

A TRANSMISSÃO DOLOSA DO VÍRUS HIV E SUA TIPIFICAÇÃO PENAL

Matheus Baumgratz Zilles¹

Izabel Preis Welter²

Sumário: 1 INTRODUÇÃO. 2 DO VÍRUS DA IMUNODEFICIÊNCIA HUMANA. 2.1 HISTÓRICO EVOLUTIVO, CONCEITO E ASPECTO BIOLÓGICO. 2.2 TRANSMISSÃO, DIAGNÓSTICO E TRATAMENTO. 3 DA TIPIFICAÇÃO PENAL DA CONDUTA DO AGENTE. 3.1 DA TENTATIVA DE HOMICÍDIO E DO HOMICÍDIO CONSUMADO. 3.2 DA LESÃO CORPORAL GRAVÍSSIMA. 3.3 DO PERIGO DE CONTÁGIO DE MOLÉSTIA GRAVE. 4 DO DOLO. 4.1 DA TRANSMISSÃO CULPOSA DO VÍRUS DA IMUNODEFICIÊNCIA HUMANA. 4.2 DO CONSENTIMENTO ANTERIOR OU POSTERIOR DA VÍTIMA COMO FORMA DE EXCLUSÃO DA ILICITUDE. 5 CONCLUSÃO.

Resumo: O vírus da imunodeficiência humana, ou HIV, traz consigo um tabu quanto as DSTs, porém, no último século tem-se aumentado os casos de transmissão dolosa do vírus, com o aumento desses casos surgiram diversas jurisprudências e entendimentos doutrinários sobre o assunto. O presente artigo busca tipificar, no Código Penal, a conduta do agente que pratica a transmissão dolosa do HIV.

Palavras-chave: Código Penal. HIV. Homicídio. Lesão Corporal Gravíssima. Perigo de Contágio de Moléstia Grave.

1 INTRODUÇÃO

O HIV (Human Immunodeficiency Virus), ou VIH (Vírus da Imunodeficiência Humana), em português, é um retrovírus que surgiu em meados de 1920³, seus principais sintomas são diarreia, perda de peso, fadiga e fraqueza, a doença não tem cura, mas possui tratamento. Possuir doença, por si só, não caracteriza ilícito penal ou civil, porém, nos últimos anos, surgiram diversos casos de pacientes com o HIV que, através de relação sexual com suas parceiras ou parceiros, transmitiram dolosamente o vírus aos mesmos.

A transmissão dolosa de vírus singular, acabou tornando-se uma espécie nova de delito, portanto ainda não há uma tipificação específica para o mesmo. Tem-se como base de aplicação de pena o entendimento doutrinário e a jurisprudência, possuindo, ambas, pensamentos divergentes. A transmissão dolosa do HIV já foi compreendida como lesão corporal gravíssima, perigo de contágio de moléstia grave e homicídio consumado e tentado, o presente trabalho visa conceituar cada um desses ilícitos e encaixar aquele delito em um dos três anteriormente citados.

¹ Aluno do Curso de Graduação em Direito pela UCEFF – Centro Universitário de Itapiranga. E-mail: imathex@gmail.com.

² Professora do Centro Universitário Fai- UCEFF, mestre em Direito, e-mail: izabel@uceff.edu.br.

³ SANTINI, Jean-Louis. **Aids surgiu no Congo nos anos 20, revela história genética.** Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/ciencia/aids-surgiu-no-congo-nos-anos-20-revela-historia-genetica/>>. Acesso em: 12 set. 2018.

2 O HISTÓRICO EVOLUTIVO, CONCEITO E ASPECTO BIOLÓGICO DO VÍRUS DA IMUNODEFICIÊNCIA HUMANA

O vírus do HIV, surgiu na República Democrática do Congo nos anos de 1920⁴, esse vírus é comum em macacos e foi transmitido ao homem, dentro do corpo do ser humano, o vírus criou resistências e espalhou-se na África entre os anos 20 e 50, graças a fatores diversos, como a rápida urbanização e evolução dos meios de transporte, até os anos 70 o vírus foi se espalhando de forma silenciosa por diversas partes do mundo, mas foi somente em 1981 que o vírus foi descoberto nos Estados Unidos⁵, pesquisadores epidemiológicos estranharam encontrar em pacientes uma supressão imunológica na forma de retrovírus, os mais afetados eram homens homossexuais, o que acabou contribuindo ao preconceito que já sofriam. Desde essa época os estudos aumentaram e descobriram-se tratamentos para o vírus, porém, ainda, nenhuma cura.

Há de se salientar que, apesar de estar relacionado com o vírus, HIV não é AIDS. A AIDS (Acquired Immunodeficiency Syndrome), ou SIDA (Síndrome da Imunodeficiência Adquirida), em português, decorre do vírus do HIV⁶, sendo a AIDS o estágio mais avançado do vírus, por exemplo, uma pessoa pode ser soropositiva ao vírus do HIV, mas nunca manifestar os sintomas e nem desenvolver a doença, porém, ainda pode transmitir o vírus a outros. O presente artigo trata da tipificação penal da transmissão dolosa do vírus do HIV e não da AIDS, pois subentende-se que a AIDS, depende do HIV, estão, portanto, tipificados conjuntamente.

O HIV, como citado anteriormente, é um retrovírus, portanto, o mesmo armazena seu material genético na forma de RNA⁷ que causa uma grande mutabilidade, outra grande diferença nesse vírus é que o mesmo impede a produção

⁴ SANTINI, Jean-Louis. **Aids surgiu no Congo nos anos 20, revela história genética.** Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/ciencia/aids-surgiu-no-congo-nos-anos-20-revela-historia-genetica/>>. Acesso em: 12 set. 2018.

⁵ REZENDE, Lucas Teixeira de. Responsabilidade penal pela transmissão do HIV. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18,n. 3823, 19 dez. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/26196>>. Acesso em: 12 set. 2018.

⁶ SAÚDE, Ministério da. **O que é AIDS?** 2014. Disponível em: <<http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/links-de-interesse/286-aids/9049-o-que-e-aids>>. Acesso em: 12 set. 2018.

⁷ NICÉSIO, Raphael Gonçalves. **Ciclo do HIV.** 2011. Disponível em: <<http://www.biomedicinabrasil.com/2011/06/ciclo-do-hiv.html>>. Acesso em: 12 set. 2018.

de linfócitos, comumente conhecidos como células brancas, permitindo a proliferação no corpo de tumores e outras doenças degenerativas.

Por suprir a produção de linfócitos os principais sintomas do vírus são perda de peso, dores ou inchaço na genitália, diarreia, náusea ou vômito, pode chegar a criar pústulas e erupções na pele, o objetivo do SIDA, quando dentro do corpo humano, é o de enfraquecer o sistema para a entrada de outras doenças, levando muitas vezes o portador de SIDA à óbito.

2.1 TRANSMISSÃO, DIAGNÓSTICO E TRATAMENTO

É de conhecimento popular que o HIV se encaixa nas doenças sexualmente transmissíveis, sendo esse, o método principal de transmissão do vírus, além da forma de transmissão sexual, há a sanguínea e a vertical.⁸

O método de transmissão sexual possui fatores que aumentam o risco de transmissão, como a presença de DST pré-existente, a relação anal ou durante a menstruação. A transmissão sanguínea ocorre por transfusão direta de sangue entre o paciente e o portador de vírus, é notável que muitos casos decorrem do uso de drogas injetáveis compartilhadas entre seus usuários, e, raramente, de bancos de sangue.

Há ainda o caso de transmissão vertical, que trata de quando a criança de mãe soropositiva recebe o vírus durante a gestação, parto ou amamentação. O diagnóstico dá-se por teste sanguíneo, no Brasil, o diagnóstico é gratuito e anônimo através dos Centros de Testagem e Aconselhamento - CTAs do Ministério da Saúde⁹, o mesmo pode ser realizado em clínicas particulares.

O HIV e a AIDS não possuem cura, apenas tratamento. O Brasil oferta, através do SUS (Sistema Único de Saúde), o tratamento por antirretrovirais

⁸ REZENDE, Lucas Teixeira de. Responsabilidade penal pela transmissão do HIV. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18,n. 3823, 19 dez. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/26196>>. Acesso em: 12 set. 2018.

⁹ RONCALLE, Camila Rodrigues Santiago; SILVA, Marcelo Sarsur Lucas da. **A RESPONSABILIDADE PENAL PELA TRANSMISSÃO DOLOSA DO VÍRUS HIV**. 2016. Disponível em: <<http://npa.newtonpaiva.br/letrasjuridicas/?p=1691>>. Acesso em: 13 set. 2018.

gratuitamente, definido na Lei 9.313/1996¹⁰, sempre com acompanhamento médico, no tratamento, o HIV não é eliminado, o mesmo é apenas contido, para que não se prolifere e evolua para AIDS.

O Brasil é um país destaque no tratamento do vírus HIV, possuindo um dos melhores antirretrovirais¹¹ do mundo. Apesar de fornecer gratuitamente o tratamento, ainda são poucas as clínicas que oferecem o tratamento, estando essas distantes umas das outras. Cerca de 827 mil pessoas vivem hoje com o HIV/AIDS, desse número, 112 mil não sabem que estão infectados e 372 mil não fazem o tratamento contra o HIV¹².

O melhor meio de combate ao HIV é a prevenção, sendo o método preventivo mais efetivo o uso de camisinhas em relacionamentos, o governo brasileiro distribui gratuitamente, em hospitais e clínicas públicas, camisinhas para a prevenção/combate a diversas DSTs (Doenças Sexualmente Transmissíveis), pois não é só o HIV que se transmite pela relação sexual desprotegida.

3. DA TIPIFICAÇÃO PENAL DA CONDUTA DO AGENTE

Diante da entrada dessa conduta específica do agente, de transmitir vírus incurável e distinto, a jurisprudência já o encaixou em diversas tipificações penais, todas muito semelhantes, mas que possuem pequenas diferenças cruciais ao agente.

3.1 DA TENTATIVA DE HOMICÍDIO E DO HOMICÍDIO CONSUMADO

Nas palavras de Capez¹³, “Homicídio é a morte de um ser humano provocado por outro ser humano”, a pena do homicídio simples no Brasil é de 6 (seis) a 20 (vinte) anos e a do homicídio qualificado vai de 12 (doze) a 30 (anos). Para a

¹⁰ BRASIL. Lei nº 9313, de 13 de novembro de 1996. Dispõe sobre a distribuição gratuita de medicamentos aos portadores do HIV e doentes de AIDS. **Lex**. Brasília, DF, Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9313.htm>. Acesso em: 27 set. 2018.

¹¹ Portal Brasil. **SUS oferecerá melhor tratamento do mundo para pacientes com HIV/Aids**. 2016. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/saude/2016/09/sus-oferece-melhor-tratamento-do-mundo-para-pacientes-com-hiv-aids>>. Acesso em: 27 set. 2018.

¹² BRASIL, Agência. **Brasil tem 827 mil vivendo com HIV; 112 mil não sabem que estão infectados**. 2016. Paula Laboissière. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2016-11/brasil-tem-827-mil-vivendo-com-hiv-112-mil-nao-sabem-que-estao-infectados>>. Acesso em: 27 set. 2018.

¹³ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal 1**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

jurisdição brasileira “A morte é decorrente da cessação do funcionamento cerebral, circulatório e respiratório”¹⁴, diante do conceito anterior há de se entender que a transmissão dolosa do HIV não caracteriza o crime de homicídio, quanto a tentativa de homicídio é atípica sua qualificação, pois a mesma depende que o resultado não ocorra por circunstâncias alheias à vontade do agente (art. 14, II, CP)¹⁵.

Diversos Juízes de primeira instância julgam a transmissão do HIV classificando-o como homicídio consumado ou tentado, existem ainda os mais extremos que o encaixavam no homicídio qualificado. O STF e o STJ, ao tratarem de habeas corpus de ações de homicídio, já chegaram a desclassificar o mesmo, enquadrando-o ou na lesão corporal leve, ou no perigo de contágio de moléstia grave, porém o STJ, em 1999, chegou a tipificar a conduta de agente em tentativa de homicídio, no habeas corpus 9.378 do Rio Grande do Sul:

HABEAS CORPUS. TENTATIVA DE HOMICÍDIO. PORTADOR VÍRUS DA AIDS. DESCLASSIFICAÇÃO. ARTIGO 131 DO CÓDIGO PENAL.

1. Em havendo dolo de matar, a relação sexual forçada e dirigida à transmissão do vírus da AIDS é idônea para a caracterização da tentativa de homicídio.

2. Ordem denegada.¹⁶

Há um detalhe que ajuda na desclassificação da transmissão do vírus do HIV como homicídio, o vírus em si não mata o portador, o que mata o paciente são outras doenças que atravessam o sistema imunológico do mesmo que está enfraquecido por causa do vírus. O homicídio, estaria então, somente consumado se o agente permitisse a entrada de outra doença na vítima, o que levaria essa ao óbito.¹⁷

¹⁴ CAPEZ, Fernando; COLNAGO, Rodrigo. **Direito Penal: Parte Especial I**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 194 p. (Estudos Direcionados). Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/25586656/08---direito-penal-especial-i---rodrigo-colnago-1>>. Acesso em: 30 set. 2018.

¹⁵ BRASIL. Decreto-lei nº 2848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. **Lex**. Brasília, DF. **Apud**. CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal 1**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

¹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 9378. Relator: Ministro Hamilton Carvalhido. Brasília, DF, 18 de outubro de 1999. **Diário da Justiça Eletrônico**. [S.L.]. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=IMG&sequencial=72003&nu_m_registro=199900403142&data=20001023&formato=PDF>. Acesso em: 04 out. 2018.

¹⁷ Saúde, Ministério da. **Sintomas e fases da Aids**. 2017. Disponível em: <<http://www.aids.gov.br/pt-br/publico-geral/o-que-e-hiv/sintomas-e-fases-da-aids>>. Acesso em: 04 out. 2018.

3.2 DA LESÃO CORPORAL GRAVÍSSIMA

Há de se por um adendo ao tratarmos da lesão corporal, o Código Penal não classifica a lesão corporal gravíssima, essa está entranhada na lesão corporal grave. É a doutrina e a jurisprudência que dividem o artigo 129, classificando seu parágrafo primeiro como lesão corporal grave e o parágrafo segundo como lesão corporal gravíssima.

O presente artigo utiliza o entendimento doutrinário e jurisprudencial, qualificando o art. 129, §2º como lesão corporal gravíssima. Seguindo a doutrina de Capez, tem-se a definição de lesão corporal:

“É definido como ofensa à integridade corporal ou saúde, isto é, como todo e qualquer dano ocasionado à normalidade funcional do corpo humano, quer do ponto de vista anatômico, quer do ponto de vista fisiológico ou mental”. Consiste, portanto, em qualquer dano ocasionado à integridade física e à saúde fisiológica ou mental do homem, sem, contudo, o animus necandi.¹⁸

O STJ, no habeas corpus nº 160.982 DF, decidiu pela tipificação da conduta do agente que transmite HIV como lesão corporal gravíssima, caracterizando doença incurável:

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

¹⁸ INTERIORES, Ministério da Justiça e Negócios. **EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS DA PARTE ESPECIAL DO CÓDIGO PENAL DECRETO-LEI N o 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940.** 1940. Apud. CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte Especial** 2. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
XI MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)
5 de novembro de 2018

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.¹⁹

O Habeas Corpus anterior tutelou sobre ação judicial de primeiro grau que enquadrava o crime de transmissão dolosa cometido pelo agente como homicídio, a defesa entrou com HC (Habeas Corpus) alegando que o crime não se encaixava no homicídio, mas sim no perigo de contágio de moléstia grave, o STJ ao tratar do assunto, acabou por enquadrar a conduta do agente como lesão corporal gravíssima, alegando que, pelo vírus da HIV ser doença incurável, compreende-se que ao mesmo cabe a tipificação no art. 129, §2º, II, CP.

Nas palavras de Capez, enfermidade incurável é "a doença (do corpo ou da mente) que a ciência medica ainda não conseguiu conter nem sanar; a moléstia que evolui a despeito do esforço técnico para debelá-la.". O vírus do HIV é doença incurável, porém há casos em que ela não evolui, mesmo sem tratamento, é fácil a tipificação da transmissão dolosa do HIV como lesão corporal gravíssima.

¹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 160982. Relator: Ministra Laurita Vaz. Brasília, DF, 17 de maio de 2012. **Diário da Justiça Eletrônico**. [s.l.], 28 maio 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1148692&num_registro=201000169273&data=20120528&formato=PDF>. Acesso em: 30 set. 2018.

3.3 DO PERIGO DE CONTÁGIO DE MOLÉSTIA GRAVE

O perigo de contágio de moléstia grave diferente dos outros dois tipos penais tratados anteriormente, estando esse no capítulo III do título I do CP, tendo seu objeto jurídico a saúde e a incolumidade física das pessoas.

A moléstia é definida pelo dicionário “**Moléstia** *sf* **1. Med.** Incomodo ou sofrimento físico; doença, mal **2.** Incomodo ou sofrimento moral; aborrecimento”²⁰ Edgard Magalhães Noronha²¹ classifica o artigo 131 (Perigo de Contágio de Moléstia Grave) como norma penal em branco, necessitando de complementação para sua aplicação.

O STF classificou a transmissão dolosa do HIV como perigo de contágio de moléstia grave no habeas corpus nº 98.712 de SP:

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

²⁰ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Mini Aurélio**. 4. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001. 468 p.

²¹ NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito Penal**: Volume 2. São Paulo: Rideel, 2003. **Apud**. CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal 1**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

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.

(STF - HC: 98712 SP, Relator: MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 16/04/2009, Data de Publicação: DJe-078 DIVULGAÇÃO 28/04/2009 PUBLICAÇÃO 29/04/2009)²²

O STJ, ao julgar o habeas corpus nº 160.982 de mesmo teor, ressaltou característica determinante ao diferenciar o art. 129, §2º, II (Lesão Corporal Gravíssima) e o art. 131 (Perigo de Contágio de Moléstia Grave) que é o fato do HIV ser doença incurável, tendo tipo específico na lesão corporal.

4. DO DOLO

Ao tipificar penalmente o crime de transmissão dolosa do vírus HIV, não há como esquivar-se de tratar do dolo na conduta do agente, afinal é um dos elementos próprios do Direito Penal, o Código Penal define o dolo:

Art. 18 - Diz-se o crime:

Crime doloso

I - doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo;²³

²² BRASIL. Superior Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 98712. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 16 de abril de 2009. **Diário da Justiça Eletrônico**. [S.L.], 29 abr. 2009. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(HC\\$.SCLA.+E+98712.NUME.\)+OU+\(HC.ACMS.+ADJ2+98712.ACMS.\)&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/d3yd3td](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(HC$.SCLA.+E+98712.NUME.)+OU+(HC.ACMS.+ADJ2+98712.ACMS.)&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/d3yd3td)>. Acesso em: 04 out. 2018.

²³ BRASIL. Decreto-lei nº 2848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. **Lex**. Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 27 set. 2018.

Também trata Capez²⁴, do dolo, “...chama-se a isso de conduta dolosa (vontade de realizar conduta e finalidade de produzir o resultado)”. Portanto, a transmissão dolosa do vírus HIV, aplica-se quando, o agente, visando a transmissão do vírus à vítima, o faz através de ação ou omissão.

A maioria dos casos de transmissão do HIV se dão de forma omissa, onde, o agente, ao manter relação sexual desprotegida com a vítima, omite da mesma que porta o vírus, pode ocorrer a transmissão por ação do agente quando, por exemplo, usando-se de seringa, de modo que a vítima não possa se defender, o agente, injeta na vítima sangue contaminado com o vírus.

4.1 DA TRANSMISSÃO CULPOSA DO VÍRUS DA IMUNODEFICIÊNCIA HUMANA

O Código Penal não trata apenas do dolo na conduta do agente ao praticar ilícito, há também a modalidade culposa, pelo próprio CP:

Art. 18 - Diz-se o crime:

...

Crime culposo

II - culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia.²⁵

Há de se falar, portanto, na conduta culposa do agente ao transmitir o vírus. A primeira pergunta que se faz é “Pode o agente, que não sabendo que possuía o vírus, ao transmitir culposamente o mesmo, ser punido penalmente?”.

Nas palavras de Capez²⁶ “...essa conduta é chamada de culposa (conduta voluntária e resultado não querido, provocado por descuido)”. A partir da definição do CP e de Fernando Capez é perfeitamente possível encaixar-se a transmissão culposa como ilícito penal, porém há um ponto que torna a conduta atípica. Há atipicidade na conduta pelo fato de que o Estado não conseguiria punir todas as transmissões culposas do vírus, pois, além da transmissão sexual deve-se lembrar que há a transmissão vertical (da mãe ao filho (a)), não se pode punir pessoa pelo exercício do próprio direito.

²⁴ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal 1**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

²⁵ BRASIL. Decreto-lei nº 2848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. **Lex**. Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 27 set. 2018.

²⁶ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal 1**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

Conforme o exposto, não há de se tratar da punição do agente que transmita culposamente o vírus do HIV.

4.2 DO CONSENTIMENTO ANTERIOR OU POSTERIOR DA VÍTIMA COMO PROVA DA EXCLUSÃO DA ILICITUDE

Uma das cláusulas de exclusão da ilicitude, em alguns crimes, é o consentimento da vítima para a prática do mesmo. Pode parecer surreal o fato da vítima consentir para que a mesma seja infectada com um vírus incurável, porém o consentimento do ofendido vem ocorrendo em diversos crimes, pois a vítima, em sua perspectiva, acha o fato irrelevante ou sem ameaça à integridade física ou psíquica da mesma.

Para determinar se o consentimento da vítima é meio de exclusão da ilicitude, há de se analisar o mesmo por cada um dos crimes aos quais tenta-se imputar a transmissão dolosa do HIV.

O consentimento no homicídio ou na tentativa de homicídio só é passível anterior ao fato ilícito, porém não é causa de exclusão da ilicitude, a vítima, ao consentir com o homicídio acaba encaixando-se no art. 121, §1º (Homicídio Privilegiado) ou no art. 122 (Auxílio ao Suicídio), como as jurisprudências que tratam da transmissão dolosa do HIV o enquadraram na tentativa de homicídio e homicídio consumado, o consentimento do ofendido resultaria em uma tentativa de homicídio privilegiado ou no homicídio consumado privilegiado.²⁷

Ao se tratar da lesão corporal gravíssima, não há a exclusão da ilicitude, equiparando-se ao homicídio, a lesão corporal possui bem jurídico indisponível, respectivamente, a vida e a integridade física e psíquica da vítima. Existem, porém, exceções para que haja a exclusão da ilicitude na lesão corporal, como cita Damásio²⁸, tem-se a lesão corporal socialmente aceita, como a tatuagem e a perfuração dos lóbulos das orelhas para a colocação de brincos.

²⁷ MACHADO, Leonardo Marcondes. **Consentimento do ofendido pode ser causa de diminuição de pena**. 2008. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-jul-13/consentimento_ofendido_causar_diminuicao_pena>. Acesso em: 30 set. 2018.

²⁸ JESUS, Damásio de. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2014. **apud**. LEITE, Gisele. **Breves considerações sobre lesão corporal**. Disponível em: <<http://www.ambito->

Não há o que se falar em consentimento da vítima como exclusão da ilicitude no perigo de contágio de moléstia grave, pois a mesma se equipara a lesão corporal gravíssima além desta, a ação penal é pública e incondicionada.²⁹

5 CONCLUSÃO

O HIV é um retrovírus incurável, mas que no Brasil possui tratamento gratuito pelo SUS. A transmissão dolosa desse vírus é e será motivo de discussão quanto a seu enquadramento no Código Penal, os tribunais superiores já decidiram em diversos momentos a tipificação dessa conduta, tendo todas as decisões resultados variados.

A transmissão do HIV já foi classificada como homicídio, lesão corporal gravíssima e perigo de contágio de moléstia grave, durante o curso do presente artigo, houve a conceituação de cada um desses delitos e a comparação com a transmissão dolosa do HIV.

O HIV não mata e pode vir, com seu tratamento, a nunca apresentar sintomas ao seu portador, o Brasil é um dos países mais bem conceituados no combate a AIDS e ao HIV, fornecendo o tratamento gratuito³⁰. O número de infecções no Brasil vem caindo durante os anos, tudo graças ao consentimento populacional e a prevenção no momento do relacionamento³¹.

Diante das exposições e dos entendimentos jurídico-doutrinários anteriores, tipifica-se a transmissão dolosa do HIV no artigo 129, §2º, II do CP (Lesão Corporal Gravíssima), por tratar-se de doença incurável. Não lhe cabe a imputação como perigo de contágio de moléstia grave, por não se tratar da mesma, possuindo o Brasil tratamento que pode impedir o sofrimento físico do paciente. Apesar do entendimento jurisprudencial, não há maneira de encaixar-se a transmissão do HIV como homicídio,

juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4436>. Acesso em: 30 set. 2018.

²⁹ DUARTE, Gabriela. **Perigo de contágio de moléstia grave**. 2017. Disponível em: <<https://gaby11jua.jusbrasil.com.br/artigos/451423727/perigo-de-contagio-de-molestia-grave>>. Acesso em: 30 set. 2018.

³⁰ BRASIL. Lei nº 9313, de 13 de novembro de 1996. Dispõe sobre a distribuição gratuita de medicamentos aos portadores do HIV e doentes de AIDS. **Lex**. Brasília, DF, Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19313.htm>. Acesso em: 27 set. 2018.

³¹ UNAIDS. **Relatório global da epidemia AIDS**. 2016. Disponível em: <<http://unaid.org.br/estatisticas/>>. Acesso em: 04 out. 2018.

pois o mesmo não mata por si só, a morte vem com a entrada de outras doenças por causa da baixa imunidade do paciente.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 9313, de 13 de novembro de 1996. Dispõe sobre a distribuição gratuita de medicamentos aos portadores do HIV e doentes de AIDS. **Lex**. Brasília, DF, Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9313.htm .

BRASIL, Portal. **SUS oferecerá melhor tratamento do mundo para pacientes com HIV/Aids**. 2016. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/saude/2016/09/sus-oferece-melhor-tratamento-do-mundo-para-pacientes-com-hiv-aids> .

BRASIL, Agência. **Brasil tem 827 mil vivendo com HIV; 112 mil não sabem que estão infectados**. 2016. Paula Laboissière. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2016-11/brasil-tem-827-mil-vivendo-com-hiv-112-mil-nao-sabem-que-estao-infectados> .

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 9378. Relator: Ministro Hamilton Carvalhido. Brasília, DF, 18 de outubro de 1999. **Diário da Justiça Eletrônico**. [S.L.]. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=IMG&sequencial=72003&num_registro=199900403142&data=20001023&formato=PDF .

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 160982. Relator: Ministra Laurita Vaz. Brasília, DF, 17 de maio de 2012. **Diário da Justiça Eletrônico**. [s.l.], 28 maio 2012. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1148692&num_registro=201000169273&data=20120528&formato=PDF .

BRASIL. Decreto-lei nº 2848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. **Lex**. Brasília, DF, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm .

BRASIL. Superior Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 98712. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 16 de abril de 2009. **Diário da Justiça Eletrônico**. [S.L.], 29 abr. 2009. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(HC\\$.SCLA.+E+98712.NUME.\)+OU+\(HC.ACMS.+ADJ2+98712.ACMS.\)&base=baseAcordados&url=http://tinyurl.com/d3yd3td](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(HC$.SCLA.+E+98712.NUME.)+OU+(HC.ACMS.+ADJ2+98712.ACMS.)&base=baseAcordados&url=http://tinyurl.com/d3yd3td) .

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal 1**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CAPEZ, Fernando; COLNAGO, Rodrigo. **Direito Penal: Parte Especial I**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 194 p. (Estudos Direcionados). Disponível em:

<https://www.passeidireto.com/arquivo/25586656/08---direito-penal-especial-i---rodrigo-colnago-1> .

DUARTE, Gabriela. **Perigo de contágio de moléstia grave**. 2017. Disponível em: <https://gaby11jua.jusbrasil.com.br/artigos/451423727/perigo-de-contagio-de-molestia-grave> .

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Mini Aurélio**. 4. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001. 468 p.

INTERIORES, Ministério da Justiça e Negócios. **EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS DA PARTE ESPECIAL DO CÓDIGO PENAL DECRETO-LEI N o 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940**. 1940. **Apud**. CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte Especial 2**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2014. **apud**. LEITE, Gisele. **Breves considerações sobre lesão corporal**. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4436 .

MACHADO, Leonardo Marcondes. **Consentimento do ofendido pode ser causa de diminuição de pena**. 2008. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2008-jul-13/consentimento_ofendido_causar_diminuicao_pena .

NICÉSIO, Raphael Gonçalves. **Ciclo do HIV**. 2011. Disponível em: <http://www.biomedicinabrasil.com/2011/06/ciclo-do-hiv.html> .

NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito Penal: Volume 2**. São Paulo: Rideel, 2003. **Apud**. CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal 1**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

RONCALLE, Camila Rodrigues Santiago; SILVA, Marcelo Sarsur Lucas da. **A RESPONSABILIDADE PENAL PELA TRANSMISSÃO DOLOSA DO VÍRUS HIV**. 2016. Disponível em: <http://npa.newtonpaiva.br/letrasjuridicas/?p=1691> .

REZENDE, Lucas Teixeira de. Responsabilidade penal pela transmissão do HIV. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18,n. 3823, 19 dez. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/26196> .

SANTINI, Jean-Louis. **Aids surgiu no Congo nos anos 20, revela história genética**. Disponível em: <http://exame.abril.com.br/ciencia/aids-surgiu-no-congo-nos-anos-20-revela-historia-genetica/> .

SAÚDE, Ministério da. **O que é AIDS?** 2014. Disponível em: <http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/links-de-interesse/286-aids/9049-o-que-e-aids> .

SAÚDE, Ministério da. **Sintomas e fases da Aids.** 2017. Disponível em:
<http://www.aids.gov.br/pt-br/publico-geral/o-que-e-hiv/sintomas-e-fases-da-aids>

UNAIDS. **Relatório global da epidemia AIDS.** 2016. Disponível em:
<http://unaids.org.br/estatisticas/>