esses dois

²⁷⁵ MOURA, José Souto de. *SIDA e responsabilidade penal. Op. Cit.*, p. 42.

²⁷⁶ GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. *A autocolocação da vítima em risco*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Ciência do Direito Penal Contemporânea; v. 7, 2004, p. 163.

²⁷⁷ GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. *Crimes contra a dignidade sexual*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 82 – 83.

institutos jurídicos²⁷⁸ - ²⁷⁹. No Brasil, por ainda não ter sido codificado, o consentimento do ofendido atua como causa de exclusão da tipicidade, quando o dissenso for elementar do tipo e como causa supralegal de exclusão da antijuricidade, na medida em que estiver em causa um bem disponível²⁸⁰ - ²⁸¹. Diferentemente, na doutrina portuguesa, há previsão expressa no Código Penal Português, em seu artigo 31º, nº 2, alínea “d”, o qual prescreve que: “*Nomeadamente, não é ilícito o facto praticado com o consentimento do titular do interesse jurídico lesado*”, em seu artigo 38º, local de melhor detalhamento do instituto, e no seu artigo 149º em que, inclusive, no seu número 1 está disposto que “*para efeitos de consentimento a integridade física considera-se livremente disponível*”²⁸².

Apesar da necessidade sentida por Geerds de autonomizar essas duas figuras, em sua concepção, divergentes do ponto de vista jurídico, sendo igualmente esta a única instância em que essa desigualdade se revela, tais figuras convergem, segundo o autor, quanto ao ponto de vista fático, pois ambas apresentam os mesmos elementos, a saber, “*o lesado concorda com uma conduta que, de qualquer forma, o prejudica. Ele autoriza, permite, concorda, não tem nada contra*”²⁸³.

Destacando as estruturas normativas como fundamento para a diferenciação e autonomia de cada instituto, aduz MANUEL DA COSTA ANDRADE, ilustre doutrinador português, que só há que se falar em Acordo quando “*o tipo legal expressa ou implicitamente postula que o agente actue sem ou contra a vontade do lesado, isto é, invito laeso. (...) Determinante para a delimitação do âmbito de aplicação dos princípios do acordo – conclui Geerds (grifo nosso) – é, pois e apenas, a descrição típica das singulares normas penais*”. Em contrapartida, os fundamentos para a verificação e estruturação do consentimento como excludente da antijuridicidade dependem de um conjunto de exigências como liberdade, capacidade de consentir, ausência de vícios da vontade,

²⁷⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal - Parte Geral. Tomo I. Op. Cit.*, p. 470;

²⁷⁹ ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e Acordo em Direito Penal – Contributo para a Fundamentação de um paradigma dualista*. Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 142 e ss.

²⁸⁰ GÊNOVA, Jairo José. *O comportamento da vítima e a Teoria da Imputação Objetiva*. Caderno Jurídico – Abril/01 – Ano 1, nº 1, Escola Superior da Magistratura de São Paulo (ESMP), p. 41.

²⁸¹ PIERANGELI, José Henrique. *O consentimento do ofendido na teoria do delito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 95.

²⁸² PORTUGAL. Código Penal Português.

²⁸³ GEERDS, Friedrich, *apud*, ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e Acordo em Direito Penal. Op. Cit.*, p. 142.

conhecimentos por parte do agente e etc., exigências estas que devem se amoldar ao prescrito pelo legislador²⁸⁴.

Do exposto, a informação que se pretende passar por esta teoria é a de que quando o consentimento do ofendido, concebido aqui como Acordo, for característica negativa da estrutura de um tipo penal, independentemente se se apresenta ora como elemento expresso, ora como elemento tácito, o resultado será a não existência do crime, em razão da não configuração do tipo penal, isto é, não haverá tipicidade, pois esta estará excluída. É o que acontece em determinados crimes como a invasão de domicílio e a violação de correspondência, caso, respectivamente, o titular do bem jurídico consinta que alguém adentre ou permaneça em sua residência e que alguém viole suas correspondências, havendo, pois, uma liberdade de disposição de seus bens²⁸⁵.

Adverte COUSIÑO MAC IVER que nesses casos há uma menção expressa da vontade do em tese ofendido, ocorrendo, segundo o autor, no fundo, um desaparecimento da “(...) *antijuridicidade material, isto é, a ratio legis, que conduziu o legislador a configurar como delitiva uma conduta contrária à vontade do afetado*”²⁸⁶.

Por outro lado, pelo consentimento-justificação perpassa a ideia de renúncia, externada pela vontade do ofendido, aos bens jurídicos protegidos pelo Estado, mesmo havendo lesão a eles, justamente por esse motivo é que o mesmo não teria o condão de excluir o caráter da tipicidade da conduta do agente²⁸⁷. Nesse sentido, COSTA ANDRADE, também defensor da teoria dualista, ensina que o consentimento como causa de justificação pressupõe um conflito entre o interesse social, proveniente da tutela exercida sobre o bem jurídico, e o interesse individual, proveniente da autonomia do indivíduo, enquanto o acordo admitiria também a liberdade individual como o próprio objeto de tutela da norma penal, mas se reproduziria de uma forma diversa do consentimento, sustentando por este aspecto uma revisão da teoria formulada por Geerds, já que este contrapõe a natureza normativa do consentimento ao conteúdo naturalístico do acordo²⁸⁸.

²⁸⁴ ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e Acordo em Direito Penal. Op. Cit.*, p. 143.

²⁸⁵ PIERANGELI, José Henrique. *O consentimento do ofendido na teoria do delito. Op. Cit.*, p. 96 – 97.

²⁸⁶ COUSIÑO MAC IVER, Luis. *Derecho Penal Chileno – Tomo I*. Santiago: Editora Jurídica de Chile, 1975, p. 513.

²⁸⁷ RÖXIN, Claus. *Derecho Penal – Parte General - Tomo I. Op. Cit.*, p. 512 e 513; DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal - Parte Geral. Tomo I. Op. Cit.*, p. 474.

²⁸⁸ ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e Acordo em Direito Penal. Op. Cit.*, p. 517. Ensina o autor que “(...) em vez do ‘monopólio naturalístico’, reproduzindo-se idêntico em cada tipo, o acordo surge

Ressalte-se, de todo modo, que somente bens jurídicos individuais e disponíveis podem ser objeto de consentimento, devendo este ser exercido de forma livre pelo titular do bem jurídico e com capacidade de disposição para que tenha validade²⁸⁹.

Entretanto, verificar a disponibilidade do bem jurídico é também um dos temas mais problemáticos nessa matéria. Nesse sentido, é que se discute e se procura distinguir bens jurídicos do indivíduo de bens jurídicos da coletividade, já que nestes últimos não há a possibilidade de exercício do consentimento, visto que a proteção é conferida a bens estatais, os quais são irrenunciáveis e imprescindíveis para a estabilidade social, a exemplo do que ocorre nos ataques à administração pública, em detrimento à integridade do Estado, à incolumidade de um número indeterminado de pessoas ou nos delitos monetários. Semelhante entendimento ocorre quanto aos crimes cometidos contra a família, a organização do trabalho, a fé pública, o sentimento religioso e outros, em que a lesão contra a sociedade somente se manifesta por meio de lesões realizadas contra bens individuais²⁹⁰.

Como se nota, é recorrente na doutrina a dificuldade de averiguar quando um bem é considerado disponível para que possa ocorrer o consentimento e, com isso, a exclusão da ilicitude do fato. MEZGER, na tentativa de evitar o conflito, propõe uma operação diferenciadora, segundo o titular do objeto material seja ou não o mesmo do bem jurídico, pois a titularidade do bem protegido é o que fundamenta a classificação em crimes contra a coletividade e crimes contra o indivíduo²⁹¹.

Acerca dessa operação, VON HIPPEL pondera sobre o sentido e o fim da proteção dos bens jurídicos, levando-se em consideração o direito positivo. Explica o autor que se o interesse privado for o predominante na averiguação dos fatos, o consentimento excluirá a antijuridicidade, tendo em vista que se trata de um bem renunciável. De outro modo, se o

como realidade normativamente conformada, marcada pela plasticidade, contingência e variabilidade. O acordo mediatiza, se livre e esclarecido, aquela 'comunicação ideal' que se identifica com o bem jurídico protegido: uma expressão da liberdade pessoal que só na intersubjectividade encontra a forma autêntica de actualização. O acordo assegura a continuidade entre a autonomia pessoal e o bem jurídico protegido e, reflexamente, a congruência entre a mesma autonomia e o programa sistémico-social de tutela penal. O que exclui, por definição, os coeficientes de conflitualidade próprios do consentimento. E retira todo o fundamento e pertinência a conceitos - como ofendido, renúncia, lesão. etc. - nucleares no discurso do consentimento”.

²⁸⁹ FLORENSE, Ruy Celso Barbosa. *Teoria da Imputação Objetiva*. *Op. Cit.*, p. 128.

²⁹⁰ MAURACH, R.. *Tratado de Derecho Penal – Vol I*. Tradução. J. CORDOBA RODA, Barcelona 1962, p. 404.

²⁹¹ MEZGER, Edmund. *Tratado de Derecho Penal – Vol I*. Tradução de RODRIGUEZ MUÑOZ, Madrid, 1946, p. 405.

que prevalecer for os interesses coletivos, embora haja consenso, a antijuridicidade subsistirá, visto que se está diante de bens irrenunciáveis²⁹².

Do exposto, percebe-se que, nesses moldes, são poucos os delitos que justificam o consentimento e que se sujeitam à sua atuação, como exemplo, citamos a honra, a liberdade individual, a integridade corporal e todos os bens jurídicos patrimoniais²⁹³.

Para DE LA CUESTA AGUADO a função dogmática do consentimento do ofendido na responsabilização penal só é possível de ser determinada na imputação objetiva com o exame do caso concreto, por meio de uma interpretação teleológico-sistemática em cada tipo penal²⁹⁴.

Noutro viés, ROXIN, crítico contumaz da teoria dualista, defende que o consentimento do ofendido deve atuar sempre excluindo a tipicidade da conduta, devido ao livre desenvolvimento do indivíduo como função do bem jurídico, embasado pela teoria liberal deste, em que a livre disposição pelo portador de seu bem não implica, necessariamente, a lesão destes, mas antes a sua expressão, desde que não se excedam os limites permitidos para a faculdade individual, pois do contrário o consentimento não excluiria nem a tipicidade, nem a antijuridicidade, não sendo necessária, portanto, a diferenciação entre acordo e consentimento, já que ambos teriam o condão de proteger, não os bens em si mesmos considerados, mas a liberdade individual dos cidadãos. Nesse sentido, justifica o autor que não haverá qualquer lesão “*quando uma ação se baseia em uma disposição do portador do bem jurídico que não reduz seu desenvolvimento, senão, pelo contrário, constitui sua expressão*”²⁹⁵.

Outro argumento trazido pelo autor supracitado para embasar a impossibilidade de se aceitar o consentimento como causa de justificação é que a natureza jurídica do consentimento é diferente das causas justificadoras, pois estas são sustentadas com fulcro nos princípios de ponderação de interesses e de necessidade. Explica o autor que quando há uma situação de conflito inevitável, é legítimo o sacrifício de um interesse menos valorado pelo ordenamento jurídico, quando seja necessário salvaguardar um interesse

²⁹² VON HIPPEL, R. *Deutsches Strafrecht - vol. II*, p. 243, *apud*, JIMENEZ DE ASUA, Luís. *Tratado de Derecho Penal - vol. IV*, Buenos Aires, 1961, p. 584.

²⁹³ MAURACH, R.. *Tratado de Derecho Penal – Vol I. Op. Cit.*, p. 406.

²⁹⁴ DE LA CUESTA AGUADO, Paz Mercedes. *Tipicidad e Imputación Objetiva*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Cuyo, 1998, p. 159.

²⁹⁵ ROXIN, Claus. *Derecho Penal – Parte General - Tomo I. Op. Cit.*, p. 517.

maior, o que não acontece com o consentimento, pois não há conflito entre quem atua e quem consente, nem há a necessidade disso²⁹⁶.

Nessa mesma esteira, pondera ROXIN que não haverá a realização do tipo delitivo quando estiver presente um consentimento eficaz do ofendido, conseqüentemente não havendo desvalor do resultado, tampouco o desvalor da ação, o que deve ocorrer, principalmente, quando o titular do bem, de certo modo, e até mesmo por um pedido seu, acabar por se beneficiar com o seu consentimento e ademais, esta ação, do ponto de vista social, for completamente normal, restando claro que um comportamento neutro juridicamente e socialmente adequado “(...) *não realiza o tipo delitivo e, portanto, não pode ser típico*”. E ainda que o consentimento do ofendido não lhe traga de pronto um bem-estar real, há também que se negar o desvalor do resultado e a realização do tipo delitivo, vez que o comportamento do consenciente corresponde a uma “*autorrealização responsável*” na comunicação com outras pessoas. O que aqui merece destaque, na verdade, é a vontade real de quem consente e não, propriamente o seu bem-estar, até porque, sobre isto, adverte, Roxin, que é absolutamente possível que a disposição adotada pelo portador do bem jurídico, inicialmente, lhe pareça prejudicial, mas que, posteriormente, seja concebida pelo mesmo como a melhor decisão tomada em sua vida²⁹⁷.

Trazendo a discussão para a transmissão do VIH, destaca-se o fato de não haver nenhum especial interesse jurídico em proibir que pessoas mantenham relações sexuais com quem quer que seja. Quando conscientemente os indivíduos as praticam, sabendo de todos os riscos que correm com o seu agir, é porque exercem seu poder de disposição de seus bens jurídicos, exercendo um direito subjetivo, demonstrando, assim, autonomia em suas decisões e desejos, os quais podem querer satisfazê-los quando lhes aprouver, concluindo que a aquiescência em situações de tal ordem acarretam a exclusão da tipicidade, e não da antijuridicidade²⁹⁸.

Explica o mencionado autor que é perfeitamente possível vislumbrar o consentimento em atuações negligentes, embora, atualmente, a aplicação desse instituto “*(quer seja considerado causa de exclusão do tipo ou de justificação) apenas releva em*

²⁹⁶ *Idem. Ibidem.* p. 521.

²⁹⁷ *Idem. Ibidem.* p. 520 – 521.

²⁹⁸ PIERANGELI, José Henrique. *O consentimento do ofendido na teoria do delito. Op. Cit.*, p. 95; TORRES, Antônio Maria M. Pinheiro. *Acerca dos Direitos da Personalidade*. Lisboa: Rei dos Livros, 2000, p. 51.

casos muitos raros” e isto porque, quase nunca se poderá demonstrar que o ofendido estava realmente de acordo com as eventuais consequências danosas²⁹⁹.

FIGUEIREDO DIAS, em consonância com o acima exposto, ao tratar acerca do objeto do consentimento, entende que em casos de transmissão do VIH, a anuência do parceiro em manter relações sexuais com o portador do vírus deve ser tratada não na doutrina do consentimento, mas com base em construções dogmáticas autônomas, dentro do contexto da teoria da imputação objetiva, relativa à heterocolocação em risco consentida, que ocorre quando alguém não se põe dolosamente em perigo, mas se deixa colocar em risco conscientemente por outrem, ou relativa a uma colaboração em autocolocação em risco dolosa, quando o próprio indivíduo pratica conduta que causa risco a si próprio³⁰⁰, entendimento este também por nós compartilhado. A nomenclatura exata dos contextos acima assinalados acaba, porém, por se tornar irrelevante, quando se invoca uma equiparação entre os dois institutos e o princípio da autorresponsabilidade do ofendido, segundo o qual, os resultados danosos que decorrem livremente e inteiramente da responsabilidade de alguém, só podem ser imputados a ele próprio³⁰¹.

5.2 A ASSUNÇÃO DO RISCO: AUTOCOLOCAÇÃO E HETEROCOLOCAÇÃO EM RISCO DO OFENDIDO

É com base nessas construções dogmáticas autônomas, acolhidas pela Teoria da Imputação Objetiva, que afirmamos que quem aquiesce em manter relação sexual com o portador do VIH atua como um “*participante necessário*”, traduzindo a relevância que tem o comportamento do ofendido nesses casos³⁰².

Quando falamos em uma assunção do risco pelo indivíduo ou em sua heterocolocação consentida equiparada a uma autocolocação em perigo (ambas as situações excluíram a tipicidade da conduta), quer-se ressaltar a exigibilidade deste em agir voluntariamente de forma arriscada e que haja, respectivamente, um consenso entre o

²⁹⁹ ROXIN, Claus. *Problemas Fundamentais de Direito Penal. Op. Cit.*, p. 284.

³⁰⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal - Parte Geral. Tomo I. Op. Cit.*, p. 335, 478.

³⁰¹ ROXIN, Claus. *Derecho Penal – Parte General - Tomo I. Op. Cit.*, p. 395; GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. *A autocolocação da vítima em risco. Op. Cit.*, p. 119.

³⁰² DIAS, Augusto Silva. *A Responsabilidade Criminal por Transmissão irresponsável do Vírus da SIDA. Op. Cit.*, p. 30.

mesmo e o autor na criação e na participação do risco criado³⁰³, determinante para a consecução do resultado lesivo, o qual, em princípio, não foi desejado por nenhuma das partes, evitando dessa forma uma sobrecarga na responsabilidade do autor, diferenciando-se do consentimento, justamente pelo nível de vontade do lesado na direção do resultado, já que neste o prejudicado sofre as consequências do crime, sem ter concorrido em nada para tal³⁰⁴.

Para JAKOBS “*quem cria uma situação em que terceiros podem ser colocados em perigo não responde pelas consequências que o livre-arbítrio destes (que são imputáveis!) gere neles mesmos: tais consequências ficam suficientemente explicadas ao serem reconduzidas ao arbítrio, e a gênese desse arbítrio é assunto exclusivo de quem o exerce; não pode, portanto, ser transferido. Ninguém aceitaria a pretensão de que respondam aqueles que desencadeiam o arbítrio alheio*”³⁰⁵.

Nesse sentido, SILVA DIAS entende que “*o consentimento do parceiro sexual são funciona, pois, como factor de determinação da competência pelo risco, ou seja, como critério de imputação objectiva*”, confinando-se o consentimento do ofendido na adesão consciente deste no ato perigoso ou arriscado, tal como ocorre na transmissão viral, ou seja, não é propriamente na morte ou na enfermidade crônica da SIDA que está o objeto do consentimento, em que pese, ao menos, a transmissão do VIH ser previsível como resultado caso algo dê errado, embora não dominável o desenrolar da doença³⁰⁶.

Entretanto, ao indagarmos o alcance do conhecimento do ofendido sobre a real situação de seu parceiro sexual ser portador do VIH, podemos destacar duas situações distintas e que merecem ser analisadas, sobretudo para que se possa afirmar quando esse risco foi transferido do âmbito de responsabilidade do autor para o próprio ofendido. A primeira é quando o autor sabe que é portador do vírus e não informa seu parceiro sexual de sua condição de soropositivo e com ele pratica a relação sexual sem a devida proteção. A segunda é quando o agente sabe ser portador do VIH, mas presta a informação devida ao

³⁰³ KINDHÄUSER, Urs. *Aumento de risco e diminuição de risco*. Trad. Inês Godinho; rev. José de Faria Costa. In: *Revista Portuguesa de Direito Criminal*. Coimbra:Coimbra Editora, 1990, , A-20, nº 1 (2010), p. 11-39. Dispõe o autor que “*Deve ser vista como risco a situação em que a produção de um resultado é (ao menos) tida em conta dentro de uma certa probabilidade*”.

³⁰⁴ GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. *A autocolocação da vítima em risco*. *Op. Cit.*, p. 105 e 106.

³⁰⁵ JAKOBS, Günther. *Fundamentos de Direito Penal*. Tradução André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 88.

³⁰⁶ DIAS, Augusto Silva. *A Responsabilidade Criminal por Transmissão irresponsável do Vírus da SIDA*. *Op. Cit.*, p. 30 e 31.

seu companheiro e mesmo assim ele aquiesce em manter a relação sexual sem preservativo³⁰⁷.

Tratando-se de casos incorporados na primeira situação, a conduta do lesado não teria o condão de deslocar o risco do contágio da esfera de domínio do autor para si, pois o portador do VIH, ao omitir sua soropositividade perante àquele, teria o total controle de sua ação, já que possui um conhecimento muito superior acerca de sua condição de saúde, ao contrário da pessoa prejudicada, vez que lhe falta o conhecimento necessário ou mínimo para que pudesse assentir em assumir o risco pela transmissão, atuando apenas como um “*instrumento involuntário (não doloso) da sua colocação em perigo pelo infectado*”. Além disso, o conhecimento do ofendido de o autor possuir comportamentos de risco é insuficiente para deslocar a responsabilidade pelo risco que ainda pertence a este último, para o ofendido, pois a ciência sobre o infectado pertencer a um grupo de risco ou possuir comportamentos dessa natureza seria representada de forma difusa e abstrata pelo mesmo, o qual lida apenas com uma vaga probabilidade estatística, enquanto que o autor possui um conhecimento exato e concreto de que é portador do VIH. Frise-se que, a solução seria a mesma nos casos em que o portador do vírus não tivesse certeza, mas somente imaginasse e representasse seriamente a possibilidade de estar infectado e, ainda assim, não comunicasse seu parceiro dessa desconfiança, retirando deste a chance de se portar de forma autorresponsável e escolher se aceita ou não manter relações sexuais com o possível infectado³⁰⁸.

Quanto aos fatos englobados na segunda situação, tem-se que deve ser excluída a tipicidade da conduta do agente, vez que o autor não mais possui o controle fático do processo de infecção, que acabou por ser apropriado pelo ofendido. Nesta seara, deve-se comprovar se nesse processo de contágio houve uma organização conjunta por parte do autor e do ofendido, e em caso positivo, o risco passa a não mais decorrer do autor, mas sim da parte prejudicada. Tendo ambos conhecimento do risco que correm e da existência do VIH no organismo de um deles e, ainda assim, anuírem em manter relação sexual, não se pode responsabilizar o autor pelo resultado, tendo em vista que ambos, mas, principalmente, o ofendido exerceu sua liberdade individual de disposição desse bem jurídico, agindo, portanto, com autorresponsabilidade³⁰⁹.

³⁰⁷ *Idem. Ibidem.* p. 31.

³⁰⁸ *Idem. Ibidem.* p. 32 e 33.

³⁰⁹ *Idem. Ibidem.* p. 33 e 34.

Corroborando com o entendimento acima exposto, sustenta LUZÓN PEÑA que estando o sujeito passivo com plenos conhecimentos das circunstâncias e, ainda assim, aceita o risco da infecção que pode contrair, o autor passa a não mais possuir o domínio do fato, pelo que nem pode mais ser considerado ou chamado de autor, pois sua atuação se limita a cooperar em uma causação de autolesão por parte do ofendido³¹⁰.

Conveniente salientar, por oportuno, que nos casos em que o ofendido procura por aventuras sexuais, mediante pagamento pelos serviços prestados pelo seu parceiro, a exemplo da prostituição, não se pode de imediato transferir o risco de contágio para a esfera do lesado, vez que aquela pode selecionar muito bem seus clientes e até mesmo exigir-lhes que tomem as precauções necessárias, isto é, o simples conhecimento do indivíduo de que seu parceiro possua condutas arriscadas não é suficiente para afirmar que o risco passou a ser de sua responsabilidade³¹¹, entendimento este também por nós acolhido. Todavia, Schünemann propõe que a responsabilidade do transmissor deve ser excluída quando se tratar de contatos sexuais em que a presença do VIH é extremamente elevada e o ofendido atua irresponsavelmente, já que para o autor a visita à certos locais com essas características implica o dolo de colocar a si mesmo em um concreto perigo³¹².

Entretanto, se um indivíduo paga pelos serviços da mesma para que, sem nenhuma proteção, mantenham relações sexuais, sabendo que esta é soropositiva, podemos afirmar mais uma vez que o ofendido passa a assumir o risco pela transmissão do VIH e com isso resta excluída a imputação objetiva do resultado ao agente³¹³.

Por outro lado, o fator conhecimento ou não da doença pelo parceiro sexual que aquiesce na relação suscita outra questão: E se o portador do VIH, sabendo de sua soropositividade, mantém relação sexual com seu parceiro com a devida proteção, mas não o informa acerca do vírus em seu organismo e devido a uma falha nesse mecanismo protetivo, a exemplo do rompimento do mesmo, seu parceiro contrai o vírus? A responsabilidade do transmissor estará excluída pelo simples fato de ter usado o preservativo ou ainda assim deveria ter comunicado seu parceiro à respeito do vírus?

Há sobre esta questão posicionamentos divergentes, pois o dever de informação é muito complexo no cenário de transmissão do VIH, tendo em vista que como bem assevera

³¹⁰ LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Problemas de la Transmision y Prevencion del SIDA*. Op. Cit., p. 15.

³¹¹ DIAS, Augusto Silva. *A Responsabilidade Criminal por Transmissão irresponsável do Vírus da SIDA*. Op. Cit., p. 33.

³¹² SCHÜNEMANN, Bernd. *Problemas Jurídicos Penales Relacionados con el SIDA*. Op. Cit., p. 44 e 45.

³¹³ HERBERG, Rolf Dietrich. *SIDA: Desafio y Piedra de Toque Del Derecho Penal*. Op. Cit., p. 131 e 132.

FERNANDA PALMA a SIDA não é uma doença de comunicação obrigatória. Todavia, o dilema se configura quando o que se põe em confronto é a autonomia de informação por parte do portador do VIH sobre a sua soropositividade, ficando à seu critério informar ou não o seu parceiro, com o dever jurídico deste em prestar informação, que muitas vezes com o seu silêncio diante dos fatos acaba por ser criado um grupo alargado de potenciais vítimas, que no dizer da autora, são todas as que “(...) *embora não procurando elas próprias os contatos aventureiros, venham, devido a relações sexuais até mesmo estáveis com outras pessoas (também sem conhecimento concreto do fato de terem sido infectadas), a ser contagiadas sem que a ninguém possa ser atribuída a responsabilidade*³¹⁴”.

HERZBERG, citando BRUNS a respeito da problemática anteriormente citada, é a favor de que seja excluída a responsabilidade do transmissor do VIH que usa o preservativo, mas não informa sobre portar o vírus ao seu parceiro, alegando se tratar de um irrelevante penal e que mesmo que o portador considere que o pior aconteça ou busque ou aprove o resultado, tal fato não pode servir para fundamentar a realização de um delito, pois sua conduta estaria dentro de um risco permitido, não realizando, dessa forma, o autor, qualquer tipo penal. Entende, inclusive, que mesmo nos casos de mentira sexual, devido à pequena probabilidade de infecção pelo uso do preservativo, tal conduta não pode ser considerada criadora de um risco juridicamente desaprovado pelo Direito, sendo apenas um comportamento contrário à moral, mas permitido pelo Direito³¹⁵.

Entretanto, preferimos nos unir ao posicionamento de LUZÓN PEÑA, segundo o qual a tese de que o portador do VIH está acolhido por um risco permitido ao não informar seu parceiro sexual de sua soropositividade, ainda que faça o uso do preservativo, diminuindo o risco de infecção pelo vírus, não é aceitável. O posicionamento acima não deve prosperar, pois o risco ainda que diminuído quantitativamente quanto ao contágio pelo uso do preservativo, qualitativamente é muito alto caso este venha a se produzir, por afetar a vida e a saúde, com uma possibilidade, ainda que prolongada, de morte do infectado. Trata-se de um risco desnecessário e injustificado, pois na verdade, o ofendido foi submetido a um risco não assumido por ele, já que não tinha a menor consciência do

³¹⁴ PALMA, Fernanda. *Transmissão da SIDA e Responsabilidade Penal*. Op. Cit., p. 158 e 159.

³¹⁵ BRUNS *apud* HERZBERG, Rolf Dietrich. *SIDA: Desafio y Piedra de Toque Del Derecho Penal*. Op. Cit., p. 134 e 135. Sustenta Herzberg que se trata de uma adequação social assim como ocorre com o contágio pela gripe, na qual não é exigível que os portadores informem a sua situação.

mesmo e caso o tivesse, poderia ocorrer de, mesmo com o uso do preservativo de seu parceiro, não aquiescer em manter a relação sexual com ele³¹⁶.

Sustenta ainda o autor acima mencionado que, se na relação sexual o indivíduo utiliza o preservativo, ainda que sua ação não esteja coberta pelo risco permitido por não ter prestado previamente a informação necessária ao seu parceiro para que este pudesse assentir no risco do contágio pelo VIH, pode-se admitir que não agiu com dolo eventual, devendo, portanto, ser responsabilizado por imprudência, sendo impune por sua conduta imprudente se não for possível provar a relação causal entre a conduta e o resultado³¹⁷.

6. TRANSMISSÃO DROGÁTICA INTREVENOSA DO VIH: BREVE EXCURSO

Embora a transmissão do VIH se dê, principalmente, pela via sexual, a segunda forma mais comum de transmiti-lo é através do uso compartilhado de seringas infectadas pelos usuários de drogas intravenosas³¹⁸. Embora esta via de transmissão não seja a principal que nós nos propusemos a enfrentar neste ensaio, a sua relevância para o nosso estudo pode ser percebida quando vislumbramos a possibilidade de uma autocolocação ou heterocolocação consentida no risco pelo ofendido. A par desta realidade, procuraremos fazer uma breve abordagem acerca dos problemas jurídico-penais envolvendo tal situação.

À despeito somente de uma autocolocação em risco envolvendo o compartilhamento de seringas, supondo que uma pessoa viciada entregue drogas (cocaína, por exemplo) e uma seringa a seu amigo, também viciado, e este, após se aplicar por vontade própria a substância, sofre overdose e morre, quem entregou o material e a droga ao sujeito não poderá ser responsabilizado pelo resultado morte deste, pois com base na autonomia do ofendido, era esperado que ele próprio recusasse a substância ilícita. Neste caso, pelos ensinamentos de TAVARES, conclui-se que “*a vítima teve para a sua morte*

³¹⁶ LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Problemas de la Transmision y Prevencion del SIDA. Op. Cit.*, p. 19. Quanto à comparação com o contágio da gripe formulada por Herzberg, sustenta o autor que o resultado morte advindo por este contágio é muito escasso se comparado com a transmissão do VIH, mesmo com a utilização do preservativo, havendo uma desproporcional comparação entre os casos, pois qualitativamente o risco de afetar a saúde e a vida é muito alto.

³¹⁷ LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Problemas de la Transmision y Prevencion del SIDA. Op. Cit.*, p. 19; ROLERO SANTURIAN, Carlos F. *La imputación objetiva del comportamiento sexual. Op. Cit.*, p. 110 e 111.

³¹⁸ SCHÜNEMAN, Bernd. *Problemas Jurídicos Penales Relacionados con el SIDA. Op. Cit.*, p. 57.

*uma participação decisiva e a assumiu deliberadamente, de modo a constituir o ponto de gravidade de sua ocorrência*³¹⁹”.

Andrei SCHIMDT, citando a resposta dada pelo Supremo Tribunal Federal da Alemanha³²⁰ apontada para os casos em que alguém fornece droga a outrem, mediante o compartilhamento de seringas, e este sofre overdose, dispõe que a “*a autocolocação em perigo, desejada pela própria vontade, não é subsumível nos tipos de lesões ou homicídio, desde que se realize o risco conscientemente ocorrido com a colocação em perigo. Quem meramente incita, possibilita ou facilita tal perigo não é punível por um delito de homicídio ou de lesões corporais*³²¹”.

A responsabilidade criminal do cedente poderá subsistir, entretanto, caso ele tenha um conhecimento superior do perigo em relação ao primeiro usuário. Destarte, se o cedente da droga sabe que o seu colega também usuário está em estado avançado de embriaguez e, mesmo assim, entrega-lhe a substância, será o responsável pela eventual morte de seu colega, se ela advier do simples consumo conjunto dessa substância, pois o fato de ter um conhecimento especial da situação fática lhe permite ter um domínio maior acerca da causalidade, da qual o lesado não possuía, fazendo com que a autorresponsabilidade deste seja excluída, não podendo se falar em sua aquiescência no risco, conseqüentemente, responsabilizando o cedente, nem que seja somente pelo delito de tráfico, se o seu agir foi negligente e o ordenamento jurídico levado em consideração somente puna o auxílio em suicídio de forma dolosa, já que o resultado foi uma obra sua³²².

Destarte, se o cedente incitador percebe que o indivíduo não está plenamente consciente do alcance da sua decisão, ao entrega-lo a droga acaba pro criar um risco que já

³¹⁹ TAVAREZ, Juarez. *Direito Penal da negligência*. Op. Cit., p. 344 e 345.

³²⁰ ROLERO SANTURIAN, Carlos F. *La imputación objetiva del comportamiento sexual*. Op. Cit., p. 103. O autor cita o caso, o qual transcrevo em tradução livre: “*O acusado, toxicômano, encontrou-se com seu amigo (igualmente toxicômano) no dia dos fatos, o qual lhe propôs consumir juntos uma determinada quantidade de heroína que possuía, cuja periculosidade tinham ambos consciência. Com esse propósito, pediu-lhe que conseguisse uma seringa. Uma vez conseguidas pelo acusado, consumiram juntos a heroína. Depois de se injetarem a heroína, ambos perderam o conhecimento. Quando chegou o médico, o amigo havia morrido por uma parada cardíaca como produto da ingestão da droga*”. Nesse caso, o Tribunal de Menores condenou o acusado por um delito contra a saúde pública e por homicídio imprudente, afirmando que ao conseguir as seringas colocou de modo previsível uma condição da morte de seu amigo. Todavia, o BGH absolveu o acusado do delito de homicídio imprudente.

³²¹ SCHIMDT, Andrei Zenkner. *Aspectos Jurídicos-Penais da transmissão da AIDS*. Op. Cit., p. 19.

³²² TAVAREZ, Juarez. *Direito Penal da negligência*. Op. Cit., p. 346; ROLERO SANTURIAN, Carlos F. *La imputación objetiva del comportamiento sexual*. Op. Cit., p. 103.

não está coberto pela vontade do lesado, devendo, portanto, a realização do resultado ser imputada ao seu âmbito de responsabilidade³²³.

Quanto ao consumo de drogas pelo compartilhamento de seringas contaminadas que supõem perigo de infecção pelo VIH, podemos distinguir algumas situações: À semelhança do que ocorre na situação acima descrita, se o cedente da droga possuir conhecimentos superiores acerca da possibilidade do contágio, ou seja, se ele sabe que está infectado e, ainda assim, cede conscientemente a seringa contaminada para que seu colega se drogue, sem avisá-lo de sua soropositividade e este acaba por ser contaminado responderá o cedente, com base na legislação brasileira, pelo crime de lesões corporais qualificadas pela enfermidade incurável e, na legislação portuguesa, por ofensas à integridade física grave. Explica SCHÜNEMANN que, neste caso, o ofendido não passaria de um instrumento que age sem o dolo de se autocolocar em perigo, da mesma forma como acontece na transmissão do VIH pela via sexual³²⁴.

Todavia, há autores, como JOSÉ SOUTO DE MOURA, que sustentam que a não informação da soropositividade pelo cedente da seringa infectada, muitas vezes, ocorre pelo fato desse primeiro utilizador estar em um estado de inconsciência que o impossibilite a comunicação com o segundo usuário da seringa³²⁵, agindo, portanto, de forma imprudente, originando sua responsabilidade criminal, na medida em que passaria a ser considerado autor mediato³²⁶.

Por outro lado, se o cedente, querendo transmitir o VIH, não conseguir realizar a transmissão do vírus, deverá o mesmo responder pela tentativa de lesões corporais qualificadas no que pertine à legislação brasileira³²⁷, ou por tentativa de ofensas à integridade física grave quando o ordenamento jurídico levado em consideração for o português.

Todavia, quando o risco assumido pelo ofendido não for o mesmo que foi criado pelo portador do VIH, já que nem mesmo o cedente da seringa possuía o conhecimento de

³²³ ROLERO SANTURIAN, Carlos F. *La imputación objetiva del comportamiento sexual*. Op. Cit., p. 103.

³²⁴ SCHÜNEMANN, Bernd. *Problemas Jurídicos Penales Relacionados con el SIDA*. Op. Cit., p. 58.

³²⁵ MOURA, José de. *Droga livre. Sociedade SUI.S.I.D.A.* Revista do Ministério Público, Ano 11º, nº 43, Julho-Setembro, 1990, p. 64. Adverte o autor que “os fenômenos da dependência e da tolerância, quanto mais não fora, responsabilizar-se-iam desde logo pela falsa representação da realidade e desaparecimento do autocontrolo a que o drogado fica condenado”.

³²⁶ SCHÜNEMANN, Bernd. *Problemas Jurídicos Penales Relacionados con el SIDA*. Op. Cit., p. 58; MARQUES, José Augusto Sacadura Garcia. *Incidência da droga na criminalidade: a imputabilidade do toxicodependente*. In: Revista do Ministério Público, ano 14º, nº 54, Abril – Junho, 1993, p. 43 – 60.

³²⁷ SCHIMDT, Andrei Zenkner. *Aspectos Jurídicos-Penais da transmissão da AIDS*. Op. Cit., p. 234.

que estava contaminado, quando deveria saber ser soropositivo devido a uma vida desregrada e ao excessivo consumo de drogas por meio do uso de seringas compartilhadas e este omite ou dissimula sua situação de dúvida ao segundo usuário da seringa e este acaba se contaminando com o vírus, deverá o cedente ser responsabilizado pelo crime de lesões corporais culposas, seguindo a legislação brasileira³²⁸, ou pelo crime de ofensas à integridade física por negligência, crime previsto no artigo 148º do Código Penal português, vez que não teve interesse direto em ofender a saúde do ofendido, agindo apenas de forma negligente³²⁹.

Há casos, porém, que o possuidor anterior da seringa detém o mesmo grau de conhecimento do risco de infecção que o segundo ou outros usuários da mesma³³⁰. Sobre este assunto, destaca CAMARGO a seguinte situação: O uso comum de seringas infectadas, que são utilizadas pelos participantes de um grupo de drogados com conhecimento do risco³³¹.

Quando houver a participação em grupo para se autodrogar com o uso de seringas, sem qualquer prevenção, não se poderá imputar a ninguém a transmissão pelo VIH, caso alguém se veja infectado, pois há uma efetiva participação do ofendido em se autolesionar e esta não é punível. Assim, aquele que usou a seringa pela primeira vez não pode ser responsabilizado pela transmissão do vírus a um dos participantes do grupo, tendo em vista que o ofendido não só criou o risco para si, como também o incrementou, pois não seria concebível a sua afirmação de que não sabia da inexistência do risco de se infectar pelo vírus. Adverte, ainda, o autor que nesses casos não existe autoria mediata ou direta, por se tratar de autolesões, não sendo possível, portanto, a responsabilização criminal do primeiro cedente da seringa contaminada com o vírus e de todos os outros participantes no compartilhamento da mesma³³².

Na mesma linha de raciocínio, acerca do possuidor anterior da seringa com o mesmo conhecimento do risco de contágio, SHÜNEMANN ensina que “*se concorre um conhecimento do risco pelo possuidor anterior e pelo segundo usuário, e se pode qualificar de dolo de lesão (no segundo usuário, portanto, dolo de autolesão), se seguirá*

³²⁸ *Idem. Ibidem.* p. 232 e 233.

³²⁹ CAMPOS, Aline da Veiga Cabral. *Responsabilidade Penal pela Transmissão da SIDA por via sexual.* *Op. Cit.*, p. 142 e 143.

³³⁰ SCHÜNEMANN, Bernd. *Problemas Jurídicos Penales Relacionados con el SIDA.* *Op. Cit.*, p. 58.

³³¹ CAMARGO, Antônio Luis Chaves. *AIDS e o Direito Penal.* *Op. Cit.*, p. 61.

³³² *Idem. Ibidem.* p. 61.

necessariamente a sistemática da teoria da codelinquência à impunidade do possuidor anterior: segundo o princípio da acessoriedade, sua contribuição ao fato seria impune enquanto cumplicidade de uma autolesão impune, e somente poderia se qualificar como autoria mediata por um conhecimento superior, conhecimento este que precisamente falta neste grupo de casos”. Semelhante posicionamento deve ser tomado nos casos em que haja somente dois envolvidos e não um grupo com comportamentos de risco. Se o ofendido conhece o risco de infecção pelo VIH e ainda assim aquiesce no uso compartilhado da seringa, não há que se falar em responsabilização do primeiro possuidor da mesma³³³.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sempre fiel à proposta do trabalho, foi debatido no primeiro capítulo os aspectos gerais e biológicos concernentes ao VIH, causador da SIDA, diferenciando-os entre si, destacando as formas de tratamento, transmissão e prevenção, bem como destacando a influência exercida pelos medicamentos antirretrovirais, os testes sorológicos para a descoberta da soropositividade e a importância do uso do preservativo, mesmo como instrumento de médio risco, como medida profilática contra a transmissão não só do VIH, mas de outras doenças.

Ainda no primeiro capítulo, iniciamos a problemática de saber se seria possível a intervenção do Direito Penal nesta seara, sendo para esta questão a resposta afirmativa, vez que quando se fala em transmissão do VIH a questão é muito complexa, pois a ciência passa a se deparar com um vírus que é impossível de ser combatido por qualquer meio conhecido, podendo apenas os seus efeitos serem minorados através de fármacos que, constantemente, vêm sendo pesquisados, para que a vida da pessoa infectada possa se prolongar, e é exatamente por isso que a transmissão do VIH, pela via sexual, é relevante para o Direito Penal, no sentido de se verificar a responsabilidade criminal daquele que transmite o vírus, seja por meio de uma relação sexual, seja pelo compartilhamento de seringas.

Fixadas tais premissas, no segundo capítulo, tratamos de investigar a qual tipo penal deve responder o transmissor do VIH pela via sexual, pelo que confrontamos alguns tipos penais dados como possíveis, a exemplo do homicídio, lesão corporal, crime de

³³³ SCHÜNEMANN, Bernd. *Problemas Jurídicos Penales Relacionados con el SIDA*. Op. Cit., p. 58.

perigo de contágio venéreo e crime de contágio de moléstia grave, no ordenamento jurídico brasileiro. No ordenamento jurídico português, os tipos penais confrontados foram os crimes de propagação de doença contagiosa, de homicídio e crime de ofensas à integridade física.

A conclusão obtida foi que nos casos em que conscientemente e dolosamente o agente transmite o vírus para seu parceiro sexual, sem que este saiba da soropositividade daquele com quem se relacionou, pela falta de informação por parte deste, deverá o transmissor responder criminalmente, com base no Direito Penal brasileiro, pelo crime previsto no artigo 129, §2º, inciso II, qual seja, crime de lesões corporais gravíssimas em que resulta uma enfermidade incurável, já que o tipo objetivo consiste em ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem, sendo plenamente possível a tentativa para estes casos, quando o autor age no mínimo com dolo eventual em relação à lesão corporal; tomando por base o ordenamento jurídico português, deve ser enquadrada a conduta de quem transmite o VIH a outrem na alínea “d” do artigo 144º do CP português, apesar dos constantes avanços médicos, afinal de contas até a presente data ainda não foi encontrada a cura para a SIDA, e tendo em vista o dano causado à saúde do infectado e todas as mudanças de comportamento que este deve tomar para tentar levar uma vida normal e evitar a contração de doenças para si.

Essa questão, no Brasil, começou a ser delineada, com o julgamento do HC 98.712 pelo Supremo Tribunal Federal, em que apesar de na ocasião do julgamento não ter sido possível dirimir a dúvida acerca de qual tipo penal se enquadraria de fato à conduta do agente transmissor do VIH pela via sexual, foi afastada definitivamente a possibilidade da tipificação da conduta deste no crime de homicídio.

O crime de homicídio, seja ele doloso ou negligente, somente poderá ser imputado ao transmissor do VIH, com base nos dois ordenamentos jurídicos acima mencionados, quando a transmissão acarretar a morte instantânea do ofendido. Entretanto, como normalmente o vírus passa por um longo período de incubação, sendo a SIDA propriamente dita o último estágio da doença, não é correto, nem justo que se impute à conduta do autor esse resultado morte, que é tardio, visto que há um decaimento dos pressupostos de imputação, a exemplo da dimensão temporal da causalidade e a falta de um risco desaprovado no sentido dos tipos de crime contra a vida. O problema probatório do nexos causal ainda se coloca quando há a possibilidade deste infectado, no período

assintomático, manter outras relações sexuais com diferentes pessoas tornando difícil de saber efetivamente quem foi o transmissor do vírus.

Destarte, somente com o julgamento do HC 160.982/DF pelo Superior Tribunal de Justiça foi possível o enquadramento da conduta no crime de lesões corporais gravíssimas pela contração de enfermidade incurável, vez que havendo a clara intenção do agente em transmitir o vírus, o crime de lesão corporal absorveria o crime de contágio de moléstia grave, previsto no artigo 131 do Código Penal brasileiro, somado a isso, havendo dolo eventual do agente, não se poderia falar em crime de perigo de contágio de moléstia grave, pois o elemento subjetivo de tal crime é a clara intenção de transmitir a moléstia grave, não sendo compatível, portanto, com instituto do dolo eventual, devendo, pois, o autor responder pela tentativa de lesões, no caso de não ocorrer a “enfermidade incurável”.

Por sua vez, o terceiro capítulo foi dedicado ao estudo da Teoria da Imputação Objetiva, tendo em vista que ela é a base estrutural do presente trabalho, em que o objeto central do injusto penal, levando-se em consideração o que prega o Funcionalismo, é a criação e a realização de um risco não permitido, e não somente a causação do resultado ou a finalidade da ação humana. A partir de seu estudo foi possível explicar todos os pressupostos para a sua verificação e iniciar a investigação acerca do comportamento que o ofendido exerce para a responsabilização do agente.

Hodiernamente, o cenário penal é a de uma redescoberta da vítima, sob à ótica de dois diferentes âmbitos. O primeiro deles é o de que a norma penal existe para protegê-las, sobretudo as vulneráveis, não obstante haver situações carecedoras de atenuação à responsabilidade criminal do autor. O segundo âmbito consiste na concorrência do ofendido ou seu expresso consentimento ou aquiescência em um risco, havendo, conseqüentemente, a produção de um resultado danoso, ensejando muitas vezes a não responsabilização criminal do autor.

Muito embora o lesado sofra a conduta do agente criminoso, seu papel exercido na sociedade moderna não pode ser desconsiderado. Isto, porque todas as vezes que este prestar sua aquiescência, tal fato implica dizer que esta foi a maneira encontrada pelo mesmo de manifestar a sua vontade.

No estudo do instituto do consentimento do ofendido, de forma sucinta, foram abordadas a duas teorias mais relevantes, quais sejam, a teoria dualista, teoria majoritária com bastante envergadura nos ordenamentos jurídicos estrangeiros, sendo, inclusive, a

adotada pela doutrina portuguesa, em que há uma diferenciação entre acordo e consentimento, já que o primeiro teria o condão de excluir a tipicidade da conduta e o segundo, o escopo de excluir a antijuridicidade do fato; e a teoria unitária, teoria ainda minoritária, mas que levando em consideração a natureza jurídica desse instituto prega que este não deve ser diferenciado, pois considera que sempre deverá excluir o tipo, ainda que o aquiescimento do ofendido não seja sobre um elemento do tipo penal.

Em que pese o estudo do consentimento ser relevante para a composição do presente trabalho, ele não deve ser confundido com institutos autônomos ligados à Teoria da Imputação Objetiva - os quais foram adotados para solucionar as questões envolvendo o consentimento do indivíduo em manter relações sexuais com o portador do VIH sem precauções e quanto ao uso compartilhado de seringas contaminadas – como a autocolocação ou heterocolocação em risco do ofendido, já que no consentimento o perigo é causado única e exclusivamente pelo terceiro. Ao passo que haverá autocolocação ou heterocolocação em risco do ofendido, respectivamente, toda vez que este praticar condutas que criem um perigo para si ou se deixe expor a um perigo causado por terceiros.

Transportando tais conceitos para a problemática de transmissão do VIH com o consentimento da parte prejudicada, proposta esta realizada no quarto capítulo deste ensaio, tem-se que quando esta sabe que seu parceiro sexual é portador do vírus e ainda assim aceita manter relações sexuais com ele, sem qualquer proteção, é porque, com base em sua autorresponsabilidade, assumiu o risco da conduta perigosa, já que não poderá alegar que não sabia da possibilidade de contaminação, ou seja, ambos os sujeitos estão informados e cientes do risco de contágio e são responsáveis conjuntamente pelas suas ações, pelo que o transmissor do vírus não deve ser responsabilizado criminalmente, visto que o próprio lesado aumentou para si o risco do resultado.

Estará excluída da mesma forma a responsabilidade do agente que cede uma seringa contaminada pelo VIH para uso conjunto dos participantes, se todos souberem da condição de soropositivo de um deles. Caso sobrevenha a morte de um deles, por overdose, da mesma maneira o cedente não deve ser responsabilizado, porque era esperado que o próprio ofendido não se colocasse na situação de risco e não quisesse se autolesionar.

Por outro lado, se o infectado omite a sua qualidade de portador do vírus ou omite informações necessárias para que seu parceiro possa se portar da melhor forma que lhe aprouver, mesmo que faça o uso do preservativo no caso de a transmissão ocorrer pela via

sexual, não se pode falar que houve um deslocamento do risco de contágio que pertence ao autor, para o âmbito de responsabilidade do prejudicado, nem que sua conduta pode ser considerada atípica, vez que existe um claro desnível representativo entre os envolvidos, tanto na relação sexual, quanto no uso compartilhado de seringas, na medida em que o autor sabe claramente de sua condição, e o ofendido ou não sabe ou apenas lida com uma probabilidade de seu parceiro ser portador do VIH.

À partir das conclusões aqui alcançadas, com o suporte da Teoria da Imputação Objetiva e seus critérios norteadores, percebe-se que o Direito Penal procura não mais “beneficiar” somente um dos pólos, baseando-se em meros silogismos. Ao contrário, procura atualmente oferecer respostas a cada problemática surgida, com o escopo de solucionar conflitos da forma mais justa e atribuir mais adequadamente o resultado ao agente.

Importante advertir que, devido às constantes pesquisas médicas e futuras aquisições científicas no que pertine ao VIH e a doença por ele causada (SIDA), não se exclui a possibilidade de algumas das conclusões que foram aqui alcançadas possam ser alteradas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANARTE BORRALLO, Enrique. Causalidad e Imputación Objetiva – Estructuras, relaciones y perspectivas. Universidad de Huelva Publicaciones, Huelva, 2002.

ANDRADE, Manuel da Costa. Consentimento e Acordo em Direito Penal – Contributo para a Fundamentação de um paradigma dualista. Coimbra, Coimbra Editora, 2004.

ANDRADE, Manuel da Costa. Direito Penal Médico: SIDA: testes arbitrários, confidencialidade e segredo. São Paulo: Editora revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2008.

ARUS, Francisco Bueno. La posición de la Víctima em el Moderno Sistema Penal. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, a.70, 1994, p. 369 – 387.

BACIGALUPO, Enrique. Direito Penal - Parte Geral. Trad. André Estefam. São Paulo: Malheiros, 2005.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal – Parte Especial, vol. 2, 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

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

BRASIL. Ministério da Saúde. Departamento de DST, AIDS e Hepatites Virais. (Em: <http://www.aids.gov.br/pagina/quais-sao-os-antirretrovirais>. Acesso em: 07 de abril de 2015).

BRASIL. Ministério da Saúde. Departamento de DST, AIDS e Hepatites Virais. Adesão ao Tratamento Antirretroviral no Brasil: Coletânea de Estudos do Projeto Atar. Brasília, 2010.

BRASIL. Ministério da Saúde. Manual Técnico para o Diagnóstico da Infecção pelo HIV. Departamento de DST, AIDS e Hepatites Virais. Brasília. Dezembro de 2013.

BRASIL. Revista VEJA. HIV-1 e HIV-2: Conheça a diferença entre o vírus que causam a AIDS. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/saude/entenda-a-diferenca-entre-hiv-1-e-hiv-2-causadores-da-aids/>>. Acesso em: 28 de abril de 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 160.982-DF. Rel. Ministra Laurita Vaz. 5ª Turma, Julgado em: 17/05/2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 98.712-SP. Rel. Min. Marco Aurélio. 1ª Turma. Julgado em: 05/10/2010.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação nº 9059892-42.2004.8.26.000-SP. Rel. Des. Pereira da Silva. 8ª Câmara de Direito Criminal. Julgamento em: 20/06/2006.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Recurso em Sentido Estrito 0006253-64.2008.8.26.0150-SP. Rel. José Raul Gavião de Almeida. 6ª Câmara de Direito Criminal. Julgado em 24/06/2010.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação nº 2007.050.04105-RJ. Rel. Des. José Augusto de Araújo Neto. 2ª Câmara Criminal. Julgamento em: 15/02/2008.

BRONZE, Fernando José. Argumentação Jurídica: o domínio do risco ou o risco dominado? (Tópicos para um diálogo pedagógico). In: Boletim da Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra. v.76 (2000), p.13-33.

BUSATO, Paulo César. Direito Penal e ação significativa: uma análise da função negativa do conceito de ação em Direito Penal a partir da filosofia da linguagem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CABRAL, Thiago Colnago. Transmissão dolosa do vírus da AIDS: configuração do crime de perigo de contágio de moléstia venérea. Consulex: Revista Jurídica, v.6, n.134, p.62-65, 2002.

CAMARGO, Antônio Luis Chaves. AIDS e o Direito Penal – Aspectos gerais. Revista USP, São Paulo, n. 33: XX - XX, Março – Maio, 1997.

CAMARGO, Antônio Luis Chaves. Imputação Objetiva e Direito Penal Brasileiro. São Paulo: Cultural Paulista, 2002.

CAMPOS, Aline da Veiga Cabral. Responsabilidade Penal pela Transmissão da SIDA por via sexual e por via drogática intravenosa. Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais, Coimbra, 1999/2001.

CAMPOS, Isabel; ANTUNES, Bacelar. SIDA na prática ginecológica. Revista O Médico, ano 39, vol.118.

CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal. Edição: 14^a, vol. 2, Editora: Saraiva, São Paulo, 2014.

CARRERA, Daniel P. SIDA y Derecho Penal Argentino. In Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional de Cordoba, Vol. 2, año 1994.

CARVALHO, Américo Taipa de. Direito Geral: Parte Geral. Vol II. Porto: Coimbra Editora, 2004.

CASABONA, Carlos Maria Romeo. Responsabilidade Médico-Sanitária e AIDS – Segunda Parte. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, v. 1, n. 3, jul./set., 1993.

CASTALDO, Andrea. La concreción del “riesgo jurídicamente relevante”. In: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (org.). Política Criminal y nuevo Derecho Penal. Libro Homenaje a Claus Roxin. Barcelona: Bosch, 1997.

CÓRDOBA, Fernando. Consideraciones en torno de la teoría de la imputación objetiva en el sistema de Claus Roxin. Cuaderno de doctrina e jurisprudência penal, nº 1-2, p. 113 – 143.

CORREIA, Eduardo. Direito Criminal I. Coimbra: Livraria Almedina, 1971.

COSTA, Álvaro Mayrink da. Direito Penal: parte especial. 5^a ed. atual. e ampl.. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2001.

COUSIÑO MAC IVER, Luis. Derecho Penal Chileno – Tomo I. Santiago: Editora Jurídica de Chile, 1975.

CUNHA, J. M. Damião da. Comentário Conimbricense ao Código Penal (CCCP), Parte Especial, Tomo II, Coimbra editora, 1999.

D'ÁVILA, Fábio Roberto. Crime Culposos e a Teoria da Imputação Objetiva. RT: São Paulo, 2001.

DE LA CUESTA AGUADO, Paz Mercedes. Tipicidad e Imputación Objetiva. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Cuyo, 1998.

DELMANTO, Celso *et al.* Código Penal Comentado. 8ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

DIAS, Augusto Silva. A Responsabilidade Criminal por Transmissão irresponsável do Vírus da SIDA: um olhar sobre o Código Penal Português e o novo Código Penal de Cabo Verde. Direito e Cidadania, Praia: Gráfica do Mindelo, A.6, nº 20-21, 1997.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito Penal - Parte Geral. Tomo I. Coimbra, Coimbra Editora, 2012.

DIAS, Jorge de Figueiredo; BRANDÃO, Nuno. Comentário Conimbricense ao Código Penal (CCCP), Parte Especial, Tomo I, 2ª edição, Maio, Coimbra editora, 2012.

DÍAZ, Claudia López. Introducción a la imputación Objetiva. Bogotá. Universidad Externado de Colombia, 2000.

ESCAMILLA, Maragarita Martinez. La imputación objetiva del resultado. Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid. Madrid: Edersa – Editoriales de Derecho Reunidas, 1992.

FARIA, Paula Ribeiro. Comentário Conimbricense ao Código Penal (CCCP), Parte Especial, Tomo II, 2ª edição, Maio, Coimbra editora, 2012.

FERNANDES, Paulo Silva. Globalização, “Sociedade do Risco” e o futuro do Direito Penal. Panorama de alguns problemas comuns. Coimbra: Almedina, 2001.

FILHO, Nelson Lacava. Responsabilidade Penal do Médico na perspectiva da Sociedade do Risco. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

FISCHL MA. Prevenção da transmissão da AIDS durante a relação sexual. In: DE VITA V; HELLMAN S & ROSEMBERG SA. AIDS: etiologia, diagnóstico, tratamento e prevenção. Trad. de Paulo Dias da Costa. 2. ed. Revinter, Rio de Janeiro, 1991.

FLORENSE, Ruy Celso Barbosa. Teoria da Imputação Objetiva: sua aplicação aos delitos omissivos no Direito Penal brasileiro. São Paulo: Editora Pillares, 2010.

Folha de São Paulo Online. Holanda detém 4 suspeitos de contaminação proposital com o HIV. De 31-05-2007. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/mundo/ult94u301208.shtml>>. Acesso em 06-05-2015.

FRANÇA, Lendro Aires; RUDNICK, Nádia Gabriele. Transmissão do HIV/AIDS: Revolução Médico-Terapêutica e aspectos jurídicos-penais. Revista Justiça e Sistema Criminal, v.4, n.6, jan./jun., 2012.

FRANCO, Alberto Silva. Do Princípio da Intervenção Mínima ao Princípio da Máxima Intervenção. Revista Portuguesa de Ciência Criminal. Coimbra Editora, Abril-Junho, 1996.

GÊNOVA, Jairo José. O comportamento da vítima e a Teoria da Imputação Objetiva. Caderno Jurídico – Abril/01 – Ano 1, nº 1, Escola Superior da Magistratura de São Paulo (ESMP).

GIR E; DUARTEG & CARVALHO MJ de. Condom: Sexo e sexualidade. Medicina, Ribeirão Preto, 29: 309-314, abr./set. 1996.

GIR, Elucir et al. Práticas Sexuais e a infecção pelo Vírus da Imunodeficiência Humana. Goiânia: AB, 1994.

GOMES, Luís Flávio. Teoria Constitucionalista do delito e imputação objetiva. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

GOMES, Luís Flávio. Teoria Constitucionalista do delito e imputação objetiva – O novo conceito de tipicidade objetiva na pós-modernidade. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

GOMEZ RIVERO, Maria Cárme. La Imputación de los Resultados Producidos a Largo Plazo. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998.

GONÇALVES, Manuel Lopes Maia. Código Penal Português Anotado e Comentado – Legislação Complementar. 17ª edição, Coimbra: Almedina, maio de 2005.

GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. A autocolocação da vítima em risco. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Ciência do Direito Penal Contemporânea; v. 7, 2004.

GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. Crimes contra a dignidade sexual. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito. Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº. 32. São Paulo: RT, 2000, p. 120-163.

GRECO, Luís. Um panorama da Teoria da Imputação Objetiva. 4ª ed., rev., e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. Edição: 7ª, vol. II, Editora: Impetus, Niterói, 2010.

GUASTINI, Vicente Celso da Rocha. Código Penal e sua interpretação jurisprudencial, volume 2: parte especial/Coordenação: Alberto Silva Franco, Rui Stoco. 7ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

GUIMARÃES, Marclei. HIV/AIDS não é sentença de morte: uma análise crítica sobre a tendência à criminalização da exposição sexual e transmissão sexual do HIV no Brasil. Rio de Janeiro: ABIA, 2011.

HAGA, Simone Cristina Hakemi. Da transmissão da AIDS e sua tipicidade no código penal Brasileiro. 2002.

HELD FILHO, Ary de; ALCÂNTARA, Alexandre de. O Cirurgião-Dentista frente à AIDS. São Paulo: Pancast Editora, 1996.

HENRY, Keith; STIFFIMAN, Michel; FELDMAN, Jamie. Terapêutica anti-retroviral da infecção por VIH. Revista Postgraduate Medicine, Edição Portuguesa, Dezembro 1998, volume 10, n. 05, p. 17 - 28.

HERBERG, Rolf Dietrich. SIDA: Desafio y Piedra de Toque Del Derecho Penal. Comentario a la Sentencia Del BGH de 4 de noviembre de 1988 (1 StR 262/88), in MIR PUIG, Santiago. Problemas Jurídicos Penales Del SIDA. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 1993.

JAKOBS, Günther. Derecho Penal – Parte General – Fundamentos y Teoría de la Imputación. Trad. Joaquin Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzales de Murillo. 2ª Edición, Corregida. Madrid, Marcial Pons, Ediciones Juridicas, S. A., 1997.

JAKOBS, Günther. Fundamentos de Direito Penal. Tradução André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

JESCHECK, Hans-Heinrich. Tratado de Derecho Penal, v.1. Traducción S. Mir Puig e F. Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, 1976.

JESUS. Damásio de. Código Penal Anotado. Edição: 22ª, Editora: Saraiva, São Paulo, 2014.

JIMENEZ DE ASUA, Luís. Tratado de Derecho Penal - vol. IV, Buenos Aires, 1961.

KASPER, Dennis L. et al. Harisson medicina interna. 16 ed. Rio de Janeiro: McGraw-Hill, 2006.

KINDHÄUSER, Urs. Aumento de risco e diminuição de risco. Trad. Inês Godinho; rev. José de Faria Costa. In: Revista Portuguesa de Direito Criminal. Coimbra: Coimbra Editora, 1990, , A-20, nº 1 (2010), p. 11-39.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Problemas de la Transmission y Prevencion del SIDA en el Derecho Penal Español. In MIR PUIG, Santiago. Problemas Jurídicos Penales Del SIDA. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 1993.

MACHADO, Alcyone A. & COSTA João Carlos. Métodos laboratoriais para o diagnostico da infecção pelo vírus da Imunodeficiência Humana (HIV). Medicina, Ribeirão Preto, 32: 138-146, apr./june 1999.

MARIN, Heimar de Fátima; PAIVA, Mirian Santos; BARROS, Sonia Maria Oliveira de. Aids e Enfermagem obstetrícia. São Paulo: Editora Pedagógica e Universitária, 1991.

MARQUES, José Augusto Sacadura Garcia. Incidência da droga na criminalidade: a imputabilidade do toxicodependente. In: Revista do Ministério Público, ano 14º, nº 54, Abril – Junho, 1993, p. 43 – 60.

MASCARENHAS JR., Walter Arnaud. Aspectos Gerais do risco na Imputação Objetiva. Porto Alegre: Nuria Fabris Ed., 2008.

MAURACH, R.. Tratado de Derecho Penal – Vol I. Tradução. J. CORDOBA RODA, Barcelona 1962.

MELÃO, Anabela. SIDA- A Questão da Tipicidade Criminal. Disponível em: <<http://aperscrutadora.blogspot.pt/2010/04/sida-questao-da-tipicidade-criminal.html>>. Publicado em 24 de abril de 2010. Consultado em 20/04/2015.

MENDES, Paulo de Sousa. Crítica à Ideia de Diminuição do risco de Roxin. Revista Brasileira de Ciências Criminais, a. 4, nº 14, abr./jun., 1996, p. 102 – 118.

MEZGER, Edmund. Tratado de Derecho Penal – Vol I. Tradução de RODRIGUEZ MUÑOZ, Madrid, 1946.

MEZGER, Edmundo. Tratado de derecho penal. v.1. Trad. Rodriguez Muñoz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955.

MIR PUIG, Santiago. Significado e alcance da imputação objetiva em Direito Penal. Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 56. Trad. Ricardo Breier. São Paulo: RT, 2005, p. 173-201.

MOURA, José de. Droga livre. Sociedade SUIS.I.D.A. Revista do Ministério Público, Ano 11º, nº 43, Julho-Setembro, 1990, p. 61 – 79.

MOURA, José Souto de. SIDA e responsabilidade penal. Revista do Ministério Público, Lisboa, 10 (37), Janeiro-Março, 1989.

MUNOZ CONDE; GARCIA ARAN. Derecho Penal – Parte Geral. 4ª edição, Ed. Lo blanc, 2000.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 13ª ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal. 11 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PALMA, Fernanda. Transmissão da SIDA e Responsabilidade Penal. In: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Teles. V Volume, Coimbra, Almedina Editora, 2003.

PARKER, Richard; GALVÃO, Jane; BESSA, Marcelo Secron. Saúde, desenvolvimento e política: respostas frente à AIDS no Brasil. 34. ed. São Paulo: ABIA, 1999.

PIERANGELI, José Henrique. O consentimento do ofendido na teoria do delito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PINEL, Arletty C.; INGLESÍ, Elisabete. O que é AIDS. São Paulo: Brasiliense, 1996 – (Coleção Primeiros Passos, 300).

PITA, Maria Del Mar Díaz; PITA, Paula Díaz; CASTAÑO, Elena, Nuñez. La Transmisión del SIDA: Problemas Penales, Procesales y Perspectivas Politico Criminales, in Protección Penal y Tutela Jurisdiccional de la Salud Publica y del Medio Ambiente, Universidad de Sevilla, Secretariado de Publicaciones, 1997.

PRADO, Luís Régis et al. Curso de Direito Penal Brasileiro. 13ª ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

Programa Conjunto das Nações Unidas sobre o HIV/SIDA. O SIDA e a Infecção por vírus HIV. Informação para os funcionários das Nações Unidas e suas famílias. ONUSIDA, Genebra, Suíça, 1999. Disponível em: <http://www.unaids.org.br/biblioteca/O%20SIDA%20E%20A%20INFEC%C7%C3O%20P%20V%20CDRUS%20HIV.pdf>. Acesso em: 28 de abril de 2015.

REZENDE, Lucas. A Responsabilidade Penal pela Transmissão do Vírus HIV. Revista eletrônica JurisWay. Texto de 30 de julho de 2013. Disponível em: http://www.jurisway.org.br/monografias/monografia.asp?id_dh=11481>. Acesso em: 15 de maio de 2015.

REZENDE, Lucas. Transmissão dolosa do HIV é crime de lesão gravíssima. Revista Consultor Jurídico. 21 de junho de 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-jun-21/lucas-rezende-transmissao-dolosa-hiv-crime-lesao-gravissimo>. Acesso em: 15 de maio de 2015.

RICARTE, Olívia. A transmissão dolosa da AIDS: a consciência da sociedade frente à dogmática jurídica atual. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 94, nov 2011. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10655>. Acesso em 01 de maio de 2015.

ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. Imputação objetiva. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

ROCHA, Luiz Otávio de Oliveira. A importância da Teoria da Imputação Objetiva na Evolução da dogmática do Direito Penal. Caderno Jurídico – Abril/01 – Ano 1, nº 1, Escola Superior da Magistratura de São Paulo (ESMP).

ROLERO SANTURIAN, Carlos F. La imputación objetiva del comportamiento sexual. Buenos Aires: Depalma, 1998.

ROXIN, Claus. A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal. Org. E trad. André Callegari e Nereu José Giacomolli - 2ª Edição, 2ª Tiragem. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

ROXIN, Claus. Derecho Penal – Parte General - Tomo I, Fundamentos. La estructura de la Teoría del delito. Traducción y notas, Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid, Civitas, 1997.

ROXIN, Claus. Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal. Tradução e Introdução de Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ROXIN, Claus. Problemas Fundamentais de Direito Penal. Lisboa: Vega, 2004.

SANCHÉZ, Jesus Maria Silva. La Expansión Del Derecho Penal. Aspectos de La política criminal em las sociedades postindustriales. Madrid: Civitas, 1999.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, (Série as ciências criminais no século 21, v.11), 2002.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. Política Criminal y SIDA. Revistas dos Tribunais, Ano 5, Abril-Junho, 1997.

SCHIMDT, Andrei Zenkner. Aspectos Jurídicos-Penais da transmissão da AIDS. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: RT, nº 37, ano 10, jan/mar. 2002, p. 209 – 234.

SCHÜNEMANN, Bernd. Problemas Jurídicos Penales Relacionados con el SIDA. in MIR PUIG, Santiago. Problemas Jurídicos Penales del SIDA. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 1993.

SIERRA OE, GAONA DE HERNÁNDEZ MA, REY GJ. Determinación de la permeabilidade viral de los condones de membrana de poliolefina al bacteriófago FX174 [Permeability to FX174 bacteriophages in polyolephin membrane condoms]. Biomédica (Bogotá), 2005.

SILVA JÚNIOR, Délio Lins e. Imputação Objetiva e a Conduta da vítima. Curitiba: Juruá, 2008.

SOLOMON, M.Z.; DEJONG, W. Preventing AIDS and others STDs through condom promotion: a patient education intervention. *AM.J. Public Health*, v.79, n.4, 1989, p. 453 – 458; NAKAMURA, R.M. Condoms manufacturing and testing. In: VOELLER, B.; REINISCH, J.M.; GOTTLIEB, M. (ED) AIDS AND SEX: anintegrated biomedical and biobehavioral approach. New York, Oxford University Press, 1990.

SOUSA, Susana Aires de. A Responsabilidade Criminal pelo produto e o topos causal em Direito Penal – Contributo para uma proteção penal de interesses do consumidor. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

SOUSA, Susana Aires de. A transmissão do vírus da SIDA constitui uma conduta criminalmente relevante? (Considerações sobre a tipicidade criminal). A infecção VIH e o Direito, 9º Congresso Virtual HIV/AIDS, Fevereiro de 2010.

STRATENWERTH, Günther. Derecho penal. Parte General. El hecho punible. Traducción de Manuel Cancio Meliá y Marcelo Sancinetti. Navarra: Thomson-Civitas, 2005.

TAVARES, Juarez. Teoria do injusto penal. 3ª ed. rev. e amp. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

TAVAREZ, Juarez. Direito Penal da negligência – Uma contribuição à Teoria do Crime culposos. 2ª Edição, Revista e Ampliada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

TORRES, Antônio Maria M. Pinheiro. Acerca dos Direitos da Personalidade. Lisboa: Rei dos Livros, 2000.

VASSANGI, Sheleen. Novos Antivíricos para a SIDA (Parte II). *Revista Ordem dos Farmacêuticos*, ano IV, Jan/Fev, 1997.