



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE – UFCG
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – CCJS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO – UAD



MATEUS DA SILVA OLIVEIRA

**A PUNIÇÃO PENAL NA ROLETA-RUSSA DO SEXO: UMA ANÁLISE JURIDICO-
SOCIAL À LUZ DA TEORIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

SOUSA – PB
2018

MATEUS DA SILVA OLIVEIRA

**A PUNIÇÃO PENAL NA ROLETA-RUSSA DO SEXO: UMA ANÁLISE JURIDICO-
SOCIAL À LUZ DA TEORIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Monografia apresentada ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Giliard Cruz Targino

**SOUSA – PB
2018**

MATEUS DA SILVA OLIVEIRA

**A PUNIÇÃO PENAL NA ROLETA-RUSSA DO SEXO: UMA ANÁLISE JURIDICO-
SOCIAL À LUZ DA TEORIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Monografia apresentada ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Giliard Cruz Targino

Data de aprovação: _____/_____/_____

Banca Examinadora

Orientador: Prof. Giliard Cruz Targino

Membro (a) da Banca Examinadora

Membro (a) da Banca Examinadora

Dedico o presente trabalho a Deus, por ter me guiado sempre. Aos meus pais, irmãos e amigos, pela paciência que tiveram e pela confiança que em mim depositaram.

AGRADECIMENTOS

A Deus, que me guiou por toda essa longa jornada até chegar aqui. Sem Ele eu não sei o que seria da minha existência nesse pequeno/grande mundo.

Aos meus pais, Francisca e Manuel, que sempre foram uma fonte de inspiração, humildade e de desejo de vencer. Sem vocês e por vocês eu não estaria aqui.

Aos meus irmãos, Flávia e Cícero, pela preocupação de sempre, pelo carinho e por manterem sempre o brilho no olhar ao saber que um dia eu chegaria aonde eu queria estar.

Aos meus avós Cícero e Do Carmo, que infelizmente não estão mais aqui para ver que eu consegui.

Aos meus avós Chico Lopes e Melada, que sempre foram um exemplo de humildade e de que um dia tudo iria dar certo.

À minha sobrinha Lyzandra, pela alegria com que me recebia ao chegar em casa, e por ser uma fonte de incentivo para que eu continue na luta diária.

Aos amigos, Danyel e Hélio que sempre estiveram comigo, compartilhando junto o desejo de vencer.

Às minhas duas asas na cidade sorriso, Tanilo e Vieira, que me ensinaram que a vida pode ser linda se você decide vivê-la.

Às minhas amigas/ irmãs, Raquel Coqueiro, Priscila, Janaina e Joyce, por todos os momentos incríveis compartilhados juntos.

À minha galera do espetinho e On the road, Hay, Carol, Marllon, Caio, Adolfo, Matheus, Assis, Lucas, Leozinho, Amanda Karine e Ruanna, pelos melhores momentos vividos na minha vida.

À Cidade Sorriso, pelos melhores momentos que um universitário poderia viver.

À Universidade Federal de Campina Grande e ao Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, pela assistência e oportunidade que me concederam nesta formação, dando-me a certeza que o meu sonho aqui não foi utopia, mas realidade.

Ao meu orientador Professor Giliard Cruz, por contribuir de forma decisiva e essencial na confecção deste trabalho, pelo tempo e dedicação que me

disponibilizou todas as vezes que a ele recorri, dentro e fora da instituição, e por todo o carinho de sempre.

“A finalidade das penas não é atormentar e afligir um ser sensível (...) O seu fim (...) é apenas impedir que o réu cause novos danos aos seus concidadãos e dissuadir os outros de fazer o mesmo”.

(Cesare Beccaria, Dos delitos e das penas)

RESUMO

Diante da crescente propagação das festas intituladas “roleta-russa do sexo”, emerge a necessidade de analisarmos com mais detalhamento a punição penal aferida a tal prática, haja vista a gravidade das condutas difundidas em tais “festas sexuais”. Grande difusor dessas festas, o clube do carimbo ganhou ascensão com o crescimento das redes sociais, visto que é uma forma mais rápida de difusão de informação, dessa forma, passaram a divulgar técnicas de transmissão do vírus do HIV, bem como incentivar a propagação dolosa do vírus. Outrossim, nas festas do carimbo, o sexo “sem capa”, em regra, é um dos requisitos para os participantes. A excitação momentânea domina o desejo dos seres humanos, levando-os a buscar o prazer no arriscado, no incerto, no prazeroso. Desse modo, o presente trabalho buscou traçar um liame entre as liberdades individuais e a punição penal, uma vez que os participantes de tais festas sabem dos riscos presentes. No entanto, não há que se falar em consentimento do ofendido, tendo em vista que a vida é um bem indisponível, destarte, o desejo dos participantes não excluem a ilicitude e a punibilidade do agente carimbador. Sendo assim, diante da preocupante dimensão que vem ganhando as “barebacking parties”, é necessário que o Estado utilize-se de seu aparato policial e judicial para apurar as infrações e punir de forma mais eficaz a conduta dos carimbadores, visando, assim, dirimir tais festas sexuais, bem como barrar a propagação dolosa do HIV. Para a confecção do presente estudo utilizou-se o procedimento da pesquisa bibliográfica, análise de livros, revistas e artigos científicos publicados com abordagem sobre o assunto. Desta feita, objetivou-se esclarecer, sem exaurir os questionamentos sobre o tema, que a punição penal mais adequada para pessoas que transmitem dolosamente o HIV é a e homicídio na modalidade tentada.

Palavras-Chave: Barebackins Paries; Festas sexuais ; Carimbadores.

ABSTRACT

In view of the increasing propagation of the Russian roulette sex parties, the need to analyze in more detail the penal punishment of such practice, given the seriousness of the behaviors disseminated in such "sexual festivals". As a great diffuser of these festivities, the stamp club has gained momentum with the growth of social networks, since it is a faster way of disseminating information, thus, they have begun to spread techniques of HIV transmission, as well as to encourage the fraudulent propagation of the virus. Also, at the stamp festivals, "no cover" sex is, as a rule, one of the requirements for the participants. Momentary excitement dominates the desire of human beings, leading them to seek pleasure in the arched, in the uncertain, in the pleasurable. In this way, the present work seeks to draw a link between individual freedoms and criminal punishment, since the participants of such parties know the present risks. However, it is not necessary to speak of the consent of the victim, since life is a very unavailable, so the participants' wishes do not exclude the illegality and punishability of the stamping agent. Therefore, in view of the worrying dimension of barebacking parties, it is necessary for the State to use its judicial apparatus to better characterize the conduct of the stabers, in order to resolve such sexual feasts, as well as barring the illicit spread of HIV. For the preparation of the present study will be used the procedure of bibliographic research and analysis of books, journals and scientific articles published with an approach on the subject. This time, it aims to clarify, without exhausting the questions on the subject, which criminal punishment is most appropriate for people who intentionally transmit HIV is a homicide in the attempted mode

.

Keywords: Barebackins Parties; Sexual feasts; Stamps.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

CF/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

CPB – Código Penal do Brasil

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

LGBT – Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Transgêneros

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	12
2	PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E PENAS INTRÍNSECOS À TEMÁTICA	14
2.1	Legalidade	15
2.2	Culpabilidade	16
2.3	Dignidade da pessoa humana	17
2.4	Lesividade	18
2.5	Adequação Social	19
2.6	Intervenção mínima	20
2.7	Igualdade	21
2.8	Proporcionalidade	22
2.9	Responsabilidade pessoal	23
2.10	Responsabilidade subjetiva	23
2.11	Exclusiva proteção dos bens jurídicos	24
2.12	Bagatela	24
3	ROLETA-RUSSA DO SEXO: UMA ANÁLISE DA CONDOTA À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO-PENAL BRASILEIRO	26
3.1	Roleta-russa e suas várias formas	26
3.1.1	<i>Clube do carimbo</i>	27
3.1.2	<i>O sexo e o desejo</i>	28
3.2	Transtorno de personalidade antissocial	29
3.3	A função do Estado na proteção dos Direitos Fundamentais e uma análise sobre a possibilidade de disponibilidade pelos indivíduos	30
3.3.1	<i>Dos Direitos e garantias fundamentais como bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal</i>	30
3.3.1.1	<i>Do Direito à vida</i>	32
3.3.1.2	<i>Do Direito à integridade física</i>	32
3.3.2	<i>Da (In)disponibilidade dos direitos fundamentais: uma análise à luz da hermenêutica jurídica atual</i>	33
3.3.3	<i>O consentimento do ofendido como causa de exclusão de ilicitude em razão da prática da Roleta-russa do sexo</i>	35

4	A TEORIA DO CRIME E OS TIPOS PENAIS INDICADOS PELA DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA COMO ADEQUADOS PARA TIPIFICAR A CONDUTA DA ROLETA-RUSSA DO SEXO	38
4.1	A teoria geral do crime	38
4.1.1	<i>Fato típico</i>	40
4.1.2	<i>Ilícitude</i>	41
4.1.3	<i>Culpabilidade</i>	41
4.2	Tipos penais que, em tese, admitem subsunção da conduta da roleta-russa do sexo	42
4.2.1	<i>Homicídio na modalidade tentada</i>	42
4.2.2	<i>Perigo de contágio de moléstia grave</i>	45
4.2.3	<i>Lesão corporal gravíssima</i>	46
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	50
	REFERÊNCIAS	52

1 INTRODUÇÃO

Difundida amplamente em paralelo às chamadas “barebacking parties”, a roleta-russa do sexo surgiu em São Francisco, EUA, e atualmente vem se propagando como “uma fuga à monotonia sexual”.

Neste tipo de festa, uma porcentagem dos participantes é possuidor de uma doença venérea grave e na prática das orgias sexuais os demais integrantes “brincam de atirar no escuro”, imergindo na possibilidade de serem “carimbados” com a doença.

O sexo acende uma possibilidade a uma vida criativa, haja vista que o fetiche pelo desconhecido atrai de uma forma ludibriante. Destarte, a relação sexual canaliza emoções fazendo surgir os desejos, que é o fundamento das nossas paixões.

Nesse contexto, a propagação das participações na roleta-russa do sexo, possui um grande liame com os anseios aventureiros dos desejos reprimidos pela sociedade. Desse modo, as pessoas buscam no campo da emoção extravasar os seus instintos humanos.

Diante da ampla difusão destas “brincadeiras sexuais”, surgiram preocupações de profissionais da saúde, militantes contra a disseminação do HIV e grupos que atuam frente ao movimento LGBT.

Outrossim, emerge necessidade da imposição do poder estatal tornar mais rígida a punição para os “carimbadores”, analisando com mais detalhamento a sanção penal aferida a tal prática, haja vista a gravidade das condutas difundidas em tais “festas sexuais”.

Posto isso, o presente trabalho busca analisar ao longo dos seus três capítulos a punição penal aferida aos agentes que transmitem o vírus HIV de forma dolosa para outras pessoas, verificando a relação entre as liberdades individuais e o direito Penal, bem como demonstrar a necessidade de postulação na lei punindo tal prática.

Na primeira parte do presente trabalho serão expostos os princípios penais e constitucionais que são intrínsecos à prática da roleta-russa do sexo, uma vez que partindo do pressuposto da existência do cometimento de uma determinada conduta, bem como a sua tipificação como ilícito penal, a análise dos princípios, como proposição geral, torna-se de suma importância.

Já no segundo capítulo, procura-se analisar a conduta da roleta-russa do sexo à luz do ordenamento jurídico-penal brasileiro, remontando as origens da prática até a inserção do sexo e da transmissão do vírus HIV como uma forma de “diversão”. Abordando de maneira mais detida a atuação do clube do carimbo que incentiva a propagação na internet do sexo sem “capa”, criando sites onde ensinam como contaminar alguém de forma que ela não saiba, bem como na organização das festas da roleta-russa do sexo.

Ademais, ainda na segunda parte deste estudo, analisa-se a relação entre o sexo e o desejo, uma vez que a adesão dos participantes a essas festas sexuais é movida, justamente, pela busca do sexo aventureiro, incerto e excitante. Será também analisada a existência de transtorno de personalidade, haja vista a presença do prazer e da não sensação de culpa em “carimbar” outra pessoa com o vírus do HIV.

Dentro desse contexto, procura-se ainda discutir a (in)disponibilidade de bens jurídicos, como a vida e a integridade física, frente as liberdades individuais, bem como a figura do consentimento do ofendido, uma vez que os participantes consentem em participar das festas sexuais e sabem da possibilidade de serem contaminadas.

A última parte deste estudo tem como foco a teoria geral do crime e os tipos penais indicados pela doutrina e jurisprudência como adequados para tipificar a conduta da roleta-russa do sexo, onde será demonstrado o posicionamento de determinados estudiosos do direito, bem como dos nossos tribunais acerca da punição estabelecida aos “carimbadores”.

Cumprе mencionar que a temática é envolta de delicadeza, pois a interpretação errônea pode estigmatizar ainda mais as pessoas que têm o vírus do HIV, bem como alastrar condutas homofóbicas, visto que para muitos a doença está relacionada à sexualidade.

Em suma, busca-se por meio deste trabalho expor a gravidade da prática da roleta-russa do sexo, punindo de maneira mais adequada os “carimbadores”. A metodologia a ser utilizada será a pesquisa bibliográfica, dispondo de artigos científicos, monografias, além de reportagens em sites de jornal e revistas, que demonstrem a atuação dos carimbadores nas festas intituladas roleta russa do sexo.

2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E PENAIS INTRÍNSECOS À TEMÁTICA

Neste capítulo será analisada a base principiológica que integra a relação entre a punição penal e a roleta-russa do sexo, uma vez que, partindo do pressuposto da existência do cometimento de uma determinada conduta, bem como a sua tipificação como ilícito penal, a análise dos princípios, como proposição geral, torna-se de suma importância.

Em sua doutrina, fazendo uma análise acerca dos princípios e sua importância no direito penal, Prado (2015, p. 128) enfatiza:

Os princípios penais constituem o núcleo essencial da matéria penal, alicerçando o edifício conceitual do delito – suas categorias teóricas –, limitando o poder punitivo do Estado, salvaguardando as liberdades e os direitos fundamentais do indivíduo, orientando a política legislativa criminal, oferecendo pautas de interpretação e de aplicação da lei penal conforme a Constituição e as exigências próprias de um Estado democrático e social de Direito. Em síntese: servem de fundamento e de limite à responsabilidade penal.

Os princípios não são preceitos de ordem econômica ou moral, mas um esquema que se estabelecem no mundo jurídico, compondo, assim, o direito. Os princípios se inserem no nosso ordenamento jurídico por meio do processo legislativo, bem como pela atividade jurisdicional, costumes e da prática de atos negociais.

Cumprе mencionar a distinção entre princípios e regras, que segundo Ávila (2014, p. 50) se dá pelos seguintes critérios:

- a) Critério do “caráter hipotético-condicional” é relevante na medida em que permite verificar que as regras possuem um elemento frontalmente descritivo, ao passo que os princípios apenas estabelecem uma diretriz. Esse critério não é portanto, infenso a críticas.
- b) Critério do “modo final de aplicação”, embora tenha chamado atenção para aspectos importantes das normas jurídicas, pode ser parcialmente reformulado.
- c) Critério do “conflito normativo” também se constitui em um passo decisivo no aprimoramento do estudo das espécies normativas. Apesar disso, é preciso aperfeiçoá-lo. Isso porque não é apropriado afirmar que a ponderação é método privativo de aplicação dos princípios, nem que os princípios possuem uma dimensão de peso.

É notório que os princípios possuem um grau de abstratividade maior que o das normas. E, dessa maior abstratividade surge a relevância dos princípios para o mundo jurídico.

Na orbita penal, os princípios definem a base consolidada para que os legisladores tipifiquem os crimes e contravenções penais, bem como definam quais são os bens de suma importância para a sociedade que devem ser tutelados pela norma penal, uma vez que esta somente deverá ser utilizada como última solução para a resolução de uma lide social.

Assim, cumpre agora mencionar e explicitar os princípios penais e constitucionais que serviram como norte para embasar a fundamentação do presente trabalho.

2.1 Legalidade

O artigo 5º, XXXIX da Constituição Federal, estabelece que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”, que segundo Fragoso (1995) se traduz no conceito do princípio da legalidade.

Ainda, segundo este douto jurista, tal princípio seria sinônimo do princípio da reserva legal, uma vez que daquele podemos extrair esse e, ainda, o princípio da anterioridade. Entretanto, conforme a maioria dos doutrinadores, a exemplo de Sanches (2017) e Capez (2014), estes princípios não podem ser analisados como sinônimos, uma vez que o princípio da legalidade é mais amplo que o da reserva legal, sendo um gênero e o outro espécie.

O princípio da legalidade trata-se, portanto, de uma limitação do poder do Estado para interferir na esfera das liberdades individuais, sendo por isso justificada sua inclusão como um dos princípios intrínseco na CF/88 como um direito e garantia fundamental.

Segundo Moraes (2006, p. 75), tal princípio é um mandamento de suma importância no Estado Democrático de Direito, servindo como marco da imperatividade da lei. Vejamos:

Conforme salienta Celso Bastos e Ives Gandra Martins, no fundo, portanto, o Princípio da legalidade mais se aproxima de uma garantia constitucional do que de um direito individual, já que ele não tutela, especificamente, um bem da vida, mas assegura ao particular a prerrogativa de repelir as injunções que lhes sejam impostas por uma ou outra via que não seja a lei, pois como já afirmava Aristóteles, “a paixão perverte os magistrados e os melhores homens: a inteligência sem paixão- eis a lei”.

Assim, com a preponderância, imperatividade e necessidade das leis, entende-se que não pode existir crime sem que haja a perfeita correspondência entre a conduta que foi praticada e a previsão legal.

Portanto, cabe à lei a função de definir o crime, formando condições para que os agentes tomem conhecimento das consequências penais quando ocorrer alguma prática delituosa.

Cumprido mencionar ainda, que isso decorre de outro princípio inerente ao da legalidade, o da taxatividade. Ou seja, uma vez que é impossível a existência de um crime sem lei que o defina, tomamos como liame que só poderá haver crimes nas hipóteses que estejam de forma taxativa previstas na lei. Assim como preleciona Capez (2014, p. 70):

Como só há crime quando presente a perfeita correspondência entre o fato e a descrição legal, torna-se impossível sua existência sem a lei que o descreva. Conclui-se que só há crime nas hipóteses taxativamente previstas na lei.

Desse modo, o princípio da legalidade além de ser o marco do estado democrático de direito é também de suma importância para a análise da conduta delituosa frente aos agentes.

2.2 Culpabilidade

Princípio não expresso na Constituição Federal de 1988, a culpabilidade é um corolário do Princípio da dignidade humana, haja vista a impossibilidade da responsabilização penal de forma objetiva.

Nesse sentido dispõe Nucci (2013, p. 69):

O princípio da culpabilidade encontra-se previsto de maneira implícita na Constituição, justamente porque não se pode, num Estado Democrático de Direito, transformar a punição mais gravosa que o ordenamento pode impor (pena) em simples relação de causalidade, sem que exista vontade ou previsibilidade do agente.

A culpabilidade é a possibilidade de se considerar alguém culpado pela prática de uma infração penal. Desse modo, ela é considerada como um juízo de censurabilidade sobre alguém que cometeu um ato típico e ilícito.

Tal princípio remonta ao brocardo "*Nullun Crimen sine culpa*", ou seja, a ninguém será imputado uma conduta criminosa sem a análise da reprovabilidade desta conduta. Nesse sentido enfatiza Jesus (2015), que a pena só pode ser

imposta a quem agindo com dolo ou culpa, e merecendo juízo de reprovabilidade, cometeu um ato típico e antijurídico.

Visando a análise do juízo de reprovação da conduta, bem como o afastamento da responsabilidade objetiva, o Código Penal (decreto Lei nº 2848/40) adotou a responsabilidade subjetiva em seu artigo 18. Vejamos:

Art. 18 - Diz-se o crime:

Crime Doloso

I – doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo;

Crime Culposo

I – culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia.

Parágrafo único - Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente.

Assim, o principal objetivo do princípio da culpabilidade é o afastamento da responsabilidade objetiva, não permitindo que ao aferir a conduta criminosa não seja feita um juízo de reprovabilidade seja no âmbito pessoal ou social.

2.3 Dignidade da pessoa humana

Dentro da abstratividade do mundo jurídico está situada a dignidade humana, haja vista a sua difícil conceituação e alto grau de abrangência. Seu sentido foi sendo lastreado como um valor inerente ao ser humano, sendo então posterior a existência do homem.

Nesse diapasão, podemos afirmar que o princípio da dignidade humana é um atributo inerente ao homem, não existindo uma época em que o homem esteve separado de sua dignidade.

Superando essa abstratividade, Plácido e Silva (2014, p. 90) consignam que:

Dignidade é a palavra derivada do latim *dignitas* (virtude, honra, consideração), em regra se entende a qualidade moral, que, possuída por uma pessoa serve de base ao próprio respeito em que é tida: compreende-se também como o próprio procedimento da pessoa pelo qual se faz merecedor do conceito público; em sentido jurídico, também se estende como a dignidade a distinção ou a honraria conferida a uma pessoa, consistente em cargo ou título de alta graduação; no Direito Canônico, indica-se o benefício ou prerrogativa de um cargo eclesiástico.

Assim, esse embasamento moral referido pelo autor cria um direcionamento a ser seguido pelo homem, limitando-o na sua forma de pensar e de agir. Ou seja, torna-se um balizador das condutas seguidas pelos seres humanos.

Segundo Comparator (2016), o princípio da dignidade humana deve ser analisado em dupla face, uma vez que resta um tratamento digno para o autor do crime, bem como a análise na ótica da vítima que se desenvolve como o elo mais frágil na relação crime e conduta delituosa.

Analisando pelo lado da vítima, o aumento da violência na sociedade e a ampliação de condutas que ensejam uma violação à dignidade humana, faz-se necessário que o direito penal passe a abarcar novas condutas como delituosas, visto que há situações em que o ser humano é relegado à condição de coisa, passando a ser mero objeto.

Nesse sentido, preleciona Calhau (2003, p. 03):

Não podemos aceitar que a vítima criminal continue a ser massacrada, muitas vezes, pela omissão das autoridades públicas. Verifica-se que, na maioria das vezes, a vítima é uma desamparada. Infelizmente, as condições de atendimento das delegacias de polícia e nos fóruns acarretam um segundo sofrimento para aqueles que sofreram a ação criminosa. A polícia não seguiu, como instituição, o crescimento social. E o que é mais grave, nessa busca de tentar estancar a violência, que são profundas e complexas, o poder policial rompeu com freios da discricionariedade e do respeito aos direitos fundamentais e, no seu agir arbitrário, está vitimizando as mais diversas pessoas.

Deste modo, é necessário uma análise mais aprofundada da dignidade da pessoa humana, criando assim um potencial legislativo capaz de abarcar todas as condutas que geram um dano irreparável para a vítima.

2.4 Lesividade

Buscando a legitimação do Estado Democrático de Direito foi surgindo o princípio da lesividade. Este princípio enfatiza que o direito penal só deverá punir a conduta que cause lesão ou ameaça a um bem jurídico penalmente tutelado, uma vez que o direito penal não visa punir meros dissabores sociais.

Cumprе mencionar, que o mero dissabor social é compreendido como um aborrecimento que não viola os direitos individuais dos seres humanos, gerando somente um mero desconforto, incapaz de repercutir na esfera íntima dos agentes.

Podemos citar, como exemplo, o requerimento de determinada parcela social pela condenação da homossexualidade.

Segundo Sanches (2017, p. 90), o princípio da lesividade deve ser analisado levando em consideração o lado valorativo e a imperatividade. Vejamos:

O aspecto valorativo da norma fundamenta o injusto penal, isto é, só existe crime quando há ofensa concreta a esse bem jurídico. Daí se conclui que o crime exige, sempre, desvalor da ação (a realização de uma conduta) assim como desvalor do resultado (afetação concreta de um bem jurídico). Sem ambos os desvalores não há injusto penal (não há crime).

Desse modo, o princípio da lesividade não se destina somente ao legislador, mas também ao aplicador da norma ao caso concreto, analisando o perigo de lesão ao bem jurídico protegido.

Outrossim, cumpre mencionar que o princípio da lesividade também é de grande influência na definição de novas normas incriminadoras, haja vista que, analisando pelo âmbito do grau de lesividade que aquela conduta pode causar, será definido novos tipos penais incriminadores. Destarte, uma vez analisada a conduta social e visualizada o seu alto grau de periculosidade para a sociedade, faz-se necessário a definição de um novo tipo penal.

2.5 Adequação Social

Intrínseco à teoria do delito penal, o princípio da adequação social corrobora que uma determinada conduta, mesmo que esteja inserida em determinado tipo penal, se houver uma adequação aos costumes e aceitação social, o direito penal não poderá punir aquele agente que pratique esta conduta.

Prado *apud* Greco (2015, p. 105) preleciona:

A teoria da adequação social, concebida por Hans Welzel significa que apesar de uma conduta se subsumir ao modelo legal não será considerada típica se for socialmente adequada ou reconhecida, isto é, se estiver de acordo com a ordem social da vida historicamente condicionada.

O princípio da adequação social passou a ganhar forças no direito penal com as teorias de Hans Welzel, tal pesquisador enfatizava a existência condutas que são aceitas socialmente, uma vez que a sociedade é cerceada de dinamicidade, desse

modo, não há necessidade do direito penal punir um fato, que mesmo sendo típico, é aceito socialmente, não gerando repulsa social, a exemplo das tatuagens.

Outrossim, resta mencionar que este princípio exerce uma dupla função na seara penal, sendo em primeiro uma forma de restrição da abrangência do tipo penal, limitando a interpretação, bem como a aplicação do tipo penal ao caso concreto. E em segundo, dirigido exclusivamente ao legislador, o princípio da adequação social seleciona para o legislador aquilo que é mais importante, visando proteger bens que são de suma importância para a sociedade.

2.6 Intervenção mínima

Semelhante ao princípio da adequação social, o da intervenção mínima aduz que o direito penal só deverá interferir na esfera social quando houver uma grave ameaça a um bem jurídico importante para a sociedade. Disto decorre o fato do direito penal ser considerado *ultima ratio*, ou seja, quando, em análise ao caso concreto, não for possível a aplicação de outro ramo do direito, será recorrido ao ramo penal.

Nesse diapasão, Roxin *apud* Greco (2015, p. 83) faz a seguinte reflexão:

(...) O Direito Penal é, inclusive, a última dentre todas as medidas protetoras que devem ser consideradas, quer dizer que somente se pode intervir quando falhem outros meios de solução social do problema – como a ação civil e (...) sanções extrapenais. Por isso se denomina a pena como a 'ultima ratio da política social' e se define sua missão como proteção subsidiária de bens jurídicos.

E, assim como o princípio da adequação social, a intervenção mínima possui dois aspectos. A primeira destina-se ao legislador, que na sua função típica de criar normas, definirá os bens mais importantes a serem resguardados pelo direito. Já a segunda, compreende a adequação do legislador a fatos que antes eram considerados penalmente puníveis pela sociedade, mas com o passar dos tempos se tornaram bens protegidos por outros ramos do direito.

Levando em consideração este princípio e sua consonância com a temática, cabe mencionar a existência da hiperinflação legislativa, ou seja, o aumento de casos a serem tutelados pelo direito penal acaba gerando a criação de tipos penais que não satisfazem a proteção dos bens jurídicos tutelados, sendo estes inseridos

em tipos penais que não resguardam por completo bens de extrema importância para a sociedade.

Assim, ao invés de conduzir a situação para uma falsa análise, bem como tutela errônea da solução dos conflitos, o legislador, com o uso do princípio da intervenção mínima, deverá analisar o surgimento do problema e tipificá-lo de forma eficaz, correspondendo com a gravidade do dano causado pela sua prática.

2.7 Igualdade

Este princípio foi consagrado pela Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, I:

Art. 5º (...)

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

O princípio da igualdade também é comumente referido como princípio da isonomia, que é fundamentado no fato de que todos os seres humanos nascem iguais, merecendo tratamento isonômico.

O conceito de igualdade está intrinsecamente ligado ao sentimento de justiça, haja vista que a essência do senso comum de justiça condiz com a busca de uma igualdade entre todos. Esta igualdade deve ser analisada sob dois primas, formal e material.

A igualdade formal refere-se ao fato de que todos são iguais perante a Lei, não havendo um privilégio de uma classe sobre a outra, sendo vedada a diferenciação em relação a sexo, raça, religião, classe social, assim como dispõe o art. 3º da CF/88.

Já a igualdade material, ganha fundamento no fato de que existem pessoas inseridas em uma situação diferente, merecendo um tratamento a parte, tratando, desse modo, igualmente os iguais e desigualmente os desiguais. É a concretização da igualdade formal no plano da realidade social.

No que se refere à análise do princípio da igualdade no âmbito penal, Capez (2014, p. 95), em seu curso de direito penal, leciona:

As partes devem ter, em juízo, as mesmas oportunidades de fazer valer suas razões, e ser tratadas igualitariamente, na medida de suas igualdades, e desigualmente, na proporção de suas desigualdades. Na execução penal e no processo penal, o princípio sofre alguma atenuação pelo, também constitucional, princípio *favor rei*, postulado segundo o qual o interesse do acusado goza de alguma prevalência em contraste com a pretensão punitiva.

A seletividade no direito penal é alvo de severas críticas social, visto que há condutas e agentes que merecem uma punição mais agravada, mas pela legislação penal, ferindo o princípio da igualdade material, são postulados penas distintas, bem como a inserção em tipos penais que abrandam a conduta do agente.

Desse modo, além de ofender a constituição, a violação desse princípio fere a essência do ser humano e o senso de justiça pela sociedade.

2.8 Proporcionalidade

Considerado um dos princípios mais importante no direito penal, bem como na reafirmação do Estado Democrático de Direito, o princípio da proporcionalidade impõe uma proteção aos direitos dos indivíduos, não permitindo interferências estatais desnecessárias que causem graves danos.

Dentro do sistema penal este princípio desempenha a função de orientar na criação dos tipos penais incriminadores guardando, assim, uma semelhança com os princípios da razoabilidade e da intervenção mínima.

Outrossim, o princípio da proporcionalidade fundamenta a diferenciação nos diversos tipos penais estabelecendo, também, uma limitação ao legislador na tipificação de bens que merecem ser resguardados no âmbito penal.

Segundo Montesquieu (2000, pág. 36), “toda pena que não derive da necessidade absoluta, é tirânica”. A pena é resultado de um processo seletivo feito pelo legislador dos bens que, uma vez violados, ferem gravemente a integridade humana e social.

Nesse sentido, Rabelo (2009, p. 01) afirma:

Uma pena adequada é uma pena idônea para a realização dos fins a que se propõe. Nesse sentido, será adequada aquela pena que atua na prevenção do crime, bem como na sua repressão, de modo proporcional e justo. A *adequação* representa a compatibilidade entre o meio e fim pretendido, razão pela qual muitas vezes é chamada de idoneidade ou conformidade, e determina, basicamente, que o meio de restrição ao direito fundamental deve ser apropriado para atingir o fim perseguido.

Assim, o princípio da proporcionalidade se tornou em um limitador da função estatal, impondo que seja levada em consideração a gravidade da conduta para a sua tipificação penal.

2.9 Responsabilidade pessoal

Previsto na constituição como uma garantia fundamental, o princípio da responsabilidade pessoal está previsto no art. 5º, XLV:

Art. 5º (...)

XLV – Nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido.

O princípio da responsabilidade configura, portanto, que a pena não pode passar da pessoa que foi a causadora do fato que gerou o ilícito penal, independentemente de qual pena foi estabelecida, seja ela privativa de liberdade, restritiva de direito ou multa.

2.10 Responsabilidade subjetiva

No direito penal, praticamente não existe mais a figura da responsabilidade objetiva, uma vez que o agente causador do dano penal só poderá ser responsabilizado quando aferida sobre sua conduta uma análise subjetiva da existência de culpa ou dolo.

Esta análise está intrinsecamente ligada ao caráter democrático do direito penal, que pressupõe uma responsabilidade do indivíduo somente quando decorram de sua vontade.

Nesse diapasão, Grain (2017, p. 01), analisando o posicionamento do STF acerca deste princípio, informa que:

O crime ou a responsabilidade penal deixaram de ser um mero ato de causalidade. Foi Welzel quem trouxe ao ordenamento a percepção de que não há conduta humana desprovida de vontade final, ajustando a teoria do crime, realocando o estudo do dolo e da culpa para o fato típico, especificamente, na conduta. A partir de então, conduta é mais do que um movimento muscular corporal (ação) e passa a ser entendida como a ação dotada de vontade final.

Assim, quando estamos diante do cometimento de uma prática que configura um ilícito penal, faz-se necessário analisar o caráter subjetivo do agente, uma vez que uma das fases da análise do crime está a culpabilidade, e estando esta ausente, não será o agente punido pelo ato praticado.

2.11 Exclusiva proteção dos bens jurídicos

Definidor da função do direito penal, o princípio da exclusiva proteção dos bens jurídicos tutela os limites da atuação estatal na definição das condutas humanas que serão tuteladas pelo direito penal.

Nessa perspectiva, a teoria dos bens jurídicos, estabelece limites na atuação estatal, como enfatiza Gomes (2016, p. 02):

- (a) o primeiro é de natureza *indicativa*, é dizer, em decorrência do princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos, hoje se reconhece (indicativamente) que somente os bens existenciais (individuais ou supra-individuais) mais importantes para o ser humano, é dizer, os que são *indispensáveis* para o desenvolvimento da sua personalidade, merecem ser contemplados em uma norma como objeto de proteção (e, por conseguinte, da ofensa) penal;
- (b) o segundo é de caráter *negativo*, no sentido de que estamos em condições de afirmar, com boa margem de segurança, ao menos quais bens *não podem* ser convertidos em objeto da tutela (e da ofensa) penal: a moral, a ética, a religião, a ideologia, os valores culturais como tais etc.

Esses limites impõem ao legislador, portanto, a seletividade da escolha dos bens jurídicos mais importantes que mereceram o respaldo da norma penal, afastando valores que nela não devem estar inseridos, como a moral e a religião.

Desse modo, o princípio da exclusiva proteção dos bens jurídicos, pressuposto do direito penal democrático, apresenta-se como limitador do *jus puniendi*, estabelecendo quais bens serão tutelados na órbita penal.

2.12 Bagatela

O princípio da bagatela ou da insignificância tutela que o direito penal não deve resguardar condutas que são incapazes de lesar o bem jurídico. Este princípio tem grande relação com o princípio da intervenção mínima, uma vez que a interferência estatal deve ser sempre mínima na esfera dos direitos dos cidadãos.

Os nossos tribunais têm fixados critérios para a aplicação deste princípio. São eles:

- a) mínima ofensividade da conduta;
- b) a ausência de periculosidade social da ação;
- c) o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento
- d) a inexpressividade da lesão jurídica (HC 92.463 e HC 92.961 no STF e Resp 1084540 no STJ).

O princípio em tesilha, portanto, deve ser aplicado quando analisado o caso concreto, cabendo essa função ao magistrado, que irá analisar o desvalor do resultado da conduta praticada.

A análise, única e tão somente, do nível de lesão sofrida, para aplicação do princípio da insignificância, deve ser feita quando evidentemente e inquestionavelmente ínfima a lesão, em hipóteses como a subtração de um sabonete, uma caixa de bombom, etc.

Assim, a aplicação do princípio da insignificância está ganhando espaço no estudo do Direito Penal, especialmente, quando nos confrontamos com delitos de maior gravidade que exigem uma atuação estatal efetiva para garantia da paz pública e da ordem social.

3 ROLETA-RUSSA DO SEXO: UMA ANÁLISE DA CONDUTA À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO-PENAL BRASILEIRO.

Diante da crescente propagação das festas intituladas roleta-russa do sexo, emerge a necessidade de analisarmos com mais detalhamento a marginalização da punição penal aferida a tal prática, haja vista a gravidade das condutas difundidas em tais “festas sexuais”.

Passemos a analisar mais detalhadamente as nuances da roleta-russa do sexo.

3.1 A Roleta-russa e suas várias formas

A roleta russa surgiu nos Estados Unidos como um jogo divertido, em que se tinha uma arma apontada para a cabeça de um dos participantes, contendo nesta arma uma bexiga, e ao apertar o gatilho se a bexiga estourasse você morreria e estaria eliminado do jogo.

No entanto, conforme Butov (2015, p. 01), a expressão “roleta- russa” surgiu em 1937, tendo sua primeira conceituação na revista “Collier’s Weekly”, em que citava a prática como uma forma de diversão dos soldados que estavam em missão.

Apesar da conceituação tardia, a prática já estava presente desde meados de 1917, conforme relato de uma conversa entre soldados alemães e Romenos, conforme ensina o mesmo autor:

Quando tudo em volta estava desmoronando, os oficiais russos achavam que estavam perdendo, além de prestígio, dinheiro, família e o país, também sua honra perante os aliados. Alguns deles, em qualquer lugar – à mesa, num café, entre amigos– sacavam de repente um revólver, tiravam um cartucho do tambor, giravam o cilindro, apontavam o cano para sua cabeça e apertavam o gatilho. A probabilidade de haver um disparo e miolos do oficial se espalhassem era de 5 chances de 6. Algumas vezes acontecia, outras não. (BUTOV, 2015, pág. 02)

Para Butov (2015, Pág. 01):

A roleta-russa é um jogo de morte com o uso de um revólver. Do tambor é tirado um cartucho (ou vários), o cilindro é girado de modo que a localização da bala fica desconhecida, a arma é apontada por um jogador para a própria cabeça e é dado um tiro. A julgar pelo nome, a origem do jogo parece ser clara. No entanto, tudo começou com uma revista publicada longe da Rússia.

Dessa forma, a prática da roleta-russa se alastrou por diversos países conquistando múltiplos adeptos.

Entretanto, as modificações perigosas da roleta-russa não atingiram o seu ápice, pois atualmente está crescendo gradativamente a prática de festas intituladas como roleta-russa do sexo, em que um percentual dos participantes está infectado com o vírus do HIV e o objetivo é “carimbar” outras pessoas com a doença.

Nestes tipos de festas os donos dos locais são os únicos a saber quem está infectado, pois todos os participantes, geralmente, são mascarados e recebem uma pulseira com determinada cor, que ao final das orgias sexuais ganharão um significado.

Esta prática teve seu início com as chamadas Bareback, que são festas em que os participantes estão proibidos de se relacionarem sexualmente com o uso de camisinhas.

No Brasil, o termo Bareback surgiu oficialmente em 2002, quando os profissionais de saúde fizeram uma publicação em uma revista alertando a população sobre a prática, haja vista o seu retrocesso na luta contra o HIV.

Em seu livro *O Sexo Nu*, Felberg (2015, p. 41), reproduz alguns trechos da matéria publicada pelos médicos na época. Vejamos:

Médicos e cientistas têm um novo inimigo na luta contra a disseminação da AIDS. Ele se chama Barebacking, uma expressão que pode ser traduzida como “cavalgada sem sela” e define o comportamento das pessoas que se expõem voluntariamente a relacionamentos de alto risco, sem nenhuma proteção, para unir ao prazer sexual a adrenalina do perigo. Definimos como uma prática de tendências autodestrutivas semelhantes às que são diagnosticadas em suicidas, dependentes de heroína e necrófilos, o barebacking se tornando perigosamente popular (...).

Assim, espalhados em sites, blogs, saunas e casas de sexo, grupos de pessoas passaram a difundir o HIV como forma de prazer.

3.1.1 Clube do carimbo

O clube do carimbo é um grupo formado por pessoas, que se reúnem para a realização de orgias sexuais, com o intuito de transmitir o vírus do HIV de forma intencional.

O clube incentivou a grande propagação na internet do sexo sem “capa”, pois com as redes sociais se tornou mais fácil, e prático, marcar os encontros sexuais,

bem como mais eficaz na divulgação do clube e de seus pupilos, pois foram criados sites ensinando como contaminar alguém de forma que ela não saiba, ensinando desde a perfuração da embalagem da camisinha até táticas para convencer o parceiro de realizar o sexo sem camisinha.

Nesse conteúdo, o infectologista Luciano Ribeiro (2016, p. 01) leciona:

Os jovens usam além da balada em boates, em festas sigilosas em que acontece a roleta russa, as “conversion parties” em que entre os convidados existem os “bug chasers” (caçadores de vírus) e os “gift givers” (presenteadores do vírus), que são os soropositivos dispostos a contaminar propositalmente ou com consentimento. Tudo em busca de uma adrenalina que não passa de uma ilusão. A juventude parece desconhecer os riscos e a gravidade da doença e isso pode voltar a se tornar uma epidemia.

Os chamados “carimbadores” adotam a máxima que se todas as pessoas tiverem o HIV, ela não será mais um problema social. Dessa forma passam a difundir, principalmente nas redes sociais, a prática de relações sexuais sem o uso de camisinha pelos portadores do vírus HIV.

Se alastrando por todo o Brasil, a prática do clube do carimbo vem ganhando diversos adeptos, principalmente pelo prazer e adrenalina que muitas pessoas têm de ter relações sexuais sem camisinha.

Ademais, grande parte dos carimbadores passa a difundir o vírus HIV pela não aceitação da doença ou pela revolta por ter sido infectado em uma relação que tinha de confiança com o seu parceiro ou parceira.

E, ainda, há alguns que se tornam carimbadores por questões financeiras, uma vez que nas festas intituladas roleta russa do sexo, os donos das casas de show e de saunas contratam portadores do vírus HIV para ser a “atração” das festas.

3.1.2 O sexo e o desejo

Do abominável ao prazer, o sexo está se tornando um tema amplamente discutido na sociedade, visto que durante muito tempo no ato sexual só uma única posição era permitida: papai-e-mamãe.

Segundo Navarro (2013, p. 01), “no século 15, havia a crença de que quando as mulheres ficavam por cima do homem enlouqueciam, e se ficassem na posição de quatro, os filhos nasceriam aleijados”. Hoje está mais difícil acreditar nisso, mas o sexo como algo perigoso ficou no inconsciente de todos.

O desejo pelo sexo perigoso não é algo novo, mas atualmente a ideia do incerto e do perigo constante atraem cada vez mais adeptos de práticas sexuais arriscadas, que põem o desejo acima da razão.

Nesse contexto, Navarro (2013, pág. 01) trás em seu blog o depoimento de uma de suas leitoras em que fica clara a busca incessante pelo sexo perigoso:

Sou casada há oito anos; meu marido se diz tarado por mim e ultimamente vem me provocando com ideias de curtir certas fantasias, tipo um ménage (eu, ele, e outra mulher bonita e loira). Achei a proposta tentadora e sempre que transamos fico imaginando a cena e a vontade cresce. Tenho sonhado muito com o sexo a três. Chego ao ponto de acordar excitada. Mas tive uma educação familiar religiosa, costumo ler a Bíblia e tenho pânico de ofender ao meu Deus. Também não sei se valeria a pena, tenho medo do dia seguinte. De vez em quando meu marido tem vontade de me ver com outro, e fico excitada em imaginar ele com uma mulher bonita que o deseje de verdade. Não sei se na hora teria ciúme, mas que eu tenho vontade tenho. Na verdade gostaria de ter certeza de que todas essas fantasias não são pecado ou apenas apimentariam meu casamento — quando curtidas de vez em quando, não gostaria que fosse freqüente.

Ademais, o fetiche pelo desconhecido atrai de forma ludibriante, levando as pessoas a colocarem em jogo a razão, perdendo esta e entrando em cena o desejo sexual e a excitação momentânea, algo que encanta e seduz, livrando o ser humano da monotonia diária.

Nesse diapasão, Foucault (2001, pág. 20) cita:

Porque é o mais violento dentre todos os prazeres, porque é mais custoso do que a maior parte das atividades físicas, porque diz respeito ao jogo da vida e da morte, [o prazer sexual] constitui um domínio privilegiado para a formação ética do sujeito: de um sujeito que se deve caracterizar por sua capacidade de dominar as forças que nele se desencadeiam, de guardar a livre disposição de sua energia, e de fazer de sua vida uma obra que sobreviverá além de sua existência passageira.

Na roleta russa do sexo, o que atrai os participantes é justamente a busca pelo sexo aventureiro, o incerto e excitante. A adrenalina de correr o risco de ser infectado instiga, seduz, e torna os indivíduos reféns de uma prática que poderá custar caro.

3.2 Transtorno de personalidade antissocial

Transtorno de personalidade antissocial é uma condição em que a pessoa tem pensamentos e atitudes disfuncionais. Essas pessoas tendem a “abusar” das outras para ter algum proveito material ou para si próprio.

No geral as pessoas com transtorno de personalidade antissocial não distinguem entre certo e errado, e não levam em consideração os direitos, desejos e sentimentos dos outros. Por este motivo, os pesquisadores da área entram em divergência se o transtorno seria o mesmo que a psicopatia, conforme a psiquiatra Mello (2016).

Analisando neste aspecto a mesma autora, coordenadora da equipe de psiquiatria do Instituto de Infectologia Emílio Ribas, de São Paulo, enfatiza que transmitir de forma proposital o vírus do HIV ou expor de forma consciente o outro à contaminação configura-se um transtorno psiquiátrico, embora segundo ela sejam casos raros, conforme artigo publicado.

O que podemos perceber é que com o crescimento das festas intituladas Roleta-russa do sexo e estes posicionamentos da psiquiatria acerca destes “carimbadores”, tem-se uma linha muito tênue da distinção entre a euforia do desejo e o distúrbio de personalidade.

3.3. A função do Estado na proteção dos Direitos Fundamentais e uma análise sobre a possibilidade de disponibilidade pelos indivíduos

Os valores intitulados de bens jurídicos penais, como a integridade física e a vida, são de suma importância para os indivíduos, bem como para a coletividade, cabendo, assim, ao Direito Penal tutelar tais bens a fim de resguardar os direitos inerentes aos indivíduos.

Antes de adentrarmos no assunto, cumpre mencionar a teoria geral dos direitos fundamentais, especificamente sobre o direito fundamental à vida e a integridade física.

3.3.1. Dos Direitos e garantias fundamentais como bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal

Direito, em sua acepção clássica, seria a disposição meramente declaratória que imprime existência legal ao direito reconhecido, conforme preleciona Bahia

(2012, p. 10). Já as garantias, referem-se ao direito dos cidadãos de exigir do poder estatal a proteção dos seus direitos.

Segundo Silva (2012, p. 187), em sua teoria bipartida, as garantias constitucionais se dividem em gerais e específicas, sendo as primeiras aquelas que vêm convertidas em normas constitucionais que vedam a violação dos direitos, garantindo a sua efetividade. Diferentemente das específicas, que são as instrumentalizadoras do exercício do direito, fazendo a sua aplicação no mundo prático.

No que se refere à titularidade, Bahia (2017, p. 104) enfatiza:

De acordo com o artigo 5º, caput, são destinatários dos direitos fundamentais os brasileiros e os estrangeiros residentes no Brasil, ou seja, literalmente, a Constituição de 1988 não adotou o sentido do universalista na defesa dos direitos fundamentais. Entretanto, não há dúvidas de que a interpretação gramatical do texto não encerra toda a essência da norma, pois, segundo orientação da doutrina e da jurisprudência, todas as pessoas naturais, independente de sexo, idade, nacionalidade ou de quaisquer outros fatores de discriminação, também possuem os seus direitos fundamentais garantidos.

Nesse sentido, a proteção estatal se dá com a postulação de leis penais que atingem aqueles que violam tais bens jurídicos, pois apenas criar um caráter proibitório não se torna suficiente para que os indivíduos se comportem de acordo com a norma penal.

É necessário ir além, criando a imposição de sanções para aqueles que violam os preceitos primários penais. Assim como preleciona Magno (2016, p. 01):

Apenas proibir ou exigir não é suficiente para que as pessoas se comportem de acordo com a norma penal. Para que isso seja possível, é preciso que o descumprimento tenha como consequência uma sanção, isto é, um mal à pessoa que descumpriu a norma. Várias são as sanções previstas em nosso ordenamento jurídico: temos desde a proibição de frequentar determinados lugares até a pena de morte (para crimes militares em tempo de guerra).

Assim, a proteção aos direitos fundamentais, bem como a sua efetivação, é de suma importância para a manutenção da estrutura do Estado Democrático de Direito.

Analisar-se-á a seguir alguns dos principais direitos fundamentais, cuja proteção estatal se expressa através da tutela do direito penal brasileiro e que guardam forte relação com o tema aqui estudado.

3.3.1.1. Do Direito à vida

Previsto no artigo 5º da CF/88, o direito a vida é o bem mais relevante de todo ser humano, uma vez que a existência humana é o pressuposto elementar de todos os demais direitos dispostos na Constituição Federal, a qual assegura que:

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

Em decorrência desse princípio é vedada a pena de morte, salvo em caso de guerra declarada, assim como prevê a CF/88, bem como também é a garantia de uma vida digna, garantindo as necessidades básicas do ser humano e proibindo qualquer tratamento indigno, assim como preleciona Lenza (2015).

Nesse diapasão, o direito a vida é um direito essencial, não podendo o seu titular dispor da forma que lhe convier, cabendo ao Estado dar essa proteção.

3.3.1.2. Do Direito à integridade física

A integridade pessoal está inserida na concepção dos direitos humanos fundamentais, uma vez que permite ao ser humano exercer a sua liberdade de ir e vir com segurança.

Visando resguardar tal bem, o direito penal estabeleceu tipos penais específicos que violam a integridade física, dando a ela a sua devida importância.

Nesse sentido, Moretti (2006) em seu artigo sobre a proteção da integridade corporal enfatiza:

O direito deve proteger bens jurídicos, bens estes entendidos como essenciais ao indivíduo e a sociedade. De acordo com o grande penalista alemão Claus Roxin bens jurídicos são pressupostos imprescindíveis para a existência em comum, que se caracteriza numa série de situações valiosas, como por exemplo, a vida, a integridade física, a liberdade de atuação, ou a propriedade, que toda a gente conhece, e, na sua opinião, o Estado social deve também proteger.

Assim, tem-se que o objeto da tutela penal, em crimes como lesão corporal, é a integridade física ou fisiopsíquica do indivíduo. A inteligência, bem como as demais atividades funcionais do cérebro compõem o bem jurídico que se atinge com

a prática das lesões corporais, pois correspondem à atividade funcional de um dos órgãos mais importantes do corpo humano, que é o cérebro.

3.3.2. Da (In)disponibilidade dos direitos fundamentais: uma análise à luz da hermenêutica jurídica atual

Todo ser humano nasce com direitos e garantias fundamentais, sendo alguns desses direitos criados pelos ordenamentos jurídicos de cada Estado, outros criados através de uma manifestação de vontade dos indivíduos, e outros são apenas reconhecidos no âmbito do legislativo.

Martins (2006), sobre os direitos fundamentais, conceitua:

Os Direitos Fundamentais, ou Liberdades Públicas ou Direitos Humanos é definido como conjunto de direitos e garantias do ser humano institucionalização, cuja finalidade principal é o respeito a sua dignidade, com proteção ao poder estatal e a garantia das condições mínimas de vida e desenvolvimento do ser humano, ou seja, visa garantir ao ser humano, o respeito à vida, à liberdade, à igualdade e a dignidade, para o pleno desenvolvimento de sua personalidade. Esta proteção deve ser reconhecida pelos ordenamentos jurídicos nacionais e internacionais de maneira positiva.

Os direitos fundamentais possuem algumas características que são fonte de grande discussão jurídica, uma vez que para cada doutrinador há determinada quantidade de características.

A autora supracitada elenca as principais características citadas pela maioria dos juristas brasileiros. Vejamos:

- a- Historicidade: os direitos são criados em um contexto histórico, e quando colocados na Constituição se tornam Direitos Fundamentais;
- b- Imprescritibilidade: os Direitos Fundamentais não prescrevem, ou seja, não se perdem com o decurso do tempo. São permanentes;
- c- Irrenunciabilidade: os Direitos Fundamentais não podem ser renunciados de maneira alguma;
- d- Inviolabilidade: os direitos de outrem não podem ser desrespeitados por nenhuma autoridade ou lei infraconstitucional, sob pena de responsabilização civil, penal ou administrativa;
- e- Universalidade: os Direitos Fundamentais são dirigidos a todo ser humano em geral sem restrições, independente de sua raça, credo, nacionalidade ou convicção política;
- f- Concorrência: podem ser exercidos vários Direitos Fundamentais ao mesmo tempo;
- g- Efetividade: o Poder Público deve atuar para garantir a efetivação dos Direitos e Garantias Fundamentais, usando quando necessário meios coercitivos;

- h- Interdependência: não pode se chocar com os Direitos Fundamentais, as previsões constitucionais e infraconstitucionais, devendo se relacionarem para atingir seus objetivos;
- i- Indisponibilidade: alguns direitos não podem ser disponíveis, mesmo diante da aceitação do indivíduo em dispô-lo.
- i- Complementaridade: os Direitos Fundamentais devem ser interpretados de forma conjunta, com o objetivo de sua realização absoluta.

Desse modo, a criação dos direitos fundamentais está cercada pela evolução histórico-cultural presente em toda sociedade.

O presente trabalho centralizara a discussão na indisponibilidade dos direitos e garantias fundamentais, uma vez que é o ponto de extrema relevância para o resultado final da pesquisa.

Dentre os direitos de extrema importância para os indivíduos alguns são considerados, na ótica jurídica, como indisponíveis, ou seja, o indivíduo não pode abrir mão, como o direito à vida e a integridade física.

Buscando uma conceituação na prática jurídica brasileira, Campos (2016, p. 338) cita uma decisão do STF:

Direito individual indisponível é aquele que a sociedade, por meio de seus representantes, reputa como essencial à consecução da paz social, segundo os anseios da comunidade, transmutando, por lei, sua natureza primária marcadamente pessoal. A partir de então dele não pode dispor seu titular, em favor do bem comum maior a proteger, pois gravado de ordem pública subjacente, ou no dizer de Ruggiero “pela utilidade universal da comunidade”.

Não há direito fundamental que se possa afirmar ser absoluto. Ainda que tais direitos sejam básicos, não se moldam como absolutos e podem ser relativizados. Um exemplo desse acontecimento é quando esse direito entra em conflito com a lei, não sendo possível nessa situação dizer, *a priori*, qual direito é mais importante, uma vez que o caso concreto deve ser analisado a fim de que se chegue a uma decisão adequada.

Os direitos fundamentais são imprescritíveis – porém essa regra não é absoluta – são indisponíveis, não passíveis de renúncia, e mesmo que a doutrina considere alguns direitos como privacidade e intimidade renunciáveis, estes somente podem assim ser por determinado tempo, ainda se não se opuser contra a dignidade humana.

Desse modo, a existência de direitos fundamentais que guardem a indisponibilidade é de extrema importância para assegurar o Estado Democrático de Direito, bem como a manutenção do equilíbrio social.

3.3.3. *O consentimento do ofendido como causa de exclusão da ilicitude em razão da prática da Roleta-russa do sexo*

O consentimento do ofendido compreende o ato da vítima concordar com as lesões ou perigo de lesões ao bem jurídico do qual é titular.

Para Machado (2008, p. 01), o consentimento do ofendido pode apresentar-se, a depender do tipo penal, como causa de exclusão da ilicitude ou como de exclusão da tipicidade, conforme anuncia o autor:

- a) causa de exclusão da tipicidade: se o tipo penal exige o dissenso da vítima enquanto um dos requisitos objetivos formais necessários à completude da figura incriminadora, é claro que o válido consentimento do ofendido exclui a tipicidade. Exemplo: crimes de violação de domicílio — artigo 150 do Código Penal (se alguém permite ou tolera que terceiro ingresse em sua casa, ausente estará a tipicidade da conduta) e estupro — artigo 213 do Código Penal (se a mulher consente na relação sexual, inexistente tipicidade);
- b) causa supra-legal de exclusão da ilicitude: o consentimento do ofendido, fora essas hipóteses em que o dissenso da vítima constitui requisito da figura típica, pode excluir a ilicitude, se praticado em situação justificante. Exemplo: aquele que realiza tatuagens no corpo de terceiros pratica conduta típica de lesões corporais (art. 129 do CP), muito embora lícita, se verificado o consentimento do ofendido; aquele que inutiliza coisa de terceiro, ainda que a pedido deste pratique conduta típica de dano (art. 163 do CP), muito embora lícita, se presente o consentimento da vítima.

Assim, analisando o tipo penal ao qual a conduta ofendeu, temos a aplicação do consentimento do ofendido em uma de suas vertentes.

O estudo do consentimento é interessante ao Direito Penal, pois se trata da análise da teoria do crime com enfoque da atuação do ofendido, e parte do pressuposto de que autor e vítima se interrelacionam, através de seu agir comunicativo, para a prática delitiva. Desse modo, a responsabilidade penal do agente pode ser diminuída ou excluída, dependendo do comportamento do ofendido.

O nosso CPB em seu art. 23 estabeleceu algumas causas de exclusão da ilicitude, entretanto não deu ao consentimento do ofendido um tratamento legal expresso. Vejamos:

Art. 23. Não há crime quando o agente pratica o fato:

- I. Em estado de necessidade;
- II. Em legítima defesa;
- III. Em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

Nesse contexto, Bitencourt (2014, p.123) destaca que:

Como o legislador não pode prever todas as hipóteses em que as transformações produzidas pela evolução ético-social de um povo passam a autorizar ou permitir a realização de determinadas condutas, [...] deve-se, em princípio, admitir a existência de causas supralegais de exclusão da antijuridicidade [...]17. Portanto é imprescindível que se observe as modificações que a sociedade constantemente sofre.

Desse modo, é entendimento cediço que o consentimento do ofendido é a única causa supra legal de exclusão da ilicitude. Entretanto para que tal instituto seja aplicado é necessário que obedeça a certos requisitos, conforme aduz Magalhães (2016, p. 01):

- a) *A concordância do ofendido*: o titular do bem jurídico deve concordar com a lesão, sem vício algum de vontade, fraude, artifício ou coação.
- b) *Consentimento explícito*: o consentimento deve ser expresso de forma tácita, explícita, admitindo-se até o consentimento implícito, desde que seja possível identificá-lo. Não admite-se a figura do consentimento presumido, como ocorre com as legislações penais portuguesa e mexicana.
- c) *Capacidade para consentir*: por não haver positivação do consentimento do ofendido no texto legal, não há uma idade definida quanto à capacidade de ceder bens ou interesses próprios. Por conta disso, a doutrina optou por considerar a idade penal, de 18 anos, pois, como afirma Nucci, “aquele que tem capacidade para responder por seus atos na esfera criminal, sem dúvida, pode dispor validamente de bens ou interesses seus”. 22 No entanto, deve haver flexibilidade neste campo, tendo em vista que um adolescente de 17 anos, por exemplo, com certeza tem capacidade para discernir a respeito da perda de um bem.
- d) *Disponibilidade do bem*: para que o titular do bem jurídico em questão possa cedê-lo, é obrigatório que este – o bem jurídico – seja disponível. Significa dizer que aquele bem possui relevância somente para o próprio titular, não afetando em nada a sociedade como um todo. Observa-se, também, se tal conduta contra aquele bem jurídico não prejudica os costumes e a ética social, analisando-se, claro, a época atual, visto que os valores sociais tendem a se modificar e evoluir constantemente.
- e) *O consentimento deve ser dado antes ou durante a prática*: não admite-se que o consentimento seja dado após a realização da conduta, pois aí já consumou-se o crime, sem que tenha havido o controle ou permissão da vítima. Portanto, o consentimento deve ser dado antes ou durante a prática, do contrário configurará acolhimento do perdão.
- f) *Revogação do consentimento*: ainda que o titular do bem tenha permitido sua lesão, poderá, em qualquer tempo, revogar o consentimento, desde que a prática ainda não tenha chegado ao fim.
- g) *Conhecimento do agente*: é necessário que o agente tenha conhecimento da permissão da vítima quanto à lesão de seu bem, como acontece nas demais excludentes de ilicitude.

Assim, a ausência de previsão legal do consentimento do ofendido não impede sua utilização como uma causa supralegal de justificação. O argumento utilizado majoritariamente por aqueles que defendem o instituto é o fato da impossibilidade de se prever todas as situações concretas nas quais um crime pode ser justificado, bem como as modificações e evoluções culturais pelas quais, frequentemente, nossa sociedade passa.

4 A TEORIA DO CRIME E OS TIPOS PENAIS INDICADOS PELA DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA COMO ADEQUADOS PARA TIPIFICAR A CONDUTA DA ROLETA- RUSSA DO SEXO.

Antes de adentrarmos nos tipos penais que, em tese, poderiam ser adequados para tipificar o crime da roleta russa do sexo, cumpre mencionar os elementos intrínsecos à teoria do crime, uma vez que se mostra de grande relevância para o entendimento da temática.

4.1 A teoria geral do crime

A teoria do crime possibilita o entendimento sobre os elementos necessários para que esteja caracterizado o crime, bem como sobre os pressupostos utilizados para impor a sanção penal.

Cumpre, inicialmente, destacar a diferença entre crime e contravenção penal, que apesar de serem ontologicamente idênticos, eles possuem algumas distinções consideráveis para fins de aplicação da sanção penal, bem como para a adequação típica do fato violador das normas penais.

Segundo o Art. 1º da Lei de introdução ao código penal (DL3914/411), considera-se crime a infração penal punida com reclusão ou detenção, seja de forma isolada ou cumulativa com pena de multa. Já a contravenção penal, é a infração mais branda para a qual a lei comina, isoladamente, penas de prisão simples ou multa, ou ambas alternativa ou cumulativamente.

Aduzindo os ensinamentos de Bettiol, Greco (2015, pág. 221) preleciona:

Duas concepções opostas se embatem entre si com a finalidade de conceituar o crime: uma de caráter formal, outra de caráter substancial. A primeira atém-se ao crime *sub espécie iuris*, no sentido de considerar o crime todo fato humano, proibido pela lei penal. A segunda, por sua vez, supera este formalismo considerando o crime todo fato humano lesivo de um interesse capaz de comprometer as condições de existência de conservação e de desenvolvimento da sociedade.

Assim, atendo-nos à infração penal crime, é pertinente explicitarmos a classificação legal e doutrinária relevante para o entendimento do presente trabalho, visto que os crimes, quanto ao resultado naturalístico, podem ser material, formal e de mera conduta; quanto ao resultado jurídico, em que o crime pode ser de dano ou

de perigo; e ainda existe outra classificação interessante, para a qual o crime pode ser considerado comum, crime próprio e crime de mão própria.

O Crime material é aquele que possui um resultado naturalístico, ou seja, uma mudança no mundo físico das coisas para a ocorrência da infração penal, podendo citar como exemplo o homicídio, conforme Sanches (2017, pág. 181). No crime formal, o resultado naturalístico é possível, mas dispensável a sua ocorrência para que se consuma o crime, a exemplo da corrupção passiva, que se consuma com a mera solicitação da vantagem indevida, configurando o recebimento da vantagem mero exaurimento da conduta delituosa. Já o crime de mera conduta, é aquele em que não admite resultado naturalístico, a exemplo do crime de injúria, que é punido pela prática da mera conduta de ofensa à vítima, conforme descrito na norma penal.

Seguindo a classificação, o crime comum é aquele que pode ser praticado ou sofrido por qualquer indivíduo, pois não exige uma qualidade específica do sujeito ativo ou passivo, diferentemente do crime próprio, que exige uma característica específica, como por exemplo, os crimes praticados por funcionários públicos. Já o crime de mão própria, é aquele que só pode ser cometido por determinado indivíduo, a exemplo do falso testemunho, que não admite, sequer, a co-autoria.

Por fim, o crime de dano é aquele em que há uma efetiva lesão ao bem jurídico tutelado, e quando não há a efetiva lesão, ainda pode ser configurada a tentativa dependendo do tipo penal. Diferente do crime de perigo, em que é dispensada a efetiva lesão, configurando-se meramente pela colocação do bem jurídico em risco.

Feita essa análise inicial, cumpre também analisarmos os sujeitos, objetos e substratos da infração penal, conforme preleciona Sanches (2017, pág 176), que serão de extrema importância para a adequação típica da roleta russa do sexo nos tipos penais.

Os sujeitos do crime são divididos em ativo e passivo, sendo os sujeitos ativos aqueles indivíduos que praticam a infração penal, podendo ser pessoa física capaz e maior de 18 anos, uma vez que menores de idade cometem ato infracional, respondendo com medidas socioeducativas. Pessoa jurídica também pode ser considerada sujeito ativo de certos crimes previstos no ordenamento jurídico pátrio, a exemplo dos crimes cometidos contra a ordem econômica e financeira. Já o sujeito passivo, o que se diferencia de vítima, uma vez que estas não contemplam todos

aqueles que sofrem com o acontecido e o sujeito passivo é aquele que sofre diretamente a infração penal.

Quanto ao objeto do crime, cabe destacar que existe o objeto material e jurídico, sendo que o primeiro refere-se à pessoa ou a coisa sobre a qual recai a conduta criminosa. Já o segundo é o bem tutelado pela norma penal, conforme enfatiza Sanches (2017, pág. 179) parafraseando Fernando Almeida Pedroso:

Bem representa tudo aquilo que satisfaça uma necessidade humana ou do agrupamento, despertando um interesse individual ou coletivo a ele endereçado. Quando esse bem interessa igualmente ao mundo do Direito, que regulamenta e disciplina por meio de suas prescrições legais recebe a denominação bem jurídico. Se esta disciplina legal é porém feita a título de proteção, preservação e garantia do bem e é procedida dentro do ordenamento jurídico pelo direito penal, surge a figura do bem jurídico penalmente tutelado.

No que se refere aos substratos da infração penal, vigora o conceito analítico de crime, que conforme Sanches (2017, pág. 195) crime é um fato típico, ilícito e culpável.

Nesse diapasão, Freire (2015, pág. 20) ensina:

Não é correta a afirmação de alguns doutrinadores de que o finalismo apenas se afina com a corrente bipartida, que considera a culpabilidade como mero pressuposto de aplicação da pena. Welzel, considerado pai do finalismo, seus discípulos, bem assim os autores que introduziram a doutrina no Brasil, João Mestieri, Heleno Fragoso e Assis Toledo, entre outros, nunca disseram que o crime formava-se apenas pelo fato típico e ilícito, considerando sempre a culpabilidade como um dos seus elementos ou requisitos.

Desse modo, estando presentes o fato típico, a ilicitude e a culpabilidade, surge o direito de punir do Estado, determinando a aplicação do preceito secundário – a pena. Destarte, passemos a analisarmos os elementos constitutivos do crime.

4.1.1. Fato típico

De acordo com a dinamicidade social, alguns fatos humanos que são indesejados pelo meio social caíram na mira do direito penal, haja vista o grau de relevância da proteção de determinados bens jurídicos. Havendo, portanto, um fato humano, indesejável, consistente numa conduta que causa lesão ao bem jurídico tutelado, passa de simples fato para um fato tipicamente penal, estabelecendo a existência do fato típico.

Ao conceituar o fato típico, Sanches (2017, p. 197) enfatiza:

O fato típico pode ser conceituado como ação ou omissão humana, antissocial que, norteadas pelo princípio da intervenção mínima, consiste numa conduta produtora de um resultado que se subsume ao modelo de conduta proibida pelo direito penal, seja crime ou contravenção penal. Podendo, assim, extrair seus elementos: conduta, nexos causal, resultado e tipicidade.

Nesse sentido, resta configurado o fato típico quando ocorre uma conduta comissiva ou omissiva, consciente e voluntária, dirigida a uma determinada finalidade, ocorrendo uma modificação no mundo exterior adequando-se, assim, a determinado tipo descrito na norma penal.

4.1.2 Ilícitude

Também denominada antijuridicidade, a ilicitude compreende um dos elementos formadores do conceito analítico de crime, devendo ser analisada depois que há a adequação do fato humano ao tipo penal incriminador.

Segundo Capez (2014, p. 288), a ilicitude pode ser conceituada como:

A contradição entre a conduta e o ordenamento jurídico, pela qual a ação ou omissão típica tornam-se ilícitas. Em primeiro lugar, dentro da primeira fase de raciocínio, o intérprete verifica se o fato é típico ou não. Na hipótese de atipicidade encerra-se logo, qualquer indagação acerca da ilicitude. Se além de típico, for ilícito, haverá crime.

Cumprido ressaltar, a relação entre o fato típico e o ilícito, uma vez que segundo a teoria majoritária, a teoria da indiciabilidade, idealizada por Mayer em 1915, quando constatado que o fato é típico isso gera uma presunção, mesmo que relativa, que o fato também é ilícito.

4.1.3 Culpabilidade

O terceiro elemento caracterizador do crime é a culpabilidade, que é o juízo de reprovação que recai sobre a conduta que já foi analisada como típica e ilícita. É, portanto, um juízo relativo à necessidade de aplicação da sanção penal.

Conforme Capez (2014, p. 318), a culpabilidade pode ser definida da seguinte forma:

Quando se diz que “fulano” foi o grande culpado pelo fracasso de sua equipe e de sua empresa, está atribuindo-se-lhe um conceito negativo de

reprovação. A culpabilidade é exatamente isso, ou seja, a possibilidade de se considerar alguém culpado pela prática de uma infração penal. Por essa razão, costuma ser definida como juízo de censurabilidade e reprovação exercido sobre alguém que praticou um fato típico e ilícito. Não se trata de elemento do crime, mas pressuposto para imposição de pena, porque, sendo um juízo de valor sobre o autor de uma infração penal, não se conceba possa, ao mesmo tempo, estar dentro do crime, como seu elemento, e fora, como juízo externo de valor do agente.

Desse modo, na culpabilidade será analisada a imputabilidade do agente, a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa, para que esteja configurado existência desse último elemento formador do crime.

Analisada a teoria do delito e a aplicação da sanção penal passemos as tipificações penais que são indicadas para a punição na roleta russa do sexo.

Antes, porém, cumpre mencionar que em todas as tipificações a seguir, serão analisadas em torno da conduta genérica de transmissão do vírus HIV por pessoa que sabia ser soropositivo. Isso porque não se pode punir o agente que desconhece tal fato, por ausência do dolo em virtude da não “consciência” do agente em incorrer nos termos do tipo legal.

4.2 Tipos penais que, em tese, admitem a subsunção da conduta da roleta-russa do sexo

4.2.1. Homicídio na modalidade tentada

Visando tutelar um dos bens jurídicos mais importantes, a parte especial do nosso código inaugurou as tipificações penais elencando os crimes que atentam contra a vida. É notório que essa colocação, pelo legislador, não visou estabelecer uma hierarquia entre as normas incriminadoras ou estabelecer um grau de gravidade, mas apenas destacar a importância da matéria.

Como intróito dos crimes contra a vida, o artigo 121 do código penal preceitua que: “Art. 121. Matar alguém: Pena- reclusão de 6 (seis) a 20 (vinte) anos”.

Na busca pelo conceito de homicídio, Sanches (2017, p. 49) apud Nélon Hungria ensina que:

O homicídio é o tipo central de crimes contra a vida e é o ponto culminante na orografia dos crimes. É o crime por excelência. É o padrão da delinquência violenta ou sanguinária, que representa como que uma reversão atávica às eras primevas, em que a luta pela vida,

presumivelmente, se operava com o uso normal dos meios brutais e animalescos. É a mais chocante violação do senso moral médio da humanidade civilizada.

Desse modo, o homicídio em uma conceituação mais adaptada ao senso comum, é a morte de um homem por outro homem. É a cessação da vida de outrem. É a injusta morte de uma pessoa.

O homicídio atinge a sua consumação com a morte da vítima. Entretanto, há casos em que, por fato alheio à vontade do agente, torna-se impossível a concretização do crime, estando configurada a tentativa.

A lei 7.209 de 1984 estabeleceu no nosso código penal a modalidade tentada para os crimes interrompidos por circunstâncias alheias à vontade do autor, preceituando que: “Art. 14 - Diz-se o crime: (...) II - tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente”.

Segundo Sanches (2017, p. 54), apud Luiz Flávio Gomes, leciona:

A doutrina finalista sublima que por força do princípio da congruência, a tentativa exige uma parte objetiva (tipo objetivo) e outra subjetiva (tipo subjetivo). A parte objetiva esgota-se na realização de uma conduta dirigida à consumação do crime, conforme o plano concreto do autor. A parte subjetiva reside no dolo do agente. Para saber se há ou não tentativa precisamos descobrir o dolo do agente (plano do autor), assim como a forma de execução escolhida para concretizar seu plano de ação (meio de execução). Não há dúvida que o dolo eventual admita tentativa (justamente porque se trata de crime doloso). A não consumação do crime deriva do caso ou de circunstâncias exteriores ao agente (isto é por razões alheias à vontade do agente).

Desse modo, no crime de homicídio, se alguma situação alheia à vontade do agente impedi-lo de concretizar o crime, e estiverem presentes todos os elementos configuradores da teoria do delito, estará configurada a tentativa de homicídio.

Capez (2014, p. 45) defende que esse é o artigo em que deve ser enquadrada a transmissão dolosa do vírus HIV, visto que “a transmissão dolosa de uma doença incurável e fatal como a AIDS poderá, se presente o *animus necandi*, caracterizar o delito de homicídio, que se consumará com a morte da vítima”.

Da mesma forma entende Greco (2015, p. 62), para quem:

Mais do que uma enfermidade incurável, a AIDS é considerada uma doença mortal, cuja cura ainda não foi anunciada expressamente. Os chamados ‘coquetéis de medicamentos’ permitem que o portador leve uma vida ‘quase’ normal, com algumas restrições. Contudo, as doenças oportunistas aparecem, levando a vítima ao óbito. Dessa forma, mais do que uma enfermidade incurável, a transmissão dolosa do vírus HIV pode se amoldar,

segundo nosso ponto de vista, à modalidade típica prevista no art. 121 do Código Penal, consumado ou tentado.

Seguindo a linha de pensamentos dos aludidos doutrinadores, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul no ano de 1999, proferiu a seguinte decisão:

ESTUPRO. REU PORTADOR DO VIRUS HIV. PROBABILIDADE DE TRANSMISSÃO DE DOENÇA INCURAVEL E QUE ACARRETA A MORTE. TENTATIVA DE HOMICIDIO. DOLO EVENTUAL. POSSIBILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA SUFICIENTEMENTE PROVADOS. DECISAO DOS SRS. JURADOS QUE NAO SE MOSTRA MANIFESTAMENTE CONTRARIA A PROVA DOS AUTOS. MANUTENCAO. SOBERANIA DOS VEREDITOS DO TRIBUNAL POPULAR. APELO IMPROVIDO. (Apelação Crime Nº 70000012872, Câmara de Férias Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marco Antônio Barbosa Leal, Julgado em 09/11/1999).

Desse modo, as decisões dos tribunais alicerçadas pelos entendimentos dos doutrinadores, analisavam o caso concreto levando em consideração a gravidade da doença, ante a ausência de tratamento, bem como o entendimento de que possuir o vírus do HIV era um atestado de morte.

Entretanto, o STF no julgamento do Habeas corpus nº 98712, de relatoria do ministro Marcos Aurélio, julgado em Abril de 2009, decidiu que esta conduta não se adequa ao tipo penal homicídio na modalidade tentada, cujo acórdão ficou assim ementado:

DESPACHO HABEAS CORPUS – INFORMAÇÕES. 1. Ao paciente é imputada a prática de tentativa de homicídio, porque, sabendo-se portador do vírus HIV, teria mantido, em épocas distintas, relacionamento amoroso e sexual com três mulheres, de quem, deliberadamente, ocultara a doença. A Juíza de Direito da Comarca de Cosmópolis, Estado de São Paulo, recebeu a denúncia em 18 de dezembro de 2008 e, acolhendo as razões da representação do Ministério Público como fundamento, decretou a prisão preventiva do acusado. A defesa impetrou habeas corpus perante o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, visando à revogação do decreto de prisão preventiva e a desclassificação do delito para o tipo previsto no artigo 131 do Código Penal. Sustentou que a conduta do paciente, de transmitir a outrem moléstia grave da qual estava contaminado, não encontrava adequação no disposto no artigo 121 do Código Penal. A ordem foi indeferida. Houve interposição de recurso ordinário para o Superior Tribunal de Justiça – o de nº 131.480. O Ministro Og Fernandes não concedeu a liminar, assentando confundir-se o pleito alusivo à desclassificação do delito com o mérito da impetração (folha 13). Este habeas volta-se contra esse ato. O impetrante reitera a tese da impropriedade do enquadramento legal da conduta praticada pelo paciente, afirmando que os fatos se amoldam ao artigo 131 do Código Penal – praticar, com o fim de transmitir a outrem moléstia grave de que está contaminado, ato capaz de produzir o contágio. Pede a desclassificação do delito. Acrescenta ser insubsistente o decreto de prisão preventiva, por não estar demonstrada a presença dos requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal. Busca a concessão de liminar

para determinar-se a expedição de alvará de soltura em favor do paciente. No mérito, pleiteia a confirmação da providência e a desclassificação do delito imputado para o do artigo 131 do Código Penal. 2. O processo não está instruído com cópia da representação do Ministério Público estadual, que serviu de fundamento à decretação da prisão preventiva. A ausência da peça impede a apreciação da legalidade do citado ato. Também não consta documento hábil à comprovação do efetivo cumprimento do mandado de prisão, de cópia do inteiro teor do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no Habeas Corpus nº 990.09.065688-3, referido à folha 82, e a notícia do atual estágio da Ação Penal nº 972/2008, em curso na Vara Judicial Única da Comarca de Cosmópolis, Estado de São Paulo. À míngua de elementos, não há como examinar o pedido de concessão de medida acauteladora. 3. Oficiem ao Superior Tribunal de Justiça, ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e ao Juízo da Comarca de Cosmópolis/SP, para prestarem informações a respeito dos fatos noticiados na impetração e providenciarem a remessa das peças mencionadas, necessárias ao exame do pedido nela formulado. 4. Ao impetrante, para, querendo, antecipar-se quanto às providências. 5. Publiquem. Brasília, 16 de abril de 2009.

Desse modo, é extraído do posicionamento dos doutrinadores acima citados, que o vírus HIV não é meio idôneo à persecução da morte de alguém, visto que pessoas soropositivas vivem vinte, trinta anos com a doença. Por isso, por mais que o agente tenha a intenção de matar, o lapso temporal é tão grande e imprevisível, que descaracteriza o crime.

Ademais, cumpre mencionar que levando em consideração os avanços médicos com a utilização da terapia antirretroviral ou o uso dos coquetéis já desqualificaria a tipificação da prática da transmissão do vírus do HIV de forma intencional como tentativa de homicídio, uma vez que esses tratamentos retardam a manifestação do vírus no organismo.

4.2.2. Perigo de contágio de moléstia grave

Antes de explicitarmos o tipo penal aqui tratado, devemos iniciar conceituando o que seria moléstia grave, uma vez que o código penal não traz essa definição.

Segundo Romano (2015, p. 01), entende-se por moléstia aquela que é “grave, aguda ou crônica, mas não necessariamente incurável, de forma a provocar uma séria perturbação da saúde e ser contagiosa.” Destarte, é aquela doença que, analisada por estudiosos da área médica, as intitulam como pertencentes a um grau de periculosidade elevado para os indivíduos.

Levando em consideração essa conceituação, o nosso código penal estabeleceu tipos penais que colocam em risco a periclituação da vida e a saúde. Nesse contexto, foi inserido o delito de perigo de contágio de moléstia grave, conforme dispõe assim o Art. 131 do Código Penal: “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”.

Assim, para doutrinadores como Nucci (2013, pág. 134), o delito é tido como formal, não se exigindo, necessariamente, que o agente consiga o efetivo contágio. Entretanto, para Heleno Fragoso (2015, pág. 120), a partir do momento que há a contaminação, haverá apenas o crime de lesão corporal, uma vez que é aplicada a teoria do concurso aparente de normas, em que o crime de dano fica excluído.

Já foi entendimento do judiciário que a pessoa com vírus do HIV que se relacionava com outra pessoa a fim de transmitir a doença, estaria cometendo o delito em tesilha, conforme recorte do voto de Ayres Britto, Ministro do STF, no HC 98.712-SP, datado de 28/04/2009, conforme se vê a seguir:

Resta a questão alusiva à submissão do paciente ao Tribunal do Júri. Observem a interpretação sistemática. Descabe cogitar de tentativa de homicídio na espécie, porquanto há tipo específico considerada a imputação – perigo de contágio de moléstia grave. Verifica-se que já, até mesmo, presente o homicídio, a identidade quanto ao tipo subjetivo, sendo que o do artigo 131 é o dolo de dano, enquanto, no primeiro, tem-se a vontade consciente de matar ou assunção de risco de provocar a morte. Descabe potencializar este último a ponto de afastar, consideradas certas doenças, o que dispõe o artigo 131: ‘praticar, com o fim de transmitir a outrem, moléstia grave de que está contaminado, ato capaz de produzir o contágio’. Admita-se, como o fez o próprio acusado, a existência da moléstia grave e o fato de havê-la omitido. Esses elementos consubstanciam não o tipo do artigo 121 do Código Penal, presente até mesmo dolo eventual, mas o específico do artigo 131. Frise-se, por oportuno, que as vítimas mantiveram relação com o paciente, que se mostrou até certo ponto estável.

Desse modo, apesar do crime de transmissão do HIV, ser enquadrado no artigo 121 do CP, anteriormente, o HC 98.712-SP modificou este entendimento, bem como se considera que seria a aplicação de uma pena muito branda para uma conduta considerada grave para os indivíduos e sociedade.

4.2.3. *Lesão corporal gravíssima*

O delito de lesão corporal é inserido como um crime que assegura a incolumidade pessoal do indivíduo, protegendo a sua saúde interna e externa.

Segundo Bitencourt (2015, p.186), lesão corporal pode ser assim conceituada:

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 um dano a 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.

Cumpra mencionar, que o crime de lesões corporais é previsto no CP em diversas formas, seja ela dolosa ou culposa, leve, grave e gravíssima. Entretanto, iremos nos ater apenas a lesão corporal gravíssima, que segundo o art. 129, §2º, II prescreve: “Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem §2º Se resultar (...) II- enfermidade incurável”.

A primeira decisão a fazer a adequação típica da prática da roleta russa do sexo ao crime de lesão corporal gravíssima adveio do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul em 2009, antes mesmo do HC 98.712-SP, em acórdão cuja ementa ficou assim:

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

Vale também relatar que nesse caso julgado, havia práticas de relações sexuais consentidas, bem como havia o conhecimento de que o parceiro era soropositivo, mas mesmo assim o Tribunal Julgou pelo cometimento de uma infração penal, conforme trecho do relatório do acórdão supratranscrito:

Em todo período em que conviveu com o réu ele nunca apresentou qualquer sintoma da doença. Logo que descobriu ser portadora do vírus separou-se do réu. Após uma fase de depressão e de abandono por parte

de sua família, acabou aceitando os convites do réu para que retornassem a viver juntos. Atualmente mora com réu na cidade de Caxias do Sul. O réu que lhe provê o sustento.

Seguindo esse entendimento, o Superior Tribunal de Justiça, em maio de 2012 (habeas corpus 160.982/DF), julgou que a prática da roleta russa do sexo deve ser enquadrada nesse artigo do Código Penal, por entender que a AIDS, não é mais considerada uma pena de morte, visto o avanço da medicina no seu tratamento, mas por se tratar de uma moléstia grave e incurável, que merece uma repreensão penal mais severa do que quem transmite uma moléstia, apenas, grave:

HABEAS CORPUS. ART. 129, § 2.º, INCISO II, DO CÓDIGO PENAL. PACIENTE QUE TRANSMITIU ENFERMIDADE INCURÁVEL À OFENDIDA (SÍNDROME DA IMUNODEFICIÊNCIA ADQUIRIDA). VÍTIMA CUJA MOLÉSTIA PERMANECE ASSINTOMÁTICA. DESINFLUÊNCIA PARA A CARACTERIZAÇÃO DA CONDUTA. PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA UM DOS CRIMES PREVISTOS NO CAPÍTULO III, TÍTULO I, PARTE ESPECIAL, DO CÓDIGO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. SURSIS HUMANITÁRIO. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO DAS INSTÂNCIAS ANTECEDENTES NO PONTO, E DE DEMONSTRAÇÃO SOBRE O ESTADO DE SAÚDE DO PACIENTE. HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, DENEGADO.

1. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 98.712/RJ, Rel. Min. MARCO AURÉLIO (1.ª Turma, DJe de 17/12/2010), firmou a compreensão de que a conduta de praticar ato sexual com a finalidade de transmitir AIDS não configura crime doloso contra a vida. Assim não há constrangimento ilegal a ser reparado de ofício, em razão de não ter sido o caso julgado pelo Tribunal do Júri.

2. O ato de propagar síndrome da imunodeficiência adquirida não é tratado no Capítulo III, Título I, da Parte Especial, do Código Penal (art. 130 e seguintes), onde não há menção a enfermidades sem cura. Inclusive, nos debates havidos no julgamento do HC 98.712/RJ, o eminente Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, ao excluir a possibilidade de a Suprema Corte, naquele caso, conferir ao delito a classificação de "Perigo de contágio de moléstia grave" (art. 131, do Código Penal), esclareceu que, "no atual estágio da ciência, a enfermidade é incurável, quer dizer, ela não é só grave, nos termos do art. 131".

3. Na hipótese de transmissão dolosa de doença incurável, a conduta deverá ser apenada com mais rigor do que o ato de contaminar outra pessoa com moléstia grave, conforme previsão clara do art. 129, § 2.º inciso II, do Código Penal.

4. A alegação de que a Vítima não manifestou sintomas não serve para afastar a configuração do delito previsto no art. 129, § 2, inciso II, do Código Penal. É de notória sabença que o contaminado pelo vírus do HIV necessita de constante acompanhamento médico e de administração de remédios específicos, o que aumenta as probabilidades de que a enfermidade permaneça assintomática. Porém, o tratamento não enseja a cura da moléstia.

5. Não pode ser conhecido o pedido de sursis humanitário se não há, nos autos, notícias de que tal pretensão foi avaliada pelas instâncias antecedentes, nem qualquer informação acerca do estado de saúde do Paciente.

6. Habeas corpus parcialmente conhecido e, nessa extensão, denegado.

Sendo assim, segundo entendimentos jurisprudenciais majoritários seguem-se as decisões do STJ e qualifica, a transmissão dolosa, direta ou eventual, do vírus do HIV como crime de lesão corporal de natureza gravíssima.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa buscou mostrar de forma contundente a punição penal mais adequada para tipificar a prática da roleta russa do sexo, uma infração que fere os princípios penais e constitucionais, devendo, assim, ser punida com rigor para que seu crescimento seja barrado e não dissemine o vírus do HIV.

Para isso, buscou-se inicialmente elencar alguns dos princípios constitucionais e penais que serviram como basilares para o resultado final da pesquisa, uma vez que os princípios representam uma importante fonte do direito.

Em seguida, foram analisadas as mudanças conceituais da roleta russa, até a sua nuance atual, que utiliza o sexo e o vírus do HIV como substitutos dos projeteis bélicos, bem como um estudo acerca do clube do carimbo, que são os difusores da prática da roleta russa do sexo no Brasil.

Continuamente, foi explicitada a indisponibilidade de bens jurídicos frente às liberdades individuais, com enfoque no consentimento do ofendido, uma vez que os participantes tem plena noção de todos os riscos ali presentes.

Nesse contexto foi possível obter como fruto desse trabalho, que no caso da roleta-russa do sexo, estamos diante do bem jurídico vida, que é considerado pela doutrina majoritária como bem jurídico indisponível.

Desse modo, restou claro que o consentimento do ofendido jamais terá o efeito de excluir a ilicitude da conduta praticada pelo portador do vírus – o carimbador –, pois como é sabido, para que o consentimento do ofendido possa configurar causa de exclusão de ilicitude faz-se necessário o preenchimento de certos requisitos, sendo um deles a disponibilidade do bem jurídico penalmente tutelado.

Sendo assim, por mais que haja o consentimento de quem participa de tais festas, estamos diante de um bem jurídico indisponível, pois não se pode dispor da vida e fazer o estado arcar com os custos do tratamento, uma vez que chegará um momento que o estado não terá mais como custear.

Ademais, poderá causar a disseminação em massa do vírus, dessa forma, não há que se falar em consentimento do ofendido como causa de exclusão da ilicitude, quando estamos diante da roleta-russa do sexo.

Por fim, foram analisadas as possíveis tipificações penais mais adequadas para a prática da roleta russa do sexo, homicídio na modalidade tentada, lesão

corporal gravíssima e perigo de contágio de moléstia grave, colocando em linha de frente os pensamentos de estudiosos na área e decisões jurisprudenciais acerca do tema.

Pelo exposto, percebe-se que a punição mais adequada para tipificar a prática dos carimbadores é a de homicídio na modalidade tentada, uma vez que o objetivo de quem transite o vírus do HIV, nas festas tituladas roleta russa do sexo, é contaminar o outro levando em consideração o fato de a doença ser incurável e diminuir o prolongamento da vida.

Ademais, cumpre mencionar que apesar do que é alegado pelas outras correntes doutrinárias para desqualificar para tentativa de homicídio, sob o ponto de vista dos avanços na medicina, uma vez que se entende que ter o vírus do HIV não é uma sentença de morte, temos que levar em consideração que o HIV é uma doença, atualmente, incurável, em que o agente fica suscetível a vários tipos de doenças oportunistas, deixando o organismo mais frágil, podendo causar a sua morte mesmo com o uso dos coquetéis.

Assim, não houve interesse nessa pesquisa em esgotar a temática, tendo em vista, seu vasto alargamento dentro da seara do direito, mas, contribuir na produção do estudo, haja vista, ainda perdurar por muito tempo os questionamentos acerca da tipificação mais adequada para a subsunção da conduta do carimbador no evento conhecido como roleta russa do sexo, o que pode ainda ser explorado em outros trabalhos, inclusive, de pós-graduação.

REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Trad.:Torrieri Guimarães. 6.ed. São Paulo: Martin Claret, 2000.

BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de direito penal**: parte especial. v. 2. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. **Constituição da república federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12/01/2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC:98712 SP**. Relator: Marco Aurélio Esteves. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4108920/habeas-corpus-hc-98712>>. Acesso em: 05/01/2018

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Crime Nº 70000012872**. Relatora: Elba Aparecida Nicolli Bastos. Disponível em: < <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113052918/apelacao-crime-acr-70051788081-rs/inteiro-teor-113052928>>. Acesso em: 05/01/2018.

CAPEZ, Fernando. **Direito penal Brasileiro**. Editora saraiva, 2014, vol.1

GRECO, Rogério. **Código penal comentado**. 8. ed. rev. ampl. e atual. Niterói, RJ: Impetus, 2015a.

MAGNO, Alexandre. **Direito de punir**. 2016. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1931/O-Direito-de-punir> >. Acesso em: 12/01/2018

MARCONDES, Leonardo. **Consentimento do ofendido pode ser causa de diminuição de pena**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-jul-13/consentimento_ofendido_causar_diminuicao_pena>. Acesso em: 12/12/2017.

MORETTI, Neemias. **A proteção da integridade corporal frente ao direito constitucional-penal**. 2006. Disponível em:< <http://www.tribunapr.com.br/noticias/a-protecao-da-integridade-corporal-frente-ao-direito-constitucional-penal/>>. Acesso em: 02/02/2018

NAVARRO, Regina. **O desejo de novas experiências sexuais**. Blog da Regina Navarro, 2013. Disponível em: <<http://reginanavarro.blogosfera.uol.com.br/2013/05/14/o-desejo-de-novas-experiencias-sexuais/>>. Acesso em: 10/01/2018

OLIVEIRA, Marcos. **“Clube do carimbo”**. **Conheça essa modalidade de maldade**. Revista jus Brasil, 2015. Disponível em: <<http://oliveiralimaadv.jusbrasil.com.br/artigos/182558983/clube-de-carimbo-conheca-essa-nova-modalidade-de-maldade>>. Acesso em: 10/01/2018

REZENDE, Lucas. **Transmissão dolosa do HIV é crime de lesão corporal gravíssima**. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2014-jun-21/lucas-rezende-transmissao-dolosa-hiv-crime-lesao-gravissimo>>. Acesso em: 12/12/2017

ROMANO, Tadeu. **Perigo de contágio venéreo e perigo de contágio de moléstia grave**. 2015. Disponível em:< <https://jus.com.br/artigos/33566/perigo-de-contagio-venereo-e-perigo-de-contagio-de-molestia-grave>>. Acesso em: 05/02/2018

SANCHES, Rogério. **Manual de Direito Penal**. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

BAHIA, Flávia. **Direito constitucional descomplicado**. Editora Armador, ed. 3º, Recife, 2017

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. Editora Saraiva, ed.19ª, São Paulo, 2015.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal: parte geral**. 36.ed. São Paulo: Saraiva, 2015. v.1.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PLÁCIDO, e Silva. **Vocabulário Jurídico**. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 21. ed., São Paulo: Atlas, 2006.

SILVA, José Afonso de. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 8.ed., São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. **Código Penal Brasileiro**. Decreto-lei n. 2.848/40. Brasília: Senado Federal, 1940.

MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. São Paulo: Saraiva, 2000

FREUD, Sigmund. **Além do Princípio de Prazer (1920)** In: _____. Edição standard brasileira das obras psicológicas completas de Sigmund Freud. Rio de Janeiro: Imago, 1996. v.28.

FOUCAULT. **História da sexualidade I: a vontade de saber**. 14. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2001b.

FELBERG, Edgar. **Um corpo Nu: Bareback e outras reflexões**. Ed. Curitiba, Appris, 2015

CALHAU, Lélío Braga. **Vítima e direito penal**. 2. Ed., Belo Horizonte, Ed. Mandamentos, 2003

TRINDADE, Raphael. **Foucault: administrando o sexo**. Disponível em: <https://razaoinadequada.com/2014/01/05/foucault-administrando-o-sexo/>. Acesso em 12/01/2018

MARTINS, Flávia. **Direitos Fundamentais**. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2627/Direitos-Fundamentais> Acesso em: 29/12/2017

MACHADO, Leonardo. **Consentimento do Ofendido**. Disponível em: <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/58795/consentimento-do-ofendido-leonardo-marcondes-machado>. Acesso em: 02/01/2018

RIBEIRO, Gabriela. **Direito à vida**. Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17585&revista_caderno=9>. Acesso em 20/01/2018

GOMES, Flávio. **Transmissão do vírus do HIV. Qual delito?**. Disponível em: < <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2457844/artigo-do-dia-aids-transmissao-do-virus-hiv-qual-delito>>. Acesso em 04/02/2018

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal, Parte Especial**, 4ª edição, 1995

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro: parte geral**. v. 1. 14. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

KONDER, Comparator. **Fundamento dos direitos humanos**. Disponível em: < http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/a_pdf/comparato_fundamentos_dh.pdf>. Acesso em: 20/01/2018

BUTOV, Mikhail. **O que há de nacional na roleta-russa?**. Disponível em:<https://br.rbth.com/arte/2014/08/31/o_que_ha_de_nacional_na_roleta-russa_27135>.

Acesso em 25/01/2018

RABELO, Grazielle. **O princípio da proporcionalidade no direito penal.** disponível em:<http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6990>. Acesso em 04/02/2018

MAGALHAES, Kananda. **O consentimento do ofendido como causa supralegal de exclusão da ilicitude.** Disponível em:<<https://kananda12musik.jusbrasil.com.br/artigos/178776186/o-consentimento-do-ofendido-como-causa-supralegal-de-exclusao-da-ilicitude>>. Acesso em: 25/01/2018

CAMPOS, Letícia. **Indisponibilidade de direitos fundamentais: conceito lacônico, consequências duvidosas.** Disponível em:<<file:///C:/Users/CLIENTE/Downloads/1953-6697-1-SM.pdf>>. Acesso em: 02/02/2018

MELLO, Valéria. **Transtorno da conduta e comportamento anti-social.** Disponível em:<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S151644462000000600004>. Acesso em: 23/01/2018