

**FACULDADES INTEGRADAS “ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

**FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE/SP**

**DA TRANSMISSÃO DA AIDS E SUA TIPICIDADE NO CÓDIGO  
PENAL BRASILEIRO**

Simone Cristina Akemi Haga

Presidente Prudente  
Outubro/2002

**FACULDADES INTEGRADAS “ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

**FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE/SP**

**DA TRANSMISSÃO DA AIDS E SUA TIPICIDADE NO CÓDIGO  
PENAL BRASILEIRO**

Simone Cristina Akemi Haga

Monografia apresentada como  
requisito parcial de Conclusão de  
Curso para obtenção do grau de  
Bacharel em Direito, sob orientação  
do Prof. André Luis Felício.

Presidente Prudente  
Outubro/2002

# **DA TRANSMISSÃO DA AIDS E SUA TIPICIDADE NO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO**

Trabalho de Conclusão de Curso  
aprovado como requisito parcial para  
obtenção do Grau de Bacharel em  
Direito.

André Luis Felício  
Orientador

Jurandir José dos Santos  
Examinador

Sandra Cristina Cavalcante  
Examinadora

Presidente Prudente, 28 de novembro de 2002.

*Tem fé no direito, como melhor instrumento para a convivência humana; na justiça, como destino normal do direito; na paz, como substituto bondoso da justiça; e, sobretudo, tem fé na liberdade, sem a qual não há direito que sobreviva, muito menos justiça e nunca haverá paz.*

*Eduardo Couture*

## **DEDICATÓRIA**

**A memória de minha querida avó Tsugui, grande expectadora da  
minha vida...**

## **AGRADECIMENTOS**

A Deus, pela oportunidade vivenciada...

A meus pais, Paulino Katsugi Haga e Elza Katayama Haga, pelo amor e dedicação, pelo incentivo aos estudos, pelo esforço de suas vidas...

A meus irmãos Nádia, Bruno e Aline, pelo companheirismo e amizade...

A meu orientador André Luis Felício, profissional exemplar e figura humana ímpar, cujo fácil acesso e amor pelo Direito estimularam-me a tornar realidade este trabalho...

A Jurandir José dos Santos e Sandra Cristina Cavalcante, pela aceitação sincera ao convite para participarem de uma fase tão importante na minha vida acadêmica...

Meus sinceros agradecimentos.

## RESUMO

Pretende a autora neste trabalho, demonstrar a necessidade de se enquadrar adequadamente a transmissão do vírus HIV, causador da AIDS, no ordenamento jurídico penal ou fomentar a necessidade de criação de um dispositivo penal adequado para apenar o transmissor.

Para isso inicia-se o estudo com um breve relato histórico do surgimento da AIDS, moléstia avassaladora que subverteu a paisagem pacífica da humanidade, seguindo com sua evolução ao longo do tempo, as formas de transmissão, os aspectos biológicos, bem como o papel do Estado no controle da epidemia.

Busca-se demonstrar a ausência de um tipo penal adequado para penalizar o agente transmissor do vírus, através da análise dos vários entendimentos acerca do assunto, causadores de grande dúvida no enquadramento correto da conduta e respectivo elemento subjetivo.

Neste intuito, analisa-se os crimes de perigo de contágio venéreo, perigo de contágio de moléstia grave, lesão corporal, homicídio, epidemia e infração de medida sanitária, dispositivos previstos no Código Penal Brasileiro, com o objetivo de demonstrar as diversas condutas aptas à propagação do vírus e tipificá-las corretamente.

Com a pesquisa realizada, a autora chegou a conclusão no sentido de que deve ser criado um novo tipo penal para apenar o agente transmissor da AIDS, em razão de os dispositivos aplicados para tanto serem inadequados, mormente na previsão de penas brandas, incompatíveis para gravidade da questão, consequência da conduta e desvalor do resultado.

## **ABSTRACT**

In this work the author intends to demonstrate the need to frame the HIV virus transmission appropriately, cause of AIDS, in the penal legal system or to foment the need of creation of an appropriate penal device for punish the virus transmitter.

The study begins with an abbreviation historical report about appearance of AIDS, overpowering disease that subverted the humanity's peaceful landscape, proceeding with her evolution along the time, the transmission forms, the biological aspects, as well as the function of the State in the epidemic control.

This work intends to demonstrate the absence of an appropriate penal type to punish the virus agent transmitter, through the analysis of the several understandings concerning the subject, causes of great doubt in the correct framing about the conduct and respective subjective element.

In this intention, it is analyzed the crimes of venereal infection danger, danger of serious disease infection, bodily harm, homicide, epidemic and sanitary measure infraction, devices foreseen in the Brazilian Penal code, with the objective of to demonstrate the several capable conducts to the virus propagation and to typify them correctly.

After the accomplished research, the author arrived the conclusion in the sense that a new penal type should be created for punish the agent transmitter of AIDS, in reason of the applied devices for so much be inadequate, especially in the forecast of soft punishment, incompatible with subject graveness, consequence of the conduct and discredit about the result.

## SUMÁRIO

1. Introdução.....	10
2. Metodologia.....	12
3. Histórico da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (AIDS).....	13
3.1. Sua origem e perspectiva.....	13
3.2. Aspectos biológicos do vírus HIV.....	16
4. A problemática da epidemia e o papel do Estado.....	20
4.1. Formas de transmissão.....	26
4.2. O perfil do transmissor.....	29
4.2.1. Da transmissão pelo contaminado.....	30
4.2.2. Da contaminação por terceiros atuantes na área sanitária.....	32
5. Da transmissão da aids e seu posicionamento no ordenamento jurídico penal brasileiro.....	33
5.1. Tipicidade.....	33
5.2. Do consentimento do ofendido.....	34
6. Enquadramento jurídico-penal da AIDS.....	37
6.1. Cotejo com os crimes já existentes no Código Penal Brasileiro.....	38
6.1.1. perigo de contágio venéreo.....	40
6.1.2. perigo de contágio de moléstia grave.....	44
6.1.3. lesão corporal.....	45
6.1.3.1. enfermidade incurável.....	46
6.1.3.2. lesão corporal seguida de morte.....	47
6.1.4. homicídio.....	48

6.1.5. epidemia.....	50
6.1.6. infração de medida sanitária preventiva.....	51
7. Da dificuldade de punição.....	52
8. Proposta de <i>lege ferenda</i> .....	56
9. Conclusão.....	58
10. Referências bibliográficas.....	60

# 1. INTRODUÇÃO

A pesquisa buscou focar a necessidade de criação de um tipo penal adequado para o agente transmissor do vírus HIV, com penas mais expressivas ante a gravidade da conduta e a atualidade de doença tão grave.

O motivo primordial que levou à escolha do tema tem razão na atualidade do tema, no Direito Penal, em face da triste doença grave e contagiosa que se propaga na sociedade contemporânea, no contexto das nações civilizadas e a dificuldade de adequar as diversas condutas do agente transmissor nas leis penais pertinentes, que sequer previam, quando de suas elaborações, a existência futura de mal tão grave.

Através de análises bibliográficas, a partir de revistas especializadas, artigos na internet e livros que abordam o assunto, procuramos mostrar a necessidade de reestruturação do ordenamento jurídico penal, o qual encontra-se estruturalmente desatualizado, com a criação de tipos penais apropriados.

A necessidade de reestruturação é evidente, uma vez que a história do Direito Penal caracteriza-se por uma evolução constante, sendo que cada época possui sua marca, porém, por mais completa que pareça estar a construção doutrinária de um tempo, sempre algo novo surge e quando do advento do Código Penal, não havia nenhum caso notificado de AIDS, nem mesmo especulava-se a chegada de doença tão avassaladora e terrível que se tornaria no grande mal do milênio.

Note-se que as normas abstratas e gerais em face dos casos concretos, têm comprometido a efetividade do Código Penal, necessitando de uma abordagem dentro do contexto das tendências modernas do Direito Penal e suas perspectivas para os dias atuais e futuros.

Neste contexto, o ordenamento jurídico penal brasileiro estava em perfeita sintonia com sua época, o que não ocorre atualmente, daí a necessidade de revogar-se vários dispositivos e criar outros ou adaptá-los para as mudanças ocorridas ao longo do tempo.

Não pretendemos encerrar o tema; sabemos das limitações da obra, porém, acreditamos que a discussão sobre a matéria tenha o condão de alertar os

operadores do direito sobre a necessidade de estudo do tema, que cremos precisa ser mais meditado e examinado, ante a seriedade e gravidade da situação, esperando que tenha servido como mero esboço para futuras indagações mais profundas.

## 2. METODOLOGIA

Lançou-se mão dos métodos histórico, comparativo, bibliográfico, jurisprudencial, bem como o método de pesquisa indutivo, demonstrando a necessidade de criação de um dispositivo de punição adequado e eficaz ao agente contaminador do vírus HIV nos tempos atuais.

Indutivo, porque partiu-se de dados particulares, suficientemente constatados, inferindo-se uma verdade geral ou universal, não contida nas partes examinadas, com o objetivo de chegar a conclusões mais amplas do que as premissas nas quais se basearam.

Assim, este trabalho analisou as condutas dos portadores do vírus HIV, tendentes a transmissão da moléstia, bem como estudou os dispositivos penais já existentes em que poderiam se enquadrar tais condutas.

O método histórico foi utilizado para apresentar o surgimento da AIDS e sua evolução através do tempo, até ser considerada a doença avassaladora da atualidade. Este método é importante, uma vez que investigando os acontecimentos do passado, é possível verificar sua influência na sociedade atual.

Comparou-se as condutas aptas para a transmissão do vírus HIV com os tipos penais dos crimes de perigo de contágio de moléstia venérea, perigo de contágio de moléstia grave, lesões corporais, homicídio, epidemia e infração de medida sanitária, todos do Código Penal. Para tanto, utilizou-se do método comparativo que, através de comparações, tem a finalidade de verificar similitudes e explicar divergências.

Através da análise de doutrinas e jurisprudências, fontes inesgotáveis de sabedoria, este trabalho, também lançou mão dos métodos bibliográfico e jurisprudencial.

O texto foi dividido em capítulos para a clara exposição das idéias, utilizando-se, primordialmente, da pesquisa bibliográfica, que buscou a análise de todas e quaisquer informações à disposição, o que possibilitou o alcance dos objetivos propostos neste trabalho.

### 3. HISTÓRICO DA SINDROME DA IMUNODEFICIÊNCIA ADQUIRIDA (AIDS)

#### 3.1. Origem e Perspectiva

No fim da década de 70 e início dos anos 80, a comunidade científica assistia com perplexidade ao aparecimento de doenças muito raras em homens jovens, previamente sadios e com práticas homossexuais.

Até então, essas doenças estavam limitadas a pessoas idosas e gravemente imunodeprimidas. Entre elas destacavam-se duas: um câncer de vasos sanguíneos raríssimo, o sarcoma de kaposi, que até esse momento era de baixa malignidade, e uma pneumonia causada por um microorganismo chamado *Pneumocystis carinii*.

Estes fatos convergiram para a inferência de que se tratava de uma nova doença, ainda não classificada, de etiologia provavelmente infecciosa e transmissível. No ano de 1983, o agente etiológico foi identificado: tratava-se de um retrovírus humano, atualmente denominado vírus da imunodeficiência humana, HIV (do inglês Human Immunodeficiency Virus).

Em 1986, foi identificado um segundo agente etiológico, também retrovírus, estreitamente relacionado ao recém descoberto HIV-1, denominado HIV-2<sup>1</sup>.

Embora não se saiba ao certo qual a origem dos HIV-1 e 2, sabe-se que uma grande família de retrovírus, relacionados a eles, está presente em primatas não humanos na África, sendo que numerosos retrovírus destes primatas não

---

<sup>1</sup> O vírus da imunodeficiência símia (SIV) presente com muita frequência nos macacos verdes africanos é muito próximo ao HIV-2, sugerindo que ambos surgiram de uma origem comum.

humanos têm mostrado grande similaridade com o HIV-1 e com o HIV-2, sugerindo que ambos evoluíram de uma origem comum.<sup>2</sup>

Por estes fatos, não é possível precisar com exatidão como ocorreu o aparecimento do HIV, ou mesmo, como e em que lugares vêm surgindo os novos casos e o porquê de diferentes indivíduos, infectados, evoluírem de formas distintas, mesmo quando a fonte de infecção é a mesma. Apenas, supõe-se que o HIV tenha origem geográfica africana e que sua disseminação se deve às características da sociedade contemporânea.

Surgindo aí, uma nova doença que, em pouco tempo, se tornaria um dos maiores desafios científicos e sociais enfrentados pela humanidade.

Não há como se saber ao certo quando a AIDS surgiu no Brasil. No início dos anos 80, alguns especialistas tratavam pacientes com a doença e concomitantemente preparavam evidência científica para documentar o aparecimento da AIDS no país, sendo os primeiros casos publicados na imprensa no ano de 1982. No ano seguinte, uma equipe de profissionais de saúde inaugurou no Instituto de Saúde da Secretaria de Saúde do Estado de São Paulo,

---

<sup>2</sup> in site da ONG “Viva Cazuzza” (<http://www.vivacazuza.org.br>), de 16.06.00, artigo intitulado “*Estudo afirma que o surgimento do HIV pode ter ocorrido no Século XIX*”: “Um novo estudo sugere que o HIV evoluiu a partir de uma infecção de natureza benigna em algumas espécies de macacos para uma doença humana mortal provavelmente entre o final do século XIX e início dos anos 30, permanecendo confinada em certas regiões da África até que ciclos migratórios, viagens, surgimento de grandes cidades e a revolução sexual nos anos 60 e 70 promoveram a sua expansão mundial. Para essa análise, os pesquisadores do Laboratório Nacional de Los Alamos (EUA) utilizaram um complexo modelo de avaliação matemática do índice de variação genética do HIV, criaram uma ‘árvore genealógica’ do HIV e descobriram que as atuais cepas virais existentes no mundo tiveram um ancestral comum, que surgiu em algum momento entre os anos de 1915 e 1941, em algum lugar do sudoeste da África. Segundo eles, isso pode ter acontecido também ainda no final do século 19, ficando o vírus isolado em uma pequena população até aquela época, ou atingiu os seres humanos por volta de 1930 e depois se espalhou imediatamente. Os pesquisadores deste estudo afirmaram que o tipo mais comum de HIV atualmente existente provavelmente se desenvolveu a partir de uma cepa de vírus da imunodeficiência do símios (SIV) de chimpanzés, que pode ter se transformado geneticamente ainda nos chimpanzés ou após ter infectado os seres humanos. Com isso, a possibilidade aventada por alguns cientistas de que o HIV teria se disseminado na população humana africana a partir de uma campanha de vacinação antipólio, cuja vacina foi desenvolvida a partir de células de chimpanzés, em meados da década de 50 torna-se pouco provável. Aparentemente o HIV-2 surgiu inicialmente em macacos do tipo ‘sotty mangabeys’ ou em macacos verdes africanos, mas o HIV-1 do grupo M, que atualmente infecta 50 milhões de pessoas, teve uma origem única, podendo ter evoluído a partir de animais ou seres humanos. Os autores afirmam ainda que, segundo esse modelo, o sub-tipo mais comum do HIV atualmente existente nos EUA (sub-tipo B) provavelmente apareceu pela primeira vez por volta de 1967”.

o que viria a tornar-se o primeiro programa de atenção e prevenção da AIDS no Brasil, seguindo-se a isso a implantação de um sistema de notificação de casos.

A partir de então, o Brasil estaria sempre entre os cinco primeiros países do mundo com o maior número de casos registrados de AIDS.

Acreditava-se a princípio, que a AIDS era uma moléstia que atingia somente os homossexuais, acabando por tornar o comportamento sexual desta classe, que já era mal conhecida, como alvo de julgamento moral, chegando a ponto de dizer que a AIDS era um castigo divino para os transgressores. Acadêmicos faziam comentários do tipo: “Graças a Deus que existe a AIDS! Quem sabe, desta vez, todos os homossexuais serão varridos da face da terra e o mundo voltará a ser dos heterossexuais”. Médicos recomendavam a seus pacientes a heterossexualidade como a única maneira de evitar a infecção.

A AIDS, por ter sido primeiramente identificada entre os homossexuais, foi denominada de “peste gay” ou “peste rosa”, como se a doença pudesse ter preferência sexual. Este fato se deve porque a AIDS atingiu primeiro homens homossexuais, tornando-se sinônimo de homossexualidade.

Por sua vez, a homossexualidade, estava intimamente ligada a promiscuidade, uma vez que a AIDS espalhou-se com grande rapidez na população homossexual que alimentava o hábito de ter diversos parceiros sexuais.

Existia ainda o mito de que a AIDS, era uma doença de celebridades, uma vez que os casos dos infectados famosos mereciam ampla divulgação por interessarem aos meios de comunicação, quando em contrapartida, milhares de desconhecidos infectados da mesma forma permaneciam fora dos focos da mídia, alimentando a idéia absurda de a AIDS estava distante e somente atingia as celebridades.

Com o passar do tempo, a AIDS passou a ser denominada como a “doença dos quatro Hs”, por contaminar haitianos, hemofílicos, homossexuais e heroínômanos (usuários de heroína endovenosa).

Hoje, sabe-se que a AIDS não escolhe sexo, raça, cor, etnia, atinge qualquer camada social indiscriminadamente, haja vista que ela depende de fatores exclusivamente biológicos e não externos como antes se imaginava.

### **3.2. Aspectos Biológicos**

A sigla AIDS designa, em inglês, a Síndrome de Imunodeficiência Adquirida.

“AIDS (Aquired Immuno Deficiency Syndrome) ou (Síndrome de Imunodeficiência Adquirida) SIDA. Síndrome, porque se trata de um conjunto de sinais e sintomas e não de uma doença só; Imunodeficiência, porque o sistema imunológico deixa de funcionar eficientemente; e Adquirida porque é causada por um agente externo. No Brasil, onde a doença seguiu os padrões americanos, passou a ser conhecida pela sigla em inglês, AIDS.”<sup>3</sup>

A Síndrome diz respeito a um conjunto de sinais e sintomas que podem ser produzidos por mais de uma causa. Imunodeficiência se traduz na incapacidade do organismo, através de seu sistema imunológico, de se defender dos diversos agentes causadores de doenças que, quando adquirida, se contrai ao período dentro de um processo ao longo da vida.

Destarte, a AIDS, é uma condição na qual se manifesta um conjunto de doenças, em virtude da incapacidade do organismo de se defender. A AIDS não se transmite, mas se desenvolve, o que se transmite é o vírus causador da imunodeficiência que desencadeia a AIDS.

---

<sup>3</sup> Pinel, Arletty C.; Inglesi, Elisabete. O que é AIDS. São Paulo: Brasiliense, 1996 – (Coleção Primeiros Passos, 300).

Geralmente, é possível observar a seqüência de etapas que culminam na AIDS. Em primeiro lugar, a aquisição do vírus por meio de determinadas situações consideradas de risco, em seguida, um período de constante equilíbrio entre a carga viral e o conjunto de células responsáveis pela imunidade do ser humano.

Ato contínuo inicia-se o desenvolvimento da incapacidade do organismo se defender, manifestada pelo aparecimento de alguns sintomas ao mesmo tempo e, finalmente, a manifestação de algumas doenças relacionadas à AIDS.

No instante em que o indivíduo contrai o HIV, o sistema imunológico reconhece sua presença e dá início à produção de anticorpos anti-HIV, na tentativa de neutralizar seus efeitos, em vão, uma vez que o vírus aloja-se no interior de células do organismo, principalmente nas células coordenadoras do sistema imunológico (os linfócitos).

Normalmente, o processo de produção de anticorpos pode ser iniciado com até duas semanas de retardo, contadas a partir do momento da contaminação, estendendo-se até três meses após o momento do contágio. Essa faixa de tempo ocorre em 98% (noventa e oito por cento) dos casos, sendo denominada soroconversão ou “janela imunológica”. Em casos mais raros esse período pode se estender em até seis meses.

A partir do momento de entrada do vírus no organismo humano, ocorre uma reação das células de defesa tão logo elas tenham identificado e localizado a presença do vírus HIV. Iniciando um processo de embate entre a carga viral e as células imunológicas na tentativa de manter o funcionamento da imunidade corporal em equilíbrio. Esse ciclo se repete até que o sistema imunológico, desorganizado, não consiga mais desempenhar seu papel de defesa do organismo contra o ataque dos agentes causadores de doenças, o que se traduz na condição de imunodeficiência.

Incapaz de se proteger contra o ataque dos agentes causadores de

doenças, o organismo fica vulnerável a uma série de infecções oportunistas, assim chamadas porque se aproveitam da oportunidade do sistema imunológico estar desorganizado para se manifestarem.

Contraído o HIV, o indivíduo passa por um período denominado “portador assintomático”, que normalmente passa despercebido, uma vez que a pessoa está tão bem quanto qualquer outra que não esteja infectada, apesar do exame ser positivo.

É no período assintomático que a pessoa pode transmitir o vírus a outras ao se envolver em situações de risco. Alguns indivíduos desenvolvem algumas doenças oportunistas (que não levam à morte) causadas pelo enfraquecimento do sistema de defesa natural provocado pela ação do HIV.

Os sinais clínicos dessas doenças oportunistas são: gânglios inflamados (ínguas), fadiga sem motivo, perda de peso involuntária, febres intermitentes, diarreias, tosses persistentes e suores noturnos, os quais não são exclusivos da infecção pelo HIV, e que podem ser ocasionados por uma série de outras doenças.

Em face da debilidade do sistema imunológico, quanto mais enfraquecido estiver o sistema imunológico, maior a possibilidade de o indivíduo vir a desenvolver AIDS dentro de um período que dura, em média, de oito a dez anos. Todavia, se houver uma recontaminação por uma carga viral diferente, esse período pode ser abreviado.

As infecções oportunistas mais graves típicas da AIDS são: pneumonia por *Pneumocystis carinii*, tuberculose, candidíase, toxoplasmose e sarcoma de Kaposi.

Durante muito tempo o AZT (lançado em 1987) foi o único remédio disponível no controle do HIV. Atualmente, há 17 (dezesete) drogas que compõem o arsenal contra a AIDS. São elas:

- Inibidores da protease: indinavir (Crixivan); ritonavir (Norvir); saquinavir (Invirase ou Fortovase); nelfinavir (Viracept); amprenavir (Agenerase); lapinovir (Kaletra);

- Inibidores da Transcriptase Reversa Nucleosídeos: zidovudina (Retrovir ou AZT), didanosina (Videx ou ddl); zalcitabina (Hivid ou ddC); estavudina (Zerit ou d4T); lamivudina (Epivir ou 3TC); combivir (AZT + 3TC); abacavir (Ziagem); Trizivir (AZT + 3TC + abacavir);

- Inibidores de Transcriptase Reversa Não Nucleosídeos: nevirapina (Viramune); efavirenz (Sustiva); delavirdina (Rscriptor).

Com o uso de agentes anti-retrovirais, como o AZT, a transmissibilidade diminui, provavelmente pela redução da quantidade de vírus circulante. Se isto não ocorresse, poderia haver um aumento da disseminação do HIV na população e até um aumento da taxa de mortalidade por AIDS, já que haveria um aumento da sobrevivência dos portadores do vírus, com o tempo maior para a propagação da doença aos comunicantes. Espera-se que, com a introdução de novos anti-retrovirais, mais eficazes no sentido da redução da carga viral, possa haver uma redução ainda maior da transmissibilidade.<sup>4</sup>

A introdução de novos anti-retrovirais será fator muito importante para a redução da expansão da epidemia que será tratada no próximo capítulo.

---

<sup>4</sup> <http://www.aids.gov.br/livros/c106.htm>

## 4. A PROBLEMÁTICA DA EPIDEMIA E O PAPEL DO ESTADO

A história da humanidade já foi banalizada por várias epidemias: a peste e a cólera, que dizimaram regiões inteiras, a sífilis, a lepra e, em menor medida, a tuberculose, preocuparam por sua capacidade de destruição.

A AIDS surgiu num momento em que a comunidade científica acreditava que tinha sob controle qualquer doença que pudesse reviver as epidemias que assolaram a humanidade no passado, surpreendendo a todos com sua chegada e sua avassaladora capacidade de expansão<sup>5</sup>.

A priori, um dos fatores essenciais que levaram à epidemia foi a forma estigmatizadora dada a AIDS, atribuindo-a a "grupos de risco", tais como homossexuais, prostitutas, dependentes químicos e hemofílicos, localizados em grandes centros urbanos. A associação da doença aos "grupos de risco" disseminou a falsa noção de que as pessoas não pertencentes a estes "grupos" estariam "a salvo da ameaça", não os conscientizando do perigo que corriam ao praticarem condutas antes tidas como inofensivas pelos não pertencentes a esses grupos.

A epidemia, ao longo dos anos 80 e 90, tem atingido homens, mulheres, jovens e crianças, indistintamente: indivíduos de diferentes segmentos sociais, com graus de instrução diferenciados, de diversas etnias, habitantes de grandes centros urbanos e cidades de pequeno porte, nas mais remotas regiões do país, de diferentes religiões e orientações sexuais.

O fenômeno biomédico e social da aids interfere no curso das relações humanas, no estilo de vida, na organização das famílias, no livre-arbítrio em relação aos papéis sexuais.

---

<sup>5</sup> “Uma doença nova que aparece, imediatamente ameaçadora, é um acontecimento que vem subverter profundamente a paisagem pacífica de uma humanidade que se liberta progressivamente da ameaça da doença graças ao progresso da medicina triunfante”.( E. Maheu. Revista *Agora*, n. 18-19-1991).

Albert Rouet<sup>6</sup>, define a AIDS como uma nova epidemia, que em lugar algum foi detida e que progride rapidamente; ma epidemia contra a qual nenhum país do mundo está seguro; uma epidemia que ultrapassa qualquer barreira cultural, religiosa, política, econômica, uma epidemia ante a qual a desigualdade mundial é flagrante e cresce rapidamente.

O advento da epidemia lançou novos desafios no campo da ética, impulsionando a reflexão sobre os direitos humanos e a construção de uma sociedade mais justa e solidária. A luta contra o preconceito e a discriminação de indivíduos, segmentos e grupos sociais constitui parte integrante da agenda política de diversos países do mundo. O tratamento interpessoal e social dispensado aos portadores do HIV ainda serve ao preconceito da sociedade, favorecido pela desinformação.

A noção de "grupos de risco", portanto, cedeu lugar à noção de comportamento de risco. Essa nova abordagem considera, essencialmente, as práticas que levam o indivíduo a um menor ou maior grau de exposição ao HIV. Associada a esta noção, a identificação do grau de vulnerabilidade para indivíduos ou grupos, passou a ser fundamental na definição das estratégias de prevenção.

Considerando-se que o portador do HIV pode viver em média durante 10 anos sem apresentar os sintomas da doença, estima-se que o número de pessoas que se tornaram HIV-positivas, na faixa etária de 15 a 24 anos, pode ser elevado<sup>7</sup>. Desenvolver ações de prevenção voltadas para esses jovens é uma prioridade para o controle da epidemia no país.

Inicialmente, a epidemia atingiu indivíduos de maior renda, mas a tendência atual aproxima-a da população de baixo ingresso econômico, diretamente afetada pela exclusão social, desemprego ou sub-emprego, baixa escolaridade, carência de moradia, dificuldade de acesso aos serviços de saúde e

---

<sup>6</sup> Albert Rouet, *AIDS, a sociedade em questão*, p. 18.

<sup>7</sup> Dario José Hart e Pontes Signori, *A AIDS: sua origem e perspectivas*, p. 18.

à informação. Este último aspecto, somado às prioridades de sobrevivência inerentes, dificulta ainda mais a implantação de ações que visem a prevenção e diagnóstico precoce da doença.

A epidemia é predominantemente urbana. Observa-se um movimento de desconcentração dos casos, identificado pelo aumento de casos em todas as unidades da federação. Nos grandes centros urbanos a epidemia está se difundindo mais intensamente e paralelamente há um progressivo envolvimento dos centros de médio porte. Os deslocamentos de grandes parcelas da população, motivadas pela busca de trabalho, e o fato desta população ser predominantemente jovem e sexualmente ativa seguramente levam a disseminação dos casos nestes grandes centros.

Observa-se um movimento de comprometimento progressivo de diferentes camadas da população principalmente as menos favorecidas, dos pontos de vista social e econômico. Enquanto mantém sua atividade nos círculos atingidos desde o início da epidemia está se estendendo a parcelas da população relativamente preservadas, atingindo de forma crescente a população em geral.

O que se nota é que a AIDS alcançou classes de pessoas que outrora nunca imaginou chegar em virtude de uma mentalidade preconceituosa de que a doença atingia somente aqueles “excluídos” da sociedade. A verdade é que esta mentalidade levou a AIDS à classe de moléstia epidêmica, como ocorreu no passado com outras doenças, hoje controladas.

Os dados cuidam de acentuar, ainda mais, as desigualdades existentes entre os diferentes países, conforme seu estágio de desenvolvimento econômico, valendo frisar que os mais desenvolvidos parecem estar caminhando para um controle, aparentemente, mais adequado da infecção, ao contrário dos países pobres, ou em desenvolvimento, dentre os quais inclui-se o Brasil, que são responsáveis por 95% (noventa e cinco por cento) dos novos casos surgidos.

Outra tendência da epidemia aponta para a sua feminização e heterossexualização. Um número crescente de mulheres têm sido infectadas, acarretando o aumento da transmissão vertical, ou seja, da mãe para sua criança.

Os adolescentes, de uma maneira geral, são os que mais necessitam de conhecimentos e habilidades que os auxiliem na adoção de comportamentos que previnam a infecção do HIV.

Alguns jovens são mais vulneráveis do que outros, pois além de vivenciarem as mudanças próprias da idade, ainda se deparam com mudanças relacionadas com a estrutura familiar e condições de vida, como pobreza, desemprego, baixa escolaridade e violência, além da falta de acesso amplo aos meios de comunicação, serviços de saúde e aos meios de prevenção (preservativos e seringas descartáveis).

Somadas aos diversos fatores de vulnerabilidade, algumas características próprias dos jovens aumentam o desafio que representa o desenvolvimento de estratégias e ações eficazes para o controle da epidemia: despreparo para lidar com a sexualidade; onipotência e sentimento de invulnerabilidade; barreiras e preconceitos; dificuldade de tomar decisões; indefinição de identidade, conflito entre razão e sentimento; necessidade de afirmação grupal; e dificuldade de administrar esperas e desejos.

Os adolescentes constituem, um contingente populacional prioritário das ações de prevenção para controle das DST (Doenças Sexualmente Transmissíveis), HIV, aids e drogas. As ações fomentadas pela Coordenação Nacional DST e aids do Ministério da saúde para trabalhar com os jovens dentro ou fora da escola, têm buscado promover o desenvolvimento das suas habilidades específicas, de forma a exercitar a tomada de decisão mais acertada e a resolução de problemas.<sup>8</sup>

---

<sup>8</sup> Unidade de Prevenção da Coordenação Nacional de DST e Aids/MS (Documento publicado no "Cadernos Juventude, Saúde e Desenvolvimento" do Ministério da Saúde -1999)

Os principais objetivos desse trabalho são: reduzir a mortalidade pelas DST e pelo HIV; promover a adoção de práticas seguras relacionadas à transmissão sexual e parenteral do HIV e das DST; promover a melhoria da qualidade de vida das pessoas vivendo com HIV e com as DST e aids; fortalecer as instituições públicas e não-governamentais que lidam com as DST e o HIV/ aids.

A limitada informação sobre sexualidade, doenças sexualmente transmissíveis, aids e drogas contribui para a vulnerabilidade dos jovens. Portanto, é na educação para a saúde que identificamos a forma mais eficaz de controle da epidemia, particularmente na juventude.

Algumas ações de prevenção têm sido construídas com a participação de setores governamentais nos níveis federal, estadual e municipal, e organizações não-governamentais, entre os quais destacamos:

- promoção da educação sexual nos processos formais e informais de ensino, considerando-se os aspectos psico-afetivos, biológicos e sócio-culturais, e as relações de gênero, respeitando-se as etnias e a orientação sexual, e tendo como objetivo a construção da cidadania;
- garantia de acesso e permanência na escola, que é o espaço privilegiado de construção e socialização do saber, promoção da participação e integração da família e da comunidade no processo educativo;
- garantia de acesso aos processos de promoção da saúde, prevenção, assistência médica e social;
- respeito aos direitos fundamentais do adolescente definidos na Constituição Federal e Estatuto da Criança e do Adolescente;
- a prevenção das drogas e o tratamento do usuário devem ser prioritários em relação à repressão ao uso;
- a classificação das drogas lícitas e ilícitas não deve ser utilizada como critério discriminatório para a definição de prioridades nas ações de prevenção;

- promoção do protagonismo dos adolescentes e jovens nas ações de prevenção;
- na capacitação de recursos humanos, as especificidades regionais devem ser respeitadas, valorizando-se as informações epidemiológicas. A formação dos profissionais das áreas de saúde, educação e assistência social deve contemplar a sua atuação na área da prevenção das DST, aids e drogas.<sup>9</sup>

(Re)pensar a especificidade dos jovens, na perspectiva da prevenção das doenças sexualmente transmissíveis, aids e uso indevido de drogas, mais do que proporcionar a assistência necessária com os programas citados, significa dissociá-los dos estereótipos engendrados pela sociedade, que costumam identificá-los como "drogados", "agressivos" ou "irresponsáveis".<sup>10</sup>

Transmitido amiúdes pelas relações sexuais, a AIDS, mais do que qualquer outra moléstia, tornou-se um fenômeno social muito importante, uma vez que transforma a escola, a empresa, a Igreja, a Justiça.

A verdade é que a sociedade esqueceu os grandes medos dos tempos de epidemia, entrando a AIDS para a história, como uma das maiores epidemias de todos os tempos, cabendo ao Estado, o papel de cumprir com sua função e proporcionar meios de controle de prevenção primordialmente para os jovens das camadas sociais de baixa renda, onde os casos têm aumentado vertiginosamente, tornando este segmento da população como um dos prioritários nas ações governamentais relacionadas ao combate da epidemia pelo HIV no País.

Podemos dizer que a epidemia encontrou grande aliado para sua expansão, principalmente, na falta de informação acerca das formas de

---

<sup>9</sup> Boletim Epidemiológico da Aids, Ministério da Saúde. semana 36 a 48 - setembro a novembro de 1997.

<sup>10</sup> Unidade de Prevenção da Coordenação Nacional de DST e Aids/MS (Documento publicado no "Cadernos Juventude, Saúde e Desenvolvimento" do Ministério da Saúde -1999)

transmissão do vírus HIV, que pode ser transmitido pelos mais diversos veículos, conforme se verá a seguir.

#### 4.1. Formas de Transmissão da Aids

Várias são as formas de transmissão da AIDS, Maria Helena Diniz elenca:

SIDA ou AIDS é a síndrome da imunodeficiência adquirida, pela qual o sistema imunológico do seu portador não consegue proteger seu corpo facilitando o desenvolvimento de inúmeras moléstias, sendo causada pelo vírus da imunodeficiência humana (HIV), transmitido por transfusão de sangue contaminado, prática de sexo não seguro com pessoa infectada, uso de drogas endovenosas com agulha comunitária, via perinatal, a partir da mãe para o filho, transplante de órgãos, acidentes de trânsito em que uma vítima com lacerações entra em contato com o sangue de outro ferido soropositivo, sangramento oral, inseminação artificial com sêmem de doador infectado e amamentação de criança soropositiva com estomatite, desde que a nutriz apresente fissuras mamilares. Tem sido encontrado esse vírus no sangue, nas secreções vaginais, no sêmem, nos líquidos sinovial ou cefalorraquiano, pleural, peritoneal e amniótico. Todavia, temos notícias, ainda que em casos raros, de sua presença em espermatozóide, saliva, suor, lágrima, leite materno, urina, vômito, secreção nasal, fezes e escarro, principalmente se contiverem sangue.<sup>11</sup>

As vias de transmissão do vírus HIV são bem conhecidas, todavia, é necessário que algumas condições sejam reunidas para que um indivíduo se infecte.

Em primeiro lugar, deve haver uma fonte de infecção e uma maneira de transmitir o vírus. Dessa forma, é ele inofensivo até encontrar uma porta de entrada no organismo ou, mais especificamente, um caminho até as células suscetíveis ao HIV.

Outra condição necessária para a contaminação é a quantidade, ou seja, o vírus deve encontrar-se em concentração suficiente para a ocorrência da transmissão.

---

<sup>11</sup> Maria Helena Diniz, *O estado atual do biodireito*, p. 189/190.

O sangue é, sem dúvida alguma, a via mais direta para o vírus entrar no organismo humano, se o sangue a ser empregado, ou qualquer de seus derivados, contiver o vírus, a infecção se dará em virtualmente 100% dos casos já na primeira vez que ele cair na corrente sanguínea não infectada.

As principais formas de transmissão do HIV são: sexual, por relações homo e heterossexuais; sanguínea, em receptores de sangue ou hemoderivados e em UDIV; e perinatal, abrangendo a transmissão da mãe para o filho durante a gestação, parto ou aleitamento materno. Além, dessas formas mais freqüentes há também a transmissão ocupacional, por acidente de trabalho em profissionais da área da saúde que sofrem ferimentos pérfuro-cortantes contaminados com sangue de pacientes com infecção pelo HIV e, finalmente, há oito casos descritos na literatura da transmissão intradomiciliar nos quais não houve contato sexual nem exposição sanguínea pela vias classicamente descritas.<sup>12</sup>

Desde o início dos anos 80, antes mesmo da identificação do agente etiológico da AIDS já se dispunha de evidências epidemiológicas fortíssimas de que outros grupos populacionais, além dos homens que tinham relações sexuais com outros homens, apresentavam risco aumentado de contrair a doença.

A principal forma de exposição no mundo todo é a sexual, sendo que a transmissão heterossexual através de relações sem o uso de preservativo é considerada pela OMS (Organização Mundial de Saúde), como a mais freqüente do ponto de vista global.

Portanto, a mais freqüente forma de transmissão do HIV se dá hoje através de relações heterossexuais sem proteção. São indícios da sua magnitude o aumento do número absoluto e relativo de mulheres com AIDS, a diminuição da razão homem-mulher entre os casos de AIDS e o aumento da transmissão vertical, de mãe para filho. Este padrão, inicialmente detectado como predominante na África sub-Sahariana é hoje encontrado em países em

---

<sup>12</sup> <http://www.aids.gov.br/livro/c105.htm>

desenvolvimento, em alguns países asiáticos e até mesmo nos países desenvolvidos, em localidades onde é alta a prevalência de usuários de drogas.

Um dos primeiros grupos identificados foi o de receptores de sangue e derivados seguidos pelos usuários de drogas intravenosas e seus parceiros, heterossexuais ou não, caracterizando assim de modo inequívoco a transmissão heterossexual.

Os fatores que aumentam o risco de transmissão do HIV numa relação heterossexual são: alta viremia ou imunodeficiência avançada; relação anal receptiva; relação sexual durante a menstruação; e concomitância de doenças sexualmente transmitidas, principalmente das ulcerativas, uma vez que restou comprovado que as úlceras resultantes de infecções como cancroide, sífilis e herpes simples amplificam a transmissão do HIV.

A transmissão heterossexual obedece a diferentes padrões de acordo com o número de parceiros e a frequência de mudança destes parceiros, características associadas aos padrões culturais de cada povo. Além disso, devemos lembrar que a alta frequência de doenças sexualmente transmissíveis atua como amplificador da eficiência da transmissão sexual.

O uso de drogas é um meio muito eficaz de transmissão do HIV em virtude do uso compartilhado de seringas e agulhas.

Além dessas formas mais frequentes, há também a transmissão ocupacional, por acidente de trabalho em profissionais da área da saúde que sofrem ferimentos perfuro-cortantes contaminados com sangue de pacientes soropositivos para o HIV.

Outra forma de transmissão é através da transfusão de sangue e derivados com a utilização de seringas e agulhas não descartáveis e não esterilizadas.

Por via perinatal consiste a transmissão decorrente da exposição da criança durante a gestação, parto ou aleitamento materno (também denominada transmissão vertical), casos que vem aumentando em virtude da maior transmissão heterossexual.

Note-se que o vírus HIV pode ser transmitido das mais diversas formas, sendo interessante enfatizar sob o enfoque do agente transmissor que pode ser o próprio contaminado ou terceiro não contaminado, o qual será matéria de estudo a seguir.

## **4.2. Perfil do Transmissor**

A AIDS possui duas maneiras basilares de propagação. A primeira diz respeito ao contaminado em si, que por ação própria, consciente ou não, em sua atividade sexual ou outra qualquer, dissemine a doença a terceiros. Dentre estes haver-se-á de destacar a análise dos contaminados de alto risco, como prostitutas, homossexuais, travestis, que fazem regular trottoir, ainda que conscientes de suas contaminações.<sup>13</sup>

A segunda se refere ao terceiro delinqüente, ou seja, indivíduo não infectado pelo vírus, mas dissemina-o a outrem, notadamente os atuantes na profilaxia médica e sanitária, pela qual, se não houver controle rígido, na utilização de aparelhos destinados a tratamento geral de pessoas, poderá haver contaminação, por exemplo, a par de transfusão de sangue infectado, as agulhas e seringas de uso geral que devem ser descartáveis e unipessoais, que são usadas largamente em laboratórios, para exames de sangue regulares, bem como, nos hospitais e farmácias, para medicação injetável em geral.

Quanto a essa segunda parte, há casos concretos que demonstram que pessoas inescrupulosas fazem indevido uso desses instrumentos, de forma até a reaproveitá-los, visando lucro fácil, sob o móvel da ganância, com o que colocam

---

<sup>13</sup> Antônio Sérgio Caldas de Camargo Aranha, *Enquadramento jurídico-penal da AIDS*, p. 11.

em risco a saúde pública e, em particular, transmitem a doença a pessoas inocentes que de seus serviços se servem.

O problema todo é adequar tais condutas nas leis penais pertinentes, que sequer previam, quando de suas elaborações, a existência futura de mal tão grande.

A propagação do vírus é fator que preocupa toda a população, não importa se disseminada pelo próprio contaminado ou por terceiros não infectados, para isso é necessário a análise das condutas destes agentes, o que se fará a seguir.

#### **4.2.1. Da transmissão da AIDS pelo contaminado**

Pelo primeiro ângulo, é necessário analisar o contaminado, que poderá transmitir a moléstia grave a outras pessoas. Inicialmente muitos deles são portadores da doença, inconscientemente, porque ela ainda não se manifestou e não há motivos que ensejem desconfiar de tal tragédia. São no aspecto subjetivo desconhecedores do mal de que padecem e, portanto, são transmissores inconscientes. Temos que, nesses casos, na ausência de qualquer ânimo, não há fato típico a se considerar. A ação é irrelevante para o Direito Penal, pois atípica.

É possível, entretanto, que a doença se tenha manifestado a ponto de fazer prever, ao paciente, que esteja contaminado, principalmente se é membro do grupo de risco prevalente, como: os homossexuais, as prostitutas, os viciados em tóxicos, os hemofílicos e, finalmente, os heterossexuais que trocam ou experimentam sucessivos parceiros, Nesse caso, por manifesta negligência com o asseio e saúde pessoal, deveriam saber que se contaminaram, e assim, a par de se tratarem, evitar a propagação a seus semelhantes.

Muitas prostitutas, homossexuais e travestidos mercadejam o corpo pela cidade e boates, às vezes, levando na bolsa exames de sangue positivos para a

AIDS. Será que cometem delitos? Deverão ser presos? Sendo condutas típicas, quais são os crimes e qual a solução legal?

Frente ao fator violência que torna-se um fato cotidiano para os profissionais do sexo, a Aids passa a ser secundária na percepção dos riscos vinculados à profissão.

Mesmo considerando essa realidade, e embora não tenham muitas vezes um conhecimento claro sobre todas as formas de transmissão da AIDS, os profissionais do sexo estão bem informados sobre a importância do preservativo no exercício da atividade profissional. Por outro lado, de forma a preservar a clientela e a própria sobrevivência, acabam por distanciar a possibilidade de infecção na prática pessoal ou profissional.

Assim sendo, pode-se identificar como satisfatório o conhecimento dos profissionais do sexo quanto à necessidade de uso do preservativo com seus clientes, apesar da baixa assimilação de informações mais amplas sobre a transmissão e a prevenção da AIDS. Paralelamente a isso, existem outros fatores decisórios para a adoção do uso de preservativo em todas as relações sexuais. A aparência saudável e a frequência regular dos clientes, a existência de parceiros ou companheiros fixos, a situação econômica desfavorável do profissional do sexo, as melhores ofertas de preço dos clientes, as condições físicas, consumo de bebidas alcoólicas e/ou drogas, são alguns elementos que favorecem o distanciamento entre o conhecimento e a prática.

Outro fator que amplia a vulnerabilidade para a AIDS é a presença marcante do uso de drogas. Há registros constatando que a grande demanda de drogas está associada ao efeito deturpante da consciência promovido pelo álcool, anfetaminas, cocaína e crack no desempenho diário da profissão do sexo.

As drogas são, geralmente, consideradas substâncias aliadas capazes de abrandar as dificuldades cotidianas, principalmente no que tange ao cumprimento

da longa duração da jornada de trabalho. Complementando esse quadro, existem ainda os profissionais do sexo que definem a prostituição como a sua principal fonte de sustento para o consumo de drogas, injetáveis ou não.

#### **4.2.2. Da contaminação por ação de terceiros atuantes na área sanitária**

Casos foram descobertos, concretamente, de hospitais que, usando bancos de sangue desaparelhados e inidôneos (a serviços mais baratos), descumpriam as normas de saúde pública, quanto ao uso desses materiais, negligenciando testes obrigatórios no doador do sangue, atestadores da ausência do vírus, como laboratórios que reutilizavam agulhas e seringas, para auferir maior lucro, com grave reflexo na saúde e vida de seus clientes.

Há caso real de criança que recebeu transfusão de sangue contaminado, de laboratório negligente, vindo a ser contaminada.<sup>14</sup>

A atuação da autoridade pública quer da vigilância sanitária como da repressão penal, nesses casos, deve ser drástica. Não é possível permitir-se que fiquem impunes condutas como essa que põe em gravíssimo risco a saúde pública.

Da mesma forma, laboratório que reaproveita o aparelhamento, caso não haja demonstração de efetiva transmissão da moléstia, incidirá no artigo 268 que trata da infração de medida sanitária preventiva e eventual parágrafo único, sem prejuízo da exposição de perigo para a vida ou a saúde daqueles que, no período de tempo do reaproveitamento do material, se serviram deles, artigo 132 do Código Penal (perigo para a vida ou a saúde de outrem).

---

<sup>14</sup> “O Hemocentro de Ribeirão Preto confirmou ontem que uma menina de dez anos contraiu o vírus HIV após ter passado por uma transfusão de sangue. Vítima de paralisia cerebral. I.C.N.S. passou por uma cirurgia para a retirada de parte do intestino na Unidade de Emergência do HC no início de 2001. Como teve hemorragia, precisou fazer transfusão de sangue, que foi fornecido pelo Hemocentro.” (Folha Cotidiano, São Paulo, sexta-feira, 19 de julho de 2002).

## **5. DA TRANSMISSÃO DA AIDS E SEU POSICIONAMENTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO PENAL BRASILEIRO**

### **5.1. Tipicidade**

Os requisitos necessários para se caracterizar um fato como crime são dois: o fato típico, ou seja, o fato cometido pelo agente deve estar previsto na lei penal, e a antijuridicidade, ou seja, este fato precisa também ser ilícito, contrário ao ordenamento jurídico. A culpabilidade seria um terceiro requisito do crime para alguns autores, porém, para o direito penal pátrio é apenas um requisito de imposição de pena.

O artigo 1º do Código Penal enseja: “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”, nele está implícito dois princípios: o princípio da legalidade, na sua primeira parte, e o princípio da anterioridade, na sua segunda parte.

O princípio da legalidade aplicado ao crime de transmissão da AIDS talvez não encontre respaldo, visto que o Código Penal parece que em nenhum momento se refere a tal fato típico cometido pelo agente. Muito menos ainda ao princípio da anterioridade, pois se ainda não existe o crime muito menos existiria a sua pena.

O crime de transmissão da AIDS não está esculpida em nenhum dispositivo penal do Código Penal Brasileiro, haja vista que à época de sua concepção, não havia notícia nem ao menos especulação que moléstia tão terrível apareceria e necessitaria de amparo jurídico. O que existe são entendimentos doutrinários e jurisprudenciais para apenar os agentes infratores, para isso, é necessário a utilização da analogia, dos costumes e dos princípios gerais de direito.

É cediço que o ordenamento jurídico, visando estabelecer a ordem na convivência social, terá que abranger a vida em todas suas variações e vicissitudes, chegando-se à conclusão de que o ordenamento terá que se completar e renovar constantemente. Para tanto, o ordenamento jurídico brasileiro optou pela utilização do processo de *integração*, ou seja, recorreu à analogia e aos princípios gerais do próprio ordenamento.

Na concepção de *Clovis Bevilacqua*:

A analogia é a operação lógica, em virtude da qual o intérprete estende o dispositivo da lei a casos por ele não previstos”. Do mesmo Clovis ainda a descrição seguinte: “A analogia é a operação lógica, pela qual o aplicador da lei remonta aos princípios de que ela emana para, por via de consequência, estender-lhe o império a casos semelhantes aos que a lei regula. Há aí, embora limitada, uma revelação do direito latente ou uma cristalização das forças jurídicas que a inteligência do aplicador ergue à tona da vida social corrente.<sup>15</sup>

Em face disso, os juízes de direito têm julgado os casos de transmissão de AIDS com evento morte como homicídio consumado ou tentado. E também os especialistas são unânimes ao afirmar que, havendo a intenção, a vontade matar, ou seja, presente o elemento subjetivo do agente, por meio de transmissão da AIDS, fica tipificado o crime de homicídio ou de tentativa de homicídio, se transmissão não ocorrer.

Em casos em que a intenção não é de matar, o Código Penal tipifica em seus artigos 130 e 131, respectivamente, os crimes de “perigo de contágio venéreo” e de “perigo de contágio de moléstia grave”. Contudo, a AIDS não é considerada uma doença venérea, porque pode ser transmitida também por outras vias que não a sexual, sendo o artigo 130, de difícil aplicação para o caso.

## **5.2. Consentimento do ofendido**

Considerando que a AIDS é moléstia grave e que até o atual estágio da

---

<sup>15</sup> BEVILACQUA, Clóvis. *Código civil comentado*. Rio de Janeiro, Ed. Rio, 1976.

Medicina não se tem prognóstico de cura, certamente levará a vítima ao óbito em decorrência do aparecimento de infecções oportunistas que o organismo atingido não consegue se proteger.

O bem jurídico que se pretende proteger com a punição do transmissor da AIDS é a vida humana que, no entender de Luiz Regis Prado, “pode ser compreendido de um ponto de vista estritamente físico-biológico ou sob uma perspectiva valorativa.”<sup>16</sup>

A garantia da vida humana não admite restrição ou distinção de qualquer espécie, ou seja, protege-se a vida humana de quem quer que seja, independentemente da raça, sexo, idade ou condição social.

A vida humana é, sem dúvida, entre todos, o mais importante bem jurídico protegido, sendo imperativo de ordem constitucional previsto no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, *in verbis*:

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

O consentimento somente exclui a ilicitude da conduta quando o titular do bem pode livremente dele dispor. Logo, poucos são os delitos que comportam o consentimento justificante.

Juarez Tavares salienta:

entre os bens particulares renunciáveis, que podem, portanto, sujeitar-se à sua atuação, há quase unanimidade em mencionar-se a honra, a liberdade pessoal, a integridade corporal, assim como todos os bens jurídicos patrimoniais. Quanto à vida, esta é evidentemente irrenunciável. O consentimento quanto ao homicídio poderá atenuar a culpabilidade, mas jamais refletir-se na caracterização do injusto.<sup>17</sup>

---

<sup>16</sup> Luiz Regis Prado, *Curso de Direito Penal Brasileiro*, p. 36.

<sup>17</sup> TAVARES, Juarez. O consentimento do ofendido no Direito Penal, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, 1969, n. 12, p. 261).

Com isso, não terá relevância o consentimento do ofendido para excluir a antijuridicidade do crime, uma vez que este não poderá dispor do mais valioso bem jurídico que possui, a vida, podendo, máxime, atenuar sua culpabilidade.

É cediço que o agente transmissor não pode ficar impune, todavia, surge o problema de enquadrar sua conduta no ordenamento jurídico penal existente, que será matéria de estudo no próximo capítulo.

## **6. ENQUADRAMENTO JURÍDICO-PENAL DA AIDS**

O Código Penal Brasileiro foi criado tendo em vista as necessidades de sua época, em virtude disso, hoje, muitas das condutas previstas como crimes no ordenamento jurídico penal, não mais podem ser consideradas como tais, haja vista que as concepções mudaram, a tecnologia avançou, as ciências médicas evoluíram.

A história do Direito Penal caracteriza-se por uma evolução constante. Cada época possui sua marca, porém, por mais completa que pareça estar a construção doutrinária de um tempo, sempre algo novo surge.

Neste contexto, o ordenamento jurídico penal brasileiro estava em perfeita sintonia com sua época, o que não ocorre atualmente, daí a necessidade de revogar-se vários dispositivos e criar outros ou adapta-los para as mudanças ocorridas ao longo do tempo.

Quando do advento do Código Penal, não havia nenhum caso notificado de AIDS, nem mesmo especulava-se a chegada de doença tão avassaladora e terrível que se tornaria no grande mal do milênio.

Ante este fato, não existe qualquer dispositivo que visa especificamente punir o transmissor do vírus HIV, o que há são apenas entendimentos de

doutrinadores e jurisprudências esparsas no sentido de adequar e inserir estes casos nos crimes já existentes.

Note-se que as normas abstratas e gerais em face dos casos concretos, têm comprometido a efetividade do Código Penal, necessitando de uma abordagem dentro do contexto das tendências modernas do Direito Penal e suas perspectivas para os dias atuais e futuros.

Todavia, ante a inexistência de ordenamento jurídico específico para apenar o transmissor do vírus HIV, faz-se necessário adequá-lo aos dispositivos penais já existentes que, através de entendimento formado pela doutrina e jurisprudência, enquadra as condutas, conforme o caso, nos crimes de perigo de contágio venéreo, perigo de contágio de moléstia grave, lesão corporal, homicídio, epidemia e infração de medida sanitária.

## **6.1. Cotejo Com os Crimes Previstos no Código Penal Brasileiro**

O Código Penal, nos artigos 130 e seus parágrafos, perigo de contágio venéreo e o artigo 131, perigo de contágio de moléstia grave. O artigo 131, perseguível por ação penal pública incondicionada, parece ser o que melhor se ajusta à espécie. Trata-se de delito formal, de mero perigo, que basta a prática de ato capaz de produzir a transmissão da doença para que o delito esteja consumado. É cediço que o delito esculpido no artigo 131, contém forma subjetiva restringida em sua definição, praticar, “com o fim de transmitir a outrem moléstia de que está contaminado”, ato capaz de produzir o contágio. Exigindo, destarte, o dolo direto.

Sob esta ótica, estaria desprovida de proteção a saúde individual, caso aquele que negligenciou consciência da contaminação praticasse, por culpa ou dolo eventual, ato capaz de transmitir a doença grave? É necessário acreditar que não, eis que caso haja relações sexuais normais ou atos libidinosos, se houver

culpa ou dolo eventual trata-se de atos hábeis a transmitir a moléstia e se tipificaria o artigo 130, caput, do Código Penal, via culpa ou dolo eventual, isto crime de perigo, caso não transmita a doença.

Todavia, se agiu com dolo eventual e se houver transmissão da moléstia grave, responderá o transmissor por tentativa de homicídio. Se agiu por culpa, responderá por lesões corporais culposas, mas, caso sobrevenha a morte, por homicídio culposo, tudo em concurso formal com o delito do artigo 130 caput.

Não obstante a AIDS possa ser denominada doença venérea, no sentido estrito, podendo ela ser transmitida por meio da prática de relações sexuais ou qualquer ato libidinoso, se agiu com culpa, responderia, o contaminado, pelo artigo 130, na modalidade “de dever saber” que é portador do vírus HIV. Por outro lado, se agiu com dolo eventual, no mesmo dispositivo em questão, tipificaria sua conduta, pela modalidade “de que sabe” que está contaminado, pois, pelo menos, suspeitou estar contaminado, mas não se importou com isso, assumindo o risco da contaminação.

Restaria a hipótese de praticar ato não sexual, em sentido amplo, capaz de produzir o contágio, por culpa ou dolo eventual, mas neste caso, não tipificaria o perigo de contágio venéreo nem perigo de contágio de moléstia grave, ficando atípica e impunível a ação. Essas hipóteses ficaram sem proteção legal, no que pertine à defesa do bem jurídico na esfera antecedente do crime de mero perigo. Poderia se argumentar eventual incidência no artigo 132, periclitación da vida ou da saúde, por via de dolo eventual, caso se identificasse alguém diretamente relacionado com a conduta perigosa do contaminado.<sup>18</sup>

Evidentemente, se houver contaminação, se por dolo eventual, haverá, considerando que a AIDS é mortal, tentativa de homicídio e consumado o delito, se sobrevier a morte da vítima. No caso de culpa em estrito senso, haverá lesão corporal culposa ou homicídio culposo, se sobrevier a morte da vítima.

---

<sup>18</sup> Antônio Sérgio Caldas de Camargo Aranha, *Enquadramento jurídico-penal da AIDS*, p. 13.

Insta consignar, todavia, que é do conhecimento da ciência, e geral, que a AIDS, desde que seja transmitida concretamente, é mortal.

Dessa forma, tendo conhecimento que o contaminado ao praticar atos idôneos pode transmitir a moléstia a outrem e que eventual contágio e transmissão causará a morte da vítima, é de questionar-se se o delito não passa a ser o de tentativa de homicídio qualificado pelo meio insidioso de conduta.

Na hipótese de contaminação efetiva, haverá evidentemente concurso de crimes, uma vez que o delito de perigo permanece íntegro e sendo a doença mortal, o delito conexo é a tentativa de homicídio qualificado.

Note-se que existe uma gama de delitos que estão relacionados à AIDS, devendo a responsabilidade criminal em matéria de AIDS ser examinada do ponto de vista do aidético delinqüente e do terceiro delinqüente.

Os crimes definidos no Código Penal que podem ser relacionados com a AIDS, tendo como ponto de vista o aidético delinqüente são muitos, devendo ressaltar-se os seguintes:

#### **6.1.1. Perigo de Contágio Venéreo**

O crime de contágio venéreo, previsto no artigo 130 do Código Penal dispõe:

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

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

*§ 1º. Se é intenção do agente transmitir a moléstia:*

*Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.*

*§ 2º. Somente se procede mediante representação.*

A doença venérea é uma lesão corporal de conseqüências gravíssimas. Justificando a incriminação do contágio venéreo, a Exposição de Motivos do Código Penal de 1940 (item 44) realça a gravidade das doenças venéreas, afirmando que “o mal da contaminação (evento lesivo) não fica circunscrito a uma pessoa determinada. O indivíduo que, sabendo-se portador de moléstia venérea, não se priva do ato sexual, cria conscientemente a possibilidade de um contágio extensivo. Justifica-se, portanto, plenamente, não só a incriminação do fato, como o critério de declarar-se suficiente para a consumação do crime a produção do perigo de contaminação”.<sup>19</sup>

O problema que surge para a incriminação deste delito é a dificuldade de se averiguar a autoria em virtude do grande número de casos. Ademais, com o surgimento de antibióticos, especialmente da penicilina, eventuais vítimas de contágio venéreo preferem essa medicação a expor sua privacidade.

Ademais, trata-se aqui de crime de ação pública condicionada à representação, da vítima ou de seu representante legal, sendo que o fundamento da condicionabilidade da ação penal reside na natureza da infração penal e pode trazer danos nefastos ao ofendido, seja no seio familiar seja no seio social, fato que também dificulta o conhecimento dos casos.

Esses fatos podem ser comprovados pelos raros casos notificados de imputação da prática deste crime.

O bem jurídico tutelado é a saúde da pessoa humana, busca-se a proteger a incolumidade pessoal contra as doenças venéreas.

É um crime de perigo, ou seja, basta a exposição a contágio de moléstia venérea para que o mesmo se perfeça. Dessa forma, pune-se o perigo que cria condições propícias a que surja dano efetivo contra a saúde de outrem.

Neste sentido, dispõe Luiz Regis Prado:

---

<sup>19</sup> Luiz Regis Prado, *Curso de Direito Penal*, p. 138.

O perigo não aparece aqui como elemento do tipo objetivo e o delito se consuma mesmo que no caso concreto não se tenha verificado qualquer perigo para o bem jurídico tutelado, bastando a simples comprovação de uma atividade finalista.<sup>20</sup>

Divide o mesmo entendimento o doutrinador José Frederico Marques:

Ao contrário do que sucede em algumas legislações, - prescindiu o Código Penal pátrio do efetivo contágio para a configuração do crime. O núcleo do tipo, constante do verbo *expor*, é disso testemunha irrefragável. Desse modo, basta que a pessoa afetada por enfermidade venérea, *exponha* alguém ao contágio, *por meio de relações sexuais ou qualquer ato libidinoso*, para que exista a conduta *a parte objecti* da figura típica.<sup>21</sup>

O sujeito ativo do delito pode ser qualquer pessoa contaminada por doença venérea, do sexo masculino ou feminino, constituindo crime comum. O sujeito passivo, da mesma forma, pode ser qualquer pessoa, mesmo que exerça a prostituição.

O consentimento da vítima quanto ao contágio é irrelevante, já que o interesse na proteção de sua incolumidade pessoal é indisponível.

A conduta típica consiste em expor alguém a contágio de moléstia venérea, por meio de relações sexuais ou de qualquer outro ato libidinoso, capaz de transmitir a moléstia. A lei refere-se a cópula que consiste na conjunção carnal normal e a qualquer um de seus equivalentes fisiológicos, incluídas as relações homossexuais.

A lei penal não define o que se entende por moléstia venérea. Trata-se de elemento normativo do tipo, de valoração extrajurídica.

---

<sup>20</sup> PRADO, Luiz Regis. Curso de direito penal brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 2, parte especial, 2000, p. 138.

<sup>21</sup> MARQUES, José Frederico. Tratado de direito penal. Millennium, Campinas, v. IV, 1999, p. 309.

Devem ser admitidas como moléstias venéreas, para efeitos penais, somente aquelas que o Ministério da Saúde catalogar como tais, e esse rol deve variar ao longo do tempo, acompanhando não só a evolução dos costumes, mas, particularmente, os avanços da própria ciência médica.

O agente que transmitisse da AIDS através da relação sexual ou por qualquer ato libidinoso, estaria incurso no artigo 130 do Código Penal. Todavia, segundo especialistas, a AIDS não é propriamente uma “moléstia venérea”, isto é, que se contrai primacialmente pelo ato sexual, caracterizando-se em doença infecciosa, causada pelos mais diversos veículos.

Nesse sentido Luiz Regis Prado dispõe:

A AIDS não é moléstia venérea, ainda que passível de contágio através de relações sexuais ou de outros atos libidinosos. A prática de ato capaz de transmiti-la poderá configurar, segundo o propósito do agente, o delito inculcado no art. 131 (perigo de contágio de moléstia grave), lesão corporal grave ou homicídio, se caracterizando o contágio.<sup>22</sup>

Dessa forma, a AIDS não é considerada uma doença venérea, pelo simples fato de que ela pode ser transmitida por outras formas além das condutas de cunho sexual. Em que dispositivo penal estaria incurso aquele que, através de relações sexuais ou atos libidinosos, transmitisse o vírus HIV? Estaria atípica sua conduta? Ou seria uma exceção face aos demais casos?

Frise-se que as doenças venéreas integram a noção de moléstia grave, sendo que a transmissão de qualquer outra moléstia que não seja a AIDS, configura-se o delito do artigo 130 do Código Penal se o meio que ocasiona o perigo de contágio é de cunho sexual e, se o agente pratica conduta não-sexual, com o fim de transmitir a moléstia venérea a outrem, este está incurso no artigo 131 do mesmo Codex.

---

<sup>22</sup> PRADO, Luiz Regis. Curso de direito penal brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 2, parte especial, 2000, p. 141.

Merece, destarte, especial cuidado a transmissão através da via sexual, posto que a AIDS, pode ser transmitida tanto pela via sexual ou por outros meios.

Estaria melhor classificado o transmissor do vírus HIV que, através de atos de cunho sexual, seja por relações sexuais ou atos libidinosos, transmitisse efetivamente a AIDS ou almejasse a transmissão, no artigo 130, uma vez que se as moléstias venéreas integram a noção de moléstia grave (artigo 131, do CP), a única forma de diversificá-las seria pela modalidade da conduta praticada.

Os melhores exemplos de transmissores do vírus HIV pela via sexual estão os contaminados de alto risco, como prostitutas, homossexuais, travestis, que fazem regular trottoir, ainda que conscientes de suas contaminações.

#### **6.1.2. Perigo de Contágio de Moléstia Grave**

A incriminação do perigo de contágio de moléstia grave<sup>23</sup> está contida no art. 131, do Código Penal, que se exara no seguinte teor:

*Art. 131. Praticar, com o fim de transmitir a outrem moléstia grave de que está contaminado, ato capaz de produzir o contágio.  
Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.*

Trata-se de figura típica anômala, porquanto existe, na descrição legal, elemento subjetivo do injusto, que consiste na tendência interna transcendente ali expressa *in verbis*: com o fim de transmitir a outrem moléstia grave.<sup>24</sup>

A ação punível é praticar, ou seja, realizar ato capaz de transmitir moléstia grave, podendo o agente praticar qualquer meio idôneo para a prática do crime, pois o texto legal não faz qualquer restrição, ao contrário do perigo de contágio

---

<sup>23</sup> “a gravidade da moléstia, bem como a sua contagiosidade e a relação de causalidade entre a conduta do agente e o perigo concreto de contágio, tem de ser pericialmente averiguada” (Nélson Hungria, *Comentários ao Código Penal*, p. 411, citado por Luiz Regis Prado, *Curso de direito penal*).

<sup>24</sup> Euclides Custódio da Silveira, *Direito Penal – Crimes contra a Pessoa*, 1959, p. 185.

venéreo, que só pode ocorrer através de relações sexuais ou qualquer ato libidinoso.

Os meios para o contágio de moléstia grave podem ser diretos ou indiretos. Meios diretos decorrem do contato físico do agente com a vítima e os meios indiretos decorrem da utilização de objetos, utensílios, alimentos, bebidas ou qualquer outro instrumento que o sujeito passivo pode utilizar para a transmissão.

Nélson Hungria, não distinguindo expressamente os meios diretos ou indiretos, afirmava:

(...) podem consistir no contato direto entre o corpo do agente e da vítima (contato do corpo infectado com uma mucosa ou descontinuidade epitelial, beijos, mordidas, aleitamento, etc.), ou no emprego de coisas ou objetos (copos, talheres, roupas, alimentos, seringas de injeção, etc.), que o agente infectou ou sabe infectados com os próprios micróbios ou germes patogênicos de que é portador.<sup>25</sup>

São consideradas moléstias graves e contagiosas, dentre outras, AIDS, varíola, tuberculose, cólera, lepra, tifo, independentemente de constarem de Regulamento do Ministério da Saúde.

Dentro desta modalidade estariam incursos viciados de tóxicos que, conscientes de sua condição de portadores do vírus HIV, utilizam agulhas e seringas que injetam em suas veias, sem qualquer higiene e depois compartilham os mesmos instrumentos para outrem com finalidade de propagar a AIDS.

Há notícias de que em presídios, os detentos portadores do vírus HIV, com o fim de transmitir a AIDS, se auto lesionam e, com o sangue contaminado, tentam disseminar o vírus entre os demais detentos. Esta conduta, também

---

<sup>25</sup> Nélson Hungria, *Comentários ao Código Penal*, p. 412 (citado por Luiz Regis Prado *in* Curso de Direito Penal).

estaria incurso no delito do artigo 131, haja vista que a conduta é apta para a propagação da moléstia grave.

### **6.1.3. Lesão Corporal**

No Código Penal, o crime de lesões corporais vem disciplinado e previsto, em suas várias formas e modalidades, no artigo 129 e seus parágrafos, entretanto, os mais importantes para o estudo da transmissão da AIDS serão: § 2º, inciso II e o § 3º, os quais tratam, respectivamente, de lesão corporal gravíssima por enfermidade incurável e lesão corporal seguida de morte.

*Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem:*

*(...)*

*§ 2º. Se resulta:*

*II – enfermidade incurável;*

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

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

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

Para Cezar Roberto Bitencourt:

Lesão corporal consiste em todo e qualquer dano produzido por alguém, sem *animus necandi*, à integridade física ou à saúde de outrem. Ela abrange qualquer ofensa à normalidade funcional do organismo humano, tanto do ponto de vista anatômico quanto do fisiológico ou psíquico. Na verdade, é impossível uma perturbação mental sem dano à saúde, ou um dano à saúde sem uma ofensa corpórea. O objeto da proteção legal é a integridade física e a saúde do ser humano.<sup>26</sup>

#### **6.1.3.1. Enfermidade incurável**

---

<sup>26</sup> Cezar Roberto Bitencourt, *Manual de Direito Penal*, p. 174.

Enfermidade, segundo especialistas, é um processo patológico em curso. Enfermidade incurável é a doença cuja curabilidade não é conseguida no atual estágio da Medicina, pressupondo um processo patológico que afeta a saúde em geral. A incurabilidade deve ser confirmada com dados da ciência atual, com um juízo de probabilidade. Incurável deve ser entendido em sentido relativo, sendo suficiente o prognóstico pericial para caracterizá-la, pois em termos de ciência médica nada é certo, tudo é provável, pode-se afirmar num exagero de expressão.<sup>27</sup>

No entender de Luiz Regis Prado:

Enfermidade é o processo patológico – físico ou psíquico – em desenvolvimento que afeta a saúde em geral. Não é necessária certeza no tocante à incurabilidade (conceito relativo). Basta a séria probabilidade de incurrência de cura – com base nos recursos e no estágio de desenvolvimento em que se encontra a medicina na época – a testada por laudo pericial.”<sup>28</sup>

A enfermidade incurável, apesar de não constar no Código Penal, é classificada na doutrina e na jurisprudência como lesão corporal de natureza gravíssima, para distingui-la da lesão corporal grave, disciplinada no parágrafo anterior. A dimensão das conseqüências das lesões gravíssimas, é consideravelmente mais grave e, em regra, são lesões irreparáveis, justificando sua maior penalização.

Dessa forma, aquele que, sabedor de sua soropositividade, tem a intenção de transmitir a AIDS que é uma enfermidade incurável, haja vista que, no atual estágio da Medicina, é de cura improvável, estará incurso no § 2º, inciso II, do art. 129, do Código Penal.

### **6.1.3.2. Lesão corporal seguida de morte**

---

<sup>27</sup> Cezar Roberto Bitencourt, *Manual de Direito Penal*, p. 189.

<sup>28</sup> Luiz Regis Prado, *Curso de Direito Penal Brasileiro*, p. 128.

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

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

Esta figura típica também é conhecida como homicídio preterdoloso, ou seja, quando há dolo nas lesões e culpa no evento morte. Se o resultado morte for imprevisível ou decorrente de caso fortuito, o sujeito responderá somente pelas lesões corporais. Se houver dolo eventual quanto ao resultado mais grave, o crime será de homicídio.

O delito de lesão corporal seguida de morte se caracterizará quando o agente tiver a intenção de lesionar a vítima, porém, acaba por causar-lhe a morte. É difícil vislumbrar esta figura típica em sede de transmissão da AIDS, posto que sua caracterização dependerá de sua intenção subjetiva, o que é quase impossível de saber.

Assim, se quis o autor soropositivo apenas lesionar a vítima, decorrendo, entretanto, a morte com a transmissão (já que a AIDS é mortal), estará ele incurso neste dispositivo penal. Porém, se sua intenção era matar através da transmissão do vírus, o crime será o de homicídio.

#### **6.1.4. Homicídio**

A transmissão da AIDS também pode caracterizar o crime de homicídio, tanto na forma tentada como consumada, o qual está previsto no artigo 121, do Código Penal, que dispõe:

*Art. 121. Matar alguém:*

*Pena – reclusão, de 6 (seis) a 20 (vinte) anos.*

Argumenta-se, se o meio (transmissão do vírus mortal HIV), seria meio insidioso ou cruel, o que qualificaria o crime.

§ 2º Se o homicídio é cometido:  
(...)  
III – com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum;

Antônio Sérgio Caldas de Camargo Aranha, acredita que o meio é insidioso:

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 consumir-se se o ofendido vem a falecer em período curto de tempo e antes do próprio agente, transmissor da doença.<sup>29</sup>

Meio insidioso<sup>30</sup> é aquele utilizado com estratagemas, perfídia<sup>31</sup>.

Meio cruel é a forma brutal de perpetrar o crime, é meio bárbaro, martirizante, que revela ausência de piedade, é o que causa à vítima sofrimento desnecessário. Pelo meio cruel o agente objetiva o padecimento de sua vítima, revelando sadismo.<sup>32</sup>

O meio cruel parece mais adequado, pois, sabendo-se que a AIDS é fatal e que certamente trará sofrimento para a vítima, o agente que quer sua morte através da transmissão da moléstia, aumenta desnecessariamente o sofrimento daquela, revelando sadismo fora do comum, contrastando com os sentimentos de dignidade, de humanidade e de piedade.

A tentativa estará configurada se o agente portador do vírus HIV tiver a intenção de matar, mas não ocorrer a transmissão da AIDS.

Considerando que é do conhecimento da ciência, e geral, que a AIDS, desde que transmitida concretamente causa a morte da vítima, caracterizará

---

<sup>29</sup> Antônio Sérgio Caldas de Camargo Aranha, Artigo: Enquadramento jurídico-penal da AIDS, p. 13.

<sup>30</sup> Insidioso é o meio disfarçado, sub-reptício, ardiloso que objetiva surpreender a vítima desatenta e indefesa. (Damásio de Jesus, *Direito Penal*, p. 69).

<sup>31</sup> Traição, infidelidade, deslealdade, falsidade. (Grande Dicionário Enciclopédico Brasileiro)

<sup>32</sup> Cezar Roberto Bitencourt, *Manual de Direito Penal*, p. 70/71.

homicídio consumado, se a vítima vier a óbito em decorrência de ato consciente e doloso do agente, ou seja, com *animus necandi*.

É evidente que no que se refere à responsabilidade de quem deliberadamente deseja transmitir a outrem o mal, com o propósito de praticar o crime (homicídio ou tentativa), é preciso ter em conta além dos requisitos essenciais de cada figura criminosa, a demonstração indene de culpa do nexo de causalidade entre o *modus agendi* e o resultado.<sup>33</sup>

### 6.1.5. Epidemia

Questiona-se se a propagação deliberada do vírus HIV poderia dar ensejo ao crime de epidemia definido no artigo 267, do Código Penal:

*Art. 267. Causar epidemia, mediante a propagação de germes patogênicos:  
Pena – reclusão, de 10 (dez) a 15 (quinze) anos.*

É importante para o estudo da transmissão do vírus HIV, a análise do § 2º do artigo, *in verbis*:

*§ 2º No caso de culpa, a pena é de detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos, ou, se resulta morte, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos.*

De acordo com Damásio E. de Jesus: “Causar epidemia significa provocar doença que surge rápida num local e acomete, sucessiva e simultaneamente, numerosas pessoas.”<sup>34</sup>

---

<sup>33</sup> Irineu Antonio Pedrotti, *Da AIDS e do Direito*, p. 308.

<sup>34</sup> Damásio E. de Jesus, *Direito Penal, parte especial*, p. 329, 3º vol.

Germes patogênicos são todos os microorganismos capazes de produzir moléstias infecciosas e, considerando o vírus HIV um microorganismo, a sua disseminação é apta a causar epidemia.

O elemento subjetivo do tipo é o dolo, a vontade consciente de propagar o vírus, basta que o agente queira causar a epidemia ou assuma o risco de tal resultado.

Consuma-se o delito com a ocorrência da epidemia, ou seja, com o surgimento de inúmeros casos de pessoas acometidas com a doença causada pelos germes patogênicos. A forma tentada configura-se na hipótese de, não obstante o agente disseminar germes patogênicos, a epidemia não sobrevier por circunstâncias alheias à sua vontade.

A adequação da transmissão da AIDS ao delito de epidemia reclama prudência, uma vez que aqui, como no caso de homicídio, deve-se verificar a demonstração inexorável de nexos de causalidade entre a conduta do agente e o resultado epidêmico.

#### **6.1.6. Infração de Medida Sanitária Preventiva**

O artigo 268 do Código Penal incrimina o fato de alguém infringir determinação do Poder Público, destinada a impedir introdução ou propagação de doença contagiosa.

*Art. 268. Infringir determinação do poder público, destinada a impedir introdução ou propagação de doença contagiosa:*

*Pena – detenção, de 1 (um) mês a 1 (um) ano, e multa.*

*Parágrafo único. A pena é aumentada de um terço, se o agente é funcionário da saúde pública ou exerce a profissão de médico, farmacêutico, dentista ou enfermeiro.*

Por meio da incriminação, o legislador tenta tutelar as determinações do Poder Público tendentes a evitar epidemias.

As determinações do Poder Público são destinadas a todas as pessoas, que as devem cumprir, sendo que os profissionais da área de saúde têm a pena aumentada de um terço se descumprir dever que lhe caiba em razão do cargo ou profissão exercidos.

Portanto, é possível vislumbrar a caracterização deste delito em face de ato praticado por agente que descumprindo especial dever imposto por determinação do Poder Público, transmite a AIDS a outrem.

## **7. DA DIFICULDADE DE PUNIÇÃO**

Em primeiro lugar o anúncio da contaminação com o prognóstico, inevitável no atual estado de conhecimento, de morte num prazo mais ou menos longo. Depois vem a fase de soropositividade sem sintomas, sem sinais físicos de doença, quando a pessoa acometida vive na expectativa ou na angústia, reorganiza seu modo de vida, durante alguns meses ou alguns anos. O tempo da doença em que se alternam os períodos com ou sem sintomas, as hospitalizações e as voltas para casa, é o tempo de uma vida mais ou menos dependente e pesada, cada vez mais dolorosa, que também pode durar alguns meses ou anos.

É normal o sentimento de revolta ao tomar conhecimento de que foi contaminado por vírus tão terrível que, certamente, conduzirá à morte, sendo este o período em que o portador do vírus HIV está sujeito ao maior número de infrações penais, passando a manter relações sexuais desordenadamente, utilizar drogas injetáveis de forma compartilhada e por outras formas menos comuns de transmissão.

Essas condutas, certamente, não podem ficar impunes, porém, existe grande dificuldade de se chegar aos transmissores. São raríssimos os casos em que a vítima traz ao conhecimento público o fato de que foi contaminada pelo vírus HIV.

No que tange ao preconceito, raros são os portadores do HIV que buscam soluções através do Poder Judiciário, uma vez que temerosos da publicidade, que por vezes, se mostra mais lesiva do que o próprio dano. O portador do vírus da AIDS, depois de conhecida sua situação, é estigmatizado duplamente, como marginal e por ser portador de doença transmissível. Isto resulta porque na concepção das pessoas, ele deve ser homossexual, uma prostituta ou um drogado. Enfim, um desregrado, na concepção geral da sociedade.

O medo de trazer sua condição de vítima ao domínio público é explicável, na medida em que nenhuma outra patologia atinge o indivíduo em sua imagem social como a AIDS. É uma parte de sua vida íntima que cai no domínio público. A sociedade, tão logo, passa a especular: “É hemofílico? Fez transfusão de sangue, por quê? É vagabundo sexual ou homossexual?”. Estas indagações circulam e geralmente são prejudiciais.

As indagações que um portador do vírus tem de enfrentar geralmente estão cheias de julgamentos implícitos, julgamentos que levam a reduzir sua vida a um rótulo e a provocar atitudes de rejeição que se acreditavam esquecidas: exclusão e desprezo.

As regras sociais obrigam amiúde aos que estão contaminados e, muitas vezes seus parentes próximos após falecimento, a não revelarem o nome de sua doença. De modo diferente dos atingidos pelo câncer, cujo ambiente em volta é avisado, mas não o doente, o portador do vírus da AIDS quase sempre está lúcido a respeito de sua situação, mas em geral acha que deve esconder a todos ou parte de seu círculo de relações.

Entendem alguns que a revelação abra caminho para a “delação e discriminação” do doente-vítima.

Outro argumento diz respeito à liberação do segredo, que conduzirá os doentes em hesitar em receber o tratamento, por temor de serem traídos e rejeitados pelo cônjuge e familiares. Evidentemente que tais argumentos, com o advento da AIDS, ficaram frágeis, devendo cada homem e cada mulher se proteger e assumir claramente o risco pessoal da contaminação que vier a causar no parceiro, ainda mais se agiu sob dissimulação, não o comunicando do vírus de que é possuidor e dos cuidados indispensáveis nesses casos para qualquer contato sexual ou libidinoso.

Existem estudiosos que entendem que a aplicação de pena para os transmissores da AIDS seria inviável, eis que o normal transcurso da ação penal e a doença do transmissor se agravando, certamente, antes mesmo, ou com o

advento da pena definitiva, estaria o condenado morto ou prestes a morrer, o que extinguiria a punibilidade e tornaria vã a prevenção geral legislativa penal e toda a persecução penal.<sup>35</sup>

Entendem ainda que seria inútil a persecução penal e a apenação quando envolvidos com delitos de outras naturezas, se nem sequer tempo terão de aguardar a demora do processo e da condenação definitiva, pois morrerão antes, a par do sofrimento moral que estão vivendo, sendo que a pena pouco lhes amedrontará.

Todavia, é necessário enfatizar que com o avanço da tecnologia e o descobrimento de medicamentos eficazes no tratamento das infecções oportunistas que agem sobre o HIV, a AIDS, ao longo dos anos mudou radicalmente o seu caráter: de doença letal ela está se tornando uma doença crônica<sup>36</sup> e a par disso, não merece crédito a previsão dos estudiosos acerca da inviabilidade da pena, pois seria injusto que aquele que, conscientemente de sua condição de HIV positivo e com o ânimo de lesionar ou até matar através da transmissão do vírus a outrem, ficasse impune.

Destarte, ante a grande expectativa de vida dos soropositivos graças aos medicamentos hoje existentes com a finalidade de adiar o aparecimentos das infecções oportunistas, é de rigor a punição daquele que, sabendo de sua condição de portador do vírus HIV, transmite-a.

Diante da transformação da AIDS de doença fatal para doença crônica, poderiam questionar alguns de que a punição não deveria ser tão severa uma vez

---

<sup>35</sup> Justitia – seção criminal – artigo: Enquadramento jurídico-penal da AIDS – Antônio Sérgio Caldas de Camargo Aranha, p. 13.

<sup>36</sup> A esperança terapêutica é hoje real. A sistemática prevenção de certas complicações graves da doença, como as pneumocistoses e toxoplasmoses, implicou em prolongamento notável na duração da vida e justifica, por si só, o diagnóstico precoce e um acompanhamento médico regular, para dar à pessoa atingida um máximo de chances. Está claro, no entanto, que a realização dos tratamentos antivirais será a chave do controle dessa infecção. A história dos antivirais, que o público muitas vezes confunde com os antibióticos (antibacterianos), é recente e não é de se admirar que progrida apenas passo a passo. Dispomos todavia de um número crescente de moléculas e sabemos hoje que a associação de ao menos dois antivirais, administrados no momento em que começam a manifestar-se os sintomas da SIDA ou quando ela progride, é capaz de acarretar uma nova melhoria em termos de sobrevivência. (AIDS – A Sociedade em Questão. Comissão Social do Episcopado, Petrópolis/RJ: Vozes, 1996).

que a vítima não sofreria tamanho mal com a transmissão. Todavia, insta salientar, que esta viverá uma vida “parcial”, ou seja, dependerá de medicamentos para prolongar o aparecimento de infecções e, conseqüentemente, para poder “viver”.



## 8. PROPOSTA DE LEGE FERENDA

Como um reflexo da crescente frustração e medo da aids, é aprovado nos EUA um número cada vez maior de leis destinadas a proteger a população. Há uma mudança de foco das primeiras leis, que protegiam as liberdades civis de pessoas infectados com o vírus HIV, para leis que buscam identificar, advertir e, em alguns casos, punir pessoas que, intencionalmente, põem outras em risco de contrair o vírus.

Agora, pelo menos 29 Estados transformaram em crime transmitir ou expor outros ao HIV. Um terço deles promulgou esse tipo de lei nos últimos dois anos. Somente este ano 19 assembleias estaduais, incluindo a do Estado de Nova York, apresentaram tais projetos de lei.

No Brasil, a Comissão que estuda reformulação do Código Penal aprovou proposta por unanimidade:

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

Formada por sete juristas, a comissão fundiu os artigos 130 e 131 do atual Código Penal para prever a aplicação de penalidades contra aqueles que transmitirem o HIV. O artigo 130 trata apenas da transmissão de doenças venéreas por meio de ato sexual. O 131 pune quem contamina uma pessoa com doença grave, mas não prevê punição para tentativas de contágio voluntário.

"Retiramos o ato sexual do artigo 130 porque a aids pode ser transmitida por doação ou transfusão de sangue e divisão de seringas", afirmou o presidente da comissão, ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Essa modificação aplica-se a outras doenças graves e contagiosas.

Se um contaminado transmite a doença para terceiros, a pena é de 3 meses a 1 ano de reclusão. Se queria transmitir voluntariamente a doença, mas não conseguiu, a pena aumenta de 6 meses a 1,5 ano de prisão. No caso de a pessoa ser contaminada, o transmissor deve ficar recluso de 6 meses a 2 anos. Se o autor da contaminação tiver intenção de matar, responderá por tentativa de homicídio, e homicídio doloso se houver morte.

Todavia, a proposta ainda não foi transformada em anteprojeto.

Cada vez mais os Estados estão tornando obrigatório o teste de HIV em segmentos específicos da população, principalmente em prisioneiros e grávidas. No Arizona, Flórida, Mississippi e West Virginia recentemente foram aprovadas leis que concedem o direito aos bons samaritanos e pessoal não-médico que presta ajuda em um acidente de carro, incêndio ou emergência médica - de perguntar às pessoas que atendem se elas estão ou não infectadas pelo HIV.

Mais Estados intensificam programas para informar os parceiros de pessoas infectadas. O Estado de Nova York aprovou em junho uma lei que exige que os médicos informem o nome das pessoas com HIV positivo, para que funcionários da administração pública possam comunicar seus parceiros sobre os potenciais riscos. Especialistas dizem que as novas leis constituem reflexo da mudança de atitude em relação às pessoas infectada. (The New York Times).

A proposta de *lege ferenda* se pauta na criação de penas mais rigorosas para os transmissores do vírus HIV, uma vez que os dispositivos de punição fundados em entendimentos de doutrina e jurisprudências aplicados para apenar tais delinqüentes são inadequados, mormente na previsão de penas brandas, incompatíveis para gravidade da questão.

Portanto, esperamos que a proposta aprovada pela Comissão que estuda a reformulação do Código Penal seja transformada em anteprojeto e, posteriormente, se torne lei com a finalidade de adequar as condutas dos transmissores da AIDS em dispositivos penais aptos à punição.

## 9. CONCLUSÃO

Há muito tempo a AIDS (Síndrome da Imunodeficiência Adquirida) deixou de ser um desafio somente para a comunidade científica. A difícil relação que a doença estabeleceu com a população veio a mostrar a necessidade do envolvimento multidisciplinar de diferentes segmentos para, na ausência de cura, procurar deter o crescimento do número de casos que em pouco tempo tornou-se o grande desafio da atualidade.

A Síndrome diz respeito a um conjunto de sinais e sintomas que podem ser produzidos por mais de uma causa. Imunodeficiência se traduz na incapacidade do organismo, através de seu sistema imunológico, de se defender dos diversos agentes causadores de doenças que, quando adquirida, se contrai ao período dentro de um processo ao longo da vida.

A AIDS surgiu num momento em que a comunidade científica acreditava que tinha sob controle qualquer doença que pudesse reviver as epidemias do passado, surpreendendo o mundo com sua avassaladora capacidade de expansão e destruição.

Possui diversas formas de transmissão, as principais são: através de relações sexuais; pelo sangue, em receptores de sangue ou hemoderivados e em UDIV; e perinatal, abrangendo a transmissão da mãe para o filho durante a gestação, parto ou aleitamento materno. Além, dessas formas mais freqüentes há também a transmissão ocupacional, por acidente de trabalho em profissionais da área da saúde que sofrem ferimentos pérfuro-cortantes contaminados com sangue de pacientes com infecção pelo HIV e, finalmente, há oito casos descritos na literatura da transmissão intradomiciliar nos quais não houve contato sexual nem exposição sanguínea pela vias classicamente descritas.

Para se caracterizar um fato como crime, são necessários dois requisitos: o fato típico, ou seja, o fato cometido pelo agente deve estar previsto na lei penal, e

a antijuridicidade, ou seja, este fato precisa também ser ilícito, contrário ao ordenamento jurídico. Todavia, o princípio da legalidade aplicado ao crime de transmissão da AIDS não encontra respaldo, visto que o Código Penal em nenhum momento se refere a tal fato típico cometido pelo agente. Muito menos ainda, acolhe o princípio da anterioridade, pois se ainda não existe o crime muito menos existiria a sua pena.

Quando do advento do Código Penal, não havia nenhum caso notificado de AIDS, nem mesmo especulava-se a chegada de doença tão avassaladora e terrível que se tornaria no grande mal do milênio.

Os dispositivos penais abstratos aplicados para os casos de transmissão do vírus HIV, tem comprometido a efetividade do Código Penal, necessitando de uma abordagem dentro do contexto das tendências modernas do Direito Penal e suas perspectivas para os dias atuais e futuros.

Insta salientar, entretanto, que existe grande dificuldade de se chegar aos transmissores. São raríssimos os casos em que a vítima traz ao conhecimento público o fato de que foi contaminada pelo vírus HIV e que buscam soluções através do Poder Judiciário. A grande razão é o preconceito, fazendo com que a vítima tema ser estigmatizada duplamente, como marginal e por ser portadora de doença transmissível. Isto resulta porque na concepção das pessoas, ele deve ser homossexual, uma prostituta ou um drogado. Enfim, um desregrado, na concepção geral da sociedade.

Ante a gravidade da conduta e a atualidade de doença tão grave, os dispositivos penais utilizados para punir os agentes transmissores do vírus HIV, estão estruturalmente desatualizados e as penas muito brandas.

De todo o exposto, chega-se a conclusão que é tempo de analisar o assunto e se elaborar lei, no menor espaço de tempo possível, para a solução mais apropriada dessa grave questão.

## 10. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 2001.

**Boletim Epidemiológico da Aids**, Ministério da Saúde. Semana 36 a 48 – setembro a novembro de 1997.

BONFIM, Edílson Mougnot. **Direito penal da sociedade**. São Paulo: Del Rey, 1997.

CAPEZ, Fernando. **Direito penal – parte geral**. São Paulo: Paloma, 2002, 8ª edição.

DANIEL, Herbert.; RICHERD, Parker. **Aids, a terceira epidemia – ensaios e tentativas**. Boston (USA), Beacon: Iglu, 1990.

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

FAGUNDES JÚNIOR, José Cabral Pereira. **Direito à vida privada e à intimidade do portador do HIV – Aspectos constitucionais**. São Paulo: Celso Bastos, 2002.

**Folha Cotidiano**, Página C1, São Paulo, sexta-feira, 19 de julho de 2002

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal-1º volume, parte especial**. São Paulo, 1962.

HART, Dário José.; SIGNORI, Pontes. **A AIDS: sua origem e perspectivas.** Rio de Janeiro: Biologia e Saúde, 2000.

JESUS, Damásio E. de. **Direito penal- 2º volume, parte especial.** São Paulo: Saraiva, 1998.

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

MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal, volume II.** Campinas: Bookseller, 1997, 1ª edição atualizada.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal, volume IV.** Campinas: Millennium, 1999, 1ª edição atualizada.

PASTERNAK, Jacyr.; NETO, Vicente Amato. **AIDS-Amores, transtornos e desgraças.** São Paulo: Pioneira, 1994.

PIERANGELI, José Henrique. **O consentimento do ofendido na teoria do delito.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

PINEL, Arletty.; INGLES, Elisabete. **O que é AIDS.** São Paulo: Brasiliense, 1996.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, v. II.

Revista dos Tribunais – ano 79 – novembro de 1990 – vol. 661.

Revista dos Tribunais – ano 82 – abril de 1993 – vol. 690.

ROUET, Albert. **AIDS - A sociedade em questão**. Petrópolis: Vozes, 1996.

SALLES JÚNIOR, Romeu de Almeida. **Código penal interpretado**. São Paulo: Saraiva, 1996.

SETTI, Ana Paula Atayde. **Responsabilidade civil decorrente da transmissão do vírus HIV** (monografia de conclusão de curso). Presidente Prudente, 2001.

TAVARES, Juarez. **O consentimento do ofendido no direito penal**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, 1969, n. 12, p. 261.

VOLPATO, José Leonardo Volpato. **AIDS responsabilidade civil** (monografia de conclusão de curso). Presidente Prudente, 2001.

[www.aids.gov.br/livro/c105.htm](http://www.aids.gov.br/livro/c105.htm)

[www.aids.gov.br/prevencao/man\\_diretriz/capitulo\\_7.htm](http://www.aids.gov.br/prevencao/man_diretriz/capitulo_7.htm)

[www.vivacazuza.org.br](http://www.vivacazuza.org.br)