



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A TRANSMISSÃO CONSCIENTE DO VÍRUS DA AIDS E AS DIVERGÊNCIAS QUANTO
À SUA TIPIIFICAÇÃO PENAL

Danielle Gonçalves da Silva Freitas

Rio de Janeiro
2017

DANIELLE GONÇALVES DA SILVA FREITAS

A TRANSMISSÃO CONSCIENTE DO VÍRUS DA AIDS E AS DIVERGÊNCIAS QUANTO
À SUA TIPIFICAÇÃO PENAL

Artigo apresentado como exigência de conclusão de
Curso de Pós-Graduação em Direito Penal e
Processual Penal da Escola da Magistratura do
Estado do Rio de Janeiro.

Professor Orientador:

Ana Lúcia da Costa Barros

Rio de Janeiro
2017

A TRANSMISSÃO CONSCIENTE DO VÍRUS DA AIDS E AS DIVERGÊNCIAS QUANTO À SUA TIPIFICAÇÃO PENAL

Danielle Gonçalves da Silva Freitas

Graduada pela Universidade Salvador – UNIFACS.
Advogada. Pós-graduada em Direito Penal e
Processual Penal da Escola da Magistratura do
Estado do Rio de Janeiro.

Resumo – a AIDS (*acquired immunodeficiency syndrome*) é uma doença transmitida pelo vírus do HIV (*human immunodeficiency virus*) que já circula entre os seres humanos a mais de cem anos. Em que pese ser transmitido principalmente através de relações sexuais sem o uso do preservativo, também é transmitido por meio de transfusões de sangue contaminado, agulhas hipodérmicas, outros instrumentos que furam ou cortam, não esterilizados, e de mãe para filho, durante a gravidez, o parto ou amamentação. A conduta daquele que transmite o vírus da AIDS de forma dolosa não encontra tipificação penal específica no nosso ordenamento jurídico, mais especificamente, no Código Penal Brasileiro. Em face dessa omissão, a doutrina e a jurisprudência tentam encaixar a conduta supracitada a tipos penais já existentes, o que causa uma enorme divergência entre doutrinadores e aplicadores do direito, dificultando por demais a uniformidade no tratamento da conduta quando da sua ocorrência. Assim, aponta-se como imprescindível a criação de um tipo penal específico para enquadrar tal conduta, com o objetivo de trazer segurança jurídica para todos aqueles que debruçam sobre a matéria, seja na vida prática, seja em debates acadêmicos.

Palavras-chave – Direito Penal. AIDS. Formas de transmissão. Enquadramento da conduta criminosa. Inexistência de tipo penal específico.

Sumário – Introdução. 1. A AIDS (*acquired immunodeficiency syndrome*) e as suas diversas formas de contágio: não se trata de doença venérea. 2. A conduta daquele que transmite de forma dolosa a AIDS e o seu enquadramento em tipos penais já existentes. 3. A AIDS e a necessidade de tipificar especificamente a conduta daquele que transmite a doença de forma dolosa. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O tema da transmissão consciente do vírus da AIDS e as divergências quanto à sua tipificação penal é questão bastante controvertida no Direito Penal Brasileiro. Na doutrina e na jurisprudência, é possível notar que o debate é acirrado e, ao mesmo tempo, nebuloso. Isso porque, trata-se de uma ação que não encontra tipificação específica na nossa legislação.

O Direito Penal é ramo do direito público formado por um conjunto de normas jurídicas

que regulam o poder punitivo do Estado, definindo crimes e a eles vinculando penas ou medidas de segurança. Ocorre que, em relação à conduta daquele que transmite o vírus da AIDS, isso não aconteceu, gerando uma enorme insegurança jurídica no momento de responsabilizar aqueles que praticam essa conduta.

Dessa forma, a questão legal gira em torno de uma adequação típica objetiva para essa situação recorrente no mundo dos fatos e que, até o presente momento, encontra-se desprotegida pelo Direito Penal.

Nesta abordagem geral serão necessários outros questionamentos pertinentes: O que é a AIDS (*acquired immunodeficiency syndrome*) e as suas diversas formas de contágio? Quais são as diferentes correntes e os seus argumentos para o enquadramento da conduta daquele que transmite de forma dolosa a AIDS em tipos penais já existentes? É possível a criação de uma tipificação específica?

Para tanto, é necessário primeiro comprovar que a AIDS não é moléstia venérea, afinal, ainda que passível de contágio através de relações sexuais ou de outros atos libidinosos, outras são as formas de contágio. Logo em seguida, atestar que não há, no ordenamento jurídico brasileiro, um tipo penal específico capaz de satisfazer o enquadramento da conduta daquele que transmite dolosamente a AIDS, demonstrando como a doutrina e a jurisprudência vem tratando do tema, enquadrando a conduta em tipos penais já existentes. E, por fim, apontar quais os fundamentos capazes de autorizar um novo enquadramento fornecendo ao Judiciário mecanismos para que possa solucionar, de forma mais segura e adequada, as controvérsias acerca do tema quando levadas ao seu conhecimento.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando a AIDS e suas diversas formas de transmissão por meio de conceitos e descrições médicos acerca da doença, e como ela vem sendo disseminada ao longo dos anos na sociedade brasileira.

Segue-se analisando, no segundo capítulo, os tipos penais já existentes no ordenamento jurídico brasileiro aos quais são enquadrados a conduta daquele que transmite de forma consciente a doença.

O terceiro capítulo destina-se a examinar a possibilidade da criação de um tipo penal específico que regule a temática.

Dessa forma, o que se pretende com o trabalho é fomentar a discussão acerca da necessidade de criação de um tipo penal específico em relação à conduta daquele que transmite

dolosamente a AIDS, com o intuito de tornar mais clara e segura a resposta judicial quando da ocorrência dessa conduta no mundo dos fatos. Isso porque, tentar enquadrar um fato específico à tipos penais já existentes, e que não foram criados para este propósito, torna a resposta punitiva estatal eivada de insegurança jurídica e maculadora de princípios penais.

O estudo que se pretende realizar segue a metodologia do tipo bibliográfica e histórica, qualitativa, descritiva, parcialmente exploratória.

1. A AIDS (ACQUIRED IMMUNODEFICIENCY SYNDROME) E AS SUAS DIVERSAS FORMAS DE CONTÁGIO: NÃO SE TRATA DE DOENÇA VENÉREA

A AIDS (*acquired immunodeficiency syndrome*) foi identificada pela primeira vez, no mundo, em junho de 1981, mais especificamente em Los Angeles, EUA. Apesar disso, estudos apontam que o vírus HIV (*human immunodeficiency virus*) já circula entre os seres humanos a mais de cem anos.

A teoria mais aceita para o surgimento da AIDS entre os humanos é que o vírus ingressou na nossa espécie a partir de aldeias no Oeste da África, que se alimentavam de macacos. Pouca gente conhece o SIV (*simian immunodeficiency virus*), que é um equivalente entre os macacos do causador da AIDS.¹

Deixando a África Subsaariana, migrou com algum viajante para o Haiti, e chegou aos Estados Unidos em 1969, onde seria descoberto doze anos depois, oportunidade em que já seriam identificados pelo menos 100.000 (cem mil) casos da doença, não esclarecidos, até então.²

Seu agente etiológico é um vírus, o HIV (*human immunodeficiency virus*), isolado no ano de 1983. A doença é caracterizada por intensa e contínua replicação viral, que resulta principalmente, na destruição das células de defesa CD4. Tal destruição, associada a outras alterações, leva a imunodeficiência.³

Existe uma estimativa de que cerca de 40 milhões de pessoas estão infectadas com o vírus HIV. Segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS), a maioria delas foi infectada entre os

¹CALZAVARA, Bruno. *Descoberta da AIDS completa trinta anos, mas a doença existe a mais de cem*. In: Hype Science. Bem-estar, principal, abril 2011. Disponível em: <<http://hypescience.com/descoberta-da-aids-completa-trinta-anos-mas-a-doenca-existe-ha-mais-de-cem/>>. Acesso em: 09 abr. 2017.

²Ibid.

³PACHECO, Tiago Marques. *Dolo de transmitir HIV e sua tipificação*. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/print.php?content=2.55085>>. Acesso em: 15 abr. 2017.

anos de 1980 e 2001, anos em que foram notificados 215.000 casos, sendo a proporção de 3:1 em homens e mulheres respectivamente.⁴

Como o HIV está presente no sangue, sêmen, secreção vaginal e leite materno, a AIDS é uma infecção viral altamente contagiosa que pode ser transmitida de diversas formas.

O HIV é transmitido principalmente através de relações sexuais sem o uso de preservativo (incluindo sexo anal e, até mesmo, oral), transfusões de sangue contaminado, agulhas hipodérmicas, seja pelo uso da mesma seringa, seja pela agulha contaminada, outros instrumentos que furam ou cortam, não esterilizados, e de mãe para filho, durante a gravidez, o parto ou amamentação, também chamada de transmissão vertical.⁵

Ademais, como bem complementa Pacheco⁶, o vírus pode ser transmitido pelo sangue, sêmen, fluido pré-seminal, fluido vaginal, leite materno e outros fluidos que contenham sangue. E mais, outros fluidos também podem transmitir o vírus, o fluido cérebro-espinhal, ao redor do cérebro e da medula espinhal; o líquido sinovial, presente nas articulações ósseas e o líquido amniótico que circunda o feto. Por fim, saliva, lágrimas e urina, não contém quantidades suficientes de HIV para transmitir a doença.

É preciso estar ciente que:

após o contágio, a doença pode demorar até 10 anos para se manifestar. Por isso, a pessoa pode ter o vírus HIV em seu corpo, mas ainda não ter AIDS. Ao desenvolver a AIDS, o HIV começa um processo de destruição dos glóbulos brancos do organismo da pessoa doente. Como esses glóbulos brancos fazem parte do sistema imunológico (de defesa) dos seres humanos, sem eles, o doente fica desprotegido e várias doenças oportunistas podem aparecer e complicar a saúde da pessoa. A pessoa portadora do vírus HIV, mesmo não tendo desenvolvido a doença, pode transmiti-la.⁷

Poucos indivíduos infectados não apresentam sinais de progressão da doença mesmo após 12 anos ou mais de contágio. Os possíveis mecanismos envolvidos para tal característica seriam: infecção por uma linhagem menos virulenta ou presença de características protetoras do sistema imune. A progressão da doença vai variar de indivíduo para indivíduo.⁸

⁴Ibid.

⁵WIKIPÉDIA, a enciclopédia livre. *Síndrome da imunodeficiência adquirida*. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/S%C3%ADndrome_da_imunodefici%C3%ancia_adquirida>. Acesso em: 07 jun. 2017.

⁶PACHECO, op. cit..

⁷AIDS. Contágio da Aids, medicamentos contra AIDS, sintomas da AIDS, formas de prevenção, tratamento, o vírus HIV, o desenvolvimento de vacinas contra Aids. Disponível em: <<http://www.suapesquisa.com/aids/>>. Acesso em: 16 mai. 2017.

⁸PACHECO, op. cit..

Infelizmente a medicina ainda não encontrou a cura para a Aids. O que se tem, hoje, são medicamentos que fazem o controle do vírus na pessoa com a doença. Estes medicamentos melhoram a qualidade de vida do paciente, aumentando a sobrevivência. O medicamento mais utilizado atualmente é o AZT (zidovudina) que é um bloqueador de transcriptase reversa. A principal função do AZT é impedir a reprodução do vírus da Aids ainda em sua fase inicial. Outros medicamentos usados no tratamento da Aids são: DDI (didanosina), DDC (zalcitabina), 3TC (lamivudina) e D4T (estavudina). Embora eficientes no controle do vírus, estes medicamentos provocam efeitos colaterais significativos nos rins, fígado e sistema imunológico dos pacientes.⁹

Assim, atualmente, por meio da terapia antirretroviral altamente ativa, observa-se uma redução do quadro de desnutrição, comum em portadores do vírus, da incidência de infecções oportunistas e o controle da multiplicação da carga viral, além da redução dos efeitos colaterais como obesidade, dislipidemia e lipodistrofia. Ou seja, o uso da terapia aumentou a sobrevivência dos pacientes, trazendo o status de doença crônica, segundo o ministério da saúde.¹⁰

É importante frisar que, a utilização desta terapia, chamada de antirretroviral, como todo e qualquer tratamento medicamentoso prolongado, apresenta efeitos colaterais graves, como a diabetes mellitus ou diabetes¹¹, dislipidemia ou hiperlipidemia ou hiperlipoproteinemia¹² e nefrotoxicidade¹³.

Ainda segundo Pacheco¹⁴

o tratamento deve ser individualizado, ou seja, de acordo com as peculiaridades de cada paciente. As metas gerais do tratamento consistem em: prolongar e melhorar a qualidade de vida a longo prazo, restaurar e preservar a função imunológica, maximizar a supressão da replicação viral, otimizar e estender a utilidade das terapias atualmente disponíveis, minimizar a toxicidade das drogas, controlar seus efeitos colaterais.

Atualmente, o mundo todo tem uma enorme preocupação no que tange ao desenvolvimento de uma vacina contra o vírus que transmite a AIDS. Cientistas e pesquisadores, das mais diversas áreas, trabalham incansavelmente em busca deste remédio preventivo. Porém, existe uma grande dificuldade, pois o HIV possui uma capacidade de mutação muito grande, dificultando o trabalho dos cientistas no desenvolvimento de vacinas.

⁹AIDS, op. cit..

¹⁰PACHECO, op. cit..

¹¹*Diabetes mellitus ou diabetes* é uma doença caracterizada pelo excesso de açúcar no sangue.

¹²*Dislipidemia ou hiperlipidemia ou hiperlipoproteinemia* é caracterizada pela presença de níveis elevados de lipídios (gorduras) no sangue.

¹³*Nefrotoxicidade* é o efeito venenoso de algumas substâncias, tanto químicos tóxicos como medicamentos, sobre os rins.

¹⁴PACHECO, op. cit..

Assim, hoje, não é possível falar em cura, mas apenas em tratamento à longo prazo para essa doença que muito mata em todo o mundo.

Dessa forma, e após breve análise do que vem a ser a AIDS e da identificação das suas diversas formas de contágio, é possível notar que essa doença não pode ser considerada uma doença venérea, afinal, segundo Nadal¹⁵, doenças venéreas são aquelas transmitidas única e exclusivamente pelo ato sexual, e a AIDS, por ser transmitida de outras formas é, sim, uma doença viral.

Logo, para que a conduta daquele que transmite a AIDS de forma dolosa seja enquadrada em algum tipo penal, faz-se necessário levar em consideração a conclusão supramencionada. A AIDS é uma doença caracterizada como transmissível por diversos meios, logo incapaz de adequar-se a qualquer tipo penal que descreva a transmissão de doenças venéreas.

2. A CONDUTA DAQUELE QUE TRANSMITE DE FORMA DOLOSA A AIDS E O SEU ENQUADRAMENTO EM TIPOS PENAIIS JÁ EXISTENTES

Após estudar, do ponto de vista das ciências médicas, o que vem a ser a AIDS, concluindo que a sua transmissão, enquanto doença viral, não ocorre apenas por meio de relações sexuais, é preciso analisar, do ponto de vista jurídico, qual a tipificação adequada para atribuir à conduta daquele indivíduo que, dolosamente, seja esse dolo direto ou eventual, pratica ato capaz de transmitir o vírus a outrem.

Assim, é necessário fazer uma análise dos diferentes posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais acerca do tema, demonstrando não haver uniformidade no tratamento da conduta supramencionada. O que, por fim, causa enorme insegurança jurídica quando diante da situação fática ocorrida.

Para alguns¹⁶, quando o agente busca transmitir o vírus da AIDS, propositadamente, pela via da relação sexual ou outra admissível, está ele enquadrado no tipo penal da tentativa de homicídio ou homicídio consumado – art. 121 do Código Penal ou art. 121 c/c 14, II, ambos do

¹⁵NADAL, Sidney Roberto; MANZIONE, Carmem Ruth. Identificação dos Grupos de Risco para as Doenças Sexualmente Transmitidas. Revista Brasileira Coloproct, v. 23; n. 2, p.128-129, 2003. Disponível em: <http://www.jcol.org.br/pdfs/23_2/12.pdf>. Acesso em: 05 jan. 2017.

¹⁶Guilherme de Souza Nucci, Rogério Greco, David Medina da Silva, Fernando Capez, Millaray Atalia Cortez Zambon, entre outros.

Código Penal¹⁷. Para outros¹⁸, porém, trata-se de um crime de lesão corporal gravíssima em razão da enfermidade incurável, na forma do art. 129, §2º, II do CP¹⁹. E, para uma terceira corrente, capitaneada pelo Supremo Tribunal Federal, a conduta enquadra-se nos delitos previstos nos arts. 130, §1º ou 131 do CP, perigo de contágio venéreo qualificado ou perigo de contágio de moléstia grave, respectivamente, dependendo da caracterização da AIDS como doença venérea ou não.

“O fato incontroverso é que há diversas tipificações possíveis – pelo menos a uma primeira observação – e cujas ponderações devem ser bem esmiuçadas, a fim de se desvendar qual é a verdadeira conduta praticada e o tipo correspondente.”²⁰ Isso porque, ao se tratar de matéria penal, deve-se buscar sempre a clareza e a objetividade quanto ao delito a ser imputado.

O perigo de contágio venéreo qualificado é assim tipificado²¹:

art. 130 - Expor alguém, por meio de relações sexuais ou qualquer ato libidinoso, a contágio de moléstia venérea, de que sabe ou deve saber que está contaminado:
Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa.
§ 1º - Se é intenção do agente transmitir a moléstia:
Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

Os defensores dessa primeira posição doutrinária entendem que a AIDS deve ser encarada como uma doença venérea. O tipo em questão trata daquele que expõe alguém, por meio de relações sexuais ou qualquer ato libidinoso, a contágio de moléstia venérea. Ou seja, “trata-se de crime de conduta vinculada, exigindo a conjunção carnal, o coito anal, o sexo oral ou qualquer ato de libidinagem que sirva para a satisfação da libido”.²²

Por sua vez, o contágio de moléstia grave tem a seguinte redação²³:

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 um a quatro anos, e multa.

Em contraponto à essa primeira corrente, exatamente por entender não ser a AIDS uma doença venérea, alguns doutrinadores tratam a conduta em análise como crime de perigo de

¹⁷BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm/>. Acesso em: 02 dez. 2016.

¹⁸Andrei Zenkner Schimidit, Juarez Tavares, Superior Tribunal de Justiça, Tribunal de Justiça do Distrito Federal, entre outros.

¹⁹BRASIL, op. cit., nota 17.

²⁰REZENDE, Lucas Teixeira de. *A responsabilidade penal pela transmissão do vírus HIV*. Disponível em: <https://www.jurisway.org.br/monografias/monografia.asp?id_dh=11481>. Acesso em: Mai. 2017.

²¹BRASIL, op. cit., nota 17.

²²AZEVEDO, Marcelo André de; SALIM, Alexandre. *Direito Penal: parte especial – dos crimes contra a pessoa aos crimes contra a família*. 4. ed. rev., atual. e ampl. Salvador, BA: Juspodivm, 2015, p. 107.

²³BRASIL, op. cit., nota 17.

contágio de moléstia grave. “Trata-se de um delito de perigo concreto, individual e iminente. A pessoa sofre o risco de contágio ou vem efetivamente a restar contagiada.”²⁴

Essa corrente já foi defendida pelo Supremo Tribunal Federal²⁵, em 2010, que em sede de *habeas corpus* afirmou que “descabe cogitar de tentativa de homicídio na espécie, porquanto há tipo específico considerada a imputação – perigo de contágio de moléstia grave. (...) Admita-se como fez o próprio acusado, a existência da moléstia grave e o fato de havê-la omitido.”

Uma terceira posição, que ganha bastante força nos manuais acadêmicos, defende que seria caso de homicídio, tentado ou consumado, qualificado ou simples, a depender do caso. Nesse sentido, Guilherme de Souza Nucci, Rogério Greco, David Medina da Silva, Fernando Capez, Millaray Atalia Cortez Zambon, entre outros.

Para Nucci²⁶, “quando o agente buscar transmitir o vírus da AIDS, propositadamente, pela via da relação sexual ou outra admissível (ex.: atirando sangue contaminado sobre a vítima), deve responder por tentativa de homicídio ou homicídio consumado (conforme o resultado atingido)”.

Greco, por sua vez, é mais detalhista na explicação²⁷:

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.

Na mesma linha de raciocínio, David Medina²⁸ entende que “qualquer infecção superveniente à conduta do agente encontrará, na vítima, condições próprias para prosperar e causar-lhe a morte, nada podendo afastar a hipótese de homicídio doloso”. E mais, se o agente sabe da sua condição de portador do vírus, e ainda assim mantém relações sexuais sem o uso de preservativo e sem comunicar à outra parte, assume o risco de transmitir a doença letal, caracterizando assim a tentativa de homicídio com dolo eventual.²⁹

Por fim, há uma corrente de pensamento que defende que a correta tipificação seria a de

²⁴AZEVEDO, op. cit., p. 120.

²⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC n. 98.712*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/hc98712MA.pdf>>. Acesso em: 09 jan. 2017.

²⁶NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 10. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 658.

²⁷GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. 5. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2011, p. 297.

²⁸SILVA, David Medina da. *O crime doloso*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 115.

²⁹ZAMBON, Millaray Atalia Cortez. A adequação típica da transmissão sexual do HIV. *Revista Jurídica do GAPARS*, Ano I, número I, p 12.

crime de lesão corporal gravíssima, previsto no art. 129, § 2º, II do CP, sob o argumento de que trata-se da transmissão de doença incurável.

Andrei Schimidt³⁰ afirma que:

quando o portador do vírus omite conscientemente essa sua condição para as pessoas que praticam, ou quando o infectado obriga, moral ou materialmente, a vítima não-infectada a expor-se a arriscada aventura, ou induz a erro (...) tendo em vista a atuação finalisticamente orientada à transmissão da doença, deve haver imputação do delito de lesão corporal qualificada por enfermidade incurável, na forma do art. 129, §2º, II, do CP brasileiro.

Exemplificando, Juarez Tavares³¹ também compartilha dessa conclusão:

tomemos, agora um exemplo um tanto polêmico: alguém infectado pelo vírus da AIDS mantém relações sexuais com outra pessoa sadia, transmitindo-lhe a doença.

(...)

(a) questão que se põe é acerca de que tipo, afinal, o agente infectado realiza, se homicídio ou lesões corporais graves. Aqui, o critério a vigorar será o de que o dolo, como vontade de realização da ação e do resultado, deve referir-se a uma ação imediata, e não a uma ação que, por sua cronicidade, conduza à morte. Portanto, só pode haver crime de lesão corporal grave e não homicídio.

A Quinta Turma do STJ³², em decisão proferida em sede de *habeas corpus*, concluiu que o ato de propagar síndrome da imunodeficiência adquirida deve ser hipótese de transmissão dolosa de doença incurável, conduta essa que deve ser apenada com mais rigor do que o ato de contaminar outra pessoa com moléstia grave. Logo, configura-se o delito previsto no art. 129, § 2º, II do CP.

Entendimento compartilhado em julgado mais recente do TJDF³³.

Por fim, uma última linha de pensamento analisa o dolo do agente para descobrir por qual crime ele deverá responder, tendo em vista que o direito penal brasileiro adota a teoria finalista da ação.

³⁰SCHIMIDT, Andrei Zenkner. Aspectos Jurídico-Penais da transmissão da AIDS. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 37, ano 10, jan/mar. 2002, p 231.

³¹TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 290.

³²BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC n. 160.982*. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:superior.tribunal.justica;turma.5:acordao;hc:2012-05-17;160982-1190360>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

³³BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Apelação Criminal n. 965.201*. Relator: Desembargador Cesar Loyola. Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&controladorId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.ControladorBuscaAcordao&visaoAnterior=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=resultado&comando=abrirDadosDoAcordao&enderecoDoServlet=sistj&historicoDePaginas=buscaLivre&quantidadeDeRegistros=20&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&numeroDaUltimaPagina=1&buscaIndexada=1&mostrarPaginaSelecaoTipoResultado=false&totalHit=s=1&internet=1&numeroDoDocumento=965201>. Acesso em: 25 jun. 2017.

Cezar Roberto Bitencourt³⁴ afirma que “a AIDS, que não é moléstia venérea e que não se transmite somente por atos sexuais, poderá tipificar o crime do art. 131, lesão corporal seguida de morte ou até mesmo homicídio, dependendo da intenção do agente, mas nunca o crime de perigo de contágio venéreo”.

Já para Luiz Régis Prado³⁵:

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

Esse foi, inclusive, o parecer do ex-ministro do STF, Ayres Britto, quando do seu voto no *habeas corpus* supracitado, HC 98.712³⁶, voto este vencido, na medida em que afirmou que:

a controvérsia é de ser resolvida com a máxima o finalismo penal, expressa na chamada ‘intenção do agente’; ou seja, fosse o propósito do agente apenas transmitir o vírus do HIV, o crime seria o do art. 131 do CP; fosse a intenção do réu ofender a integridade física das vítimas, o delito seria o do inciso II do §2º do art. 129 do CP; enfim, fosse o intento do autor da ação matar as vítimas, estaria configurado o homicídio (tentado ou consumado).

Ou seja, é preciso analisar a conduta do agente no que tange à sua vontade, leia-se no que tange ao elemento subjetivo da conduta. Assim, se o agente tem a intenção de transmitir o vírus e apenas isso, o art. 131 do CP traz a tipificação mais adequada. Agora, quando a intenção deixa de ser a simples transmissão e demonstra ele o interesse em causar dano à integridade física da vítima, é preciso puni-lo de forma mais rigorosa, aplicando, assim, o art. 129, §2º, II do CP. Por fim, quando o aplicador do direito entender que a intenção do agente gira em torno do resultado morte, ou seja, quando o agente usa a transmissão do vírus como meio para buscar a morte da vítima, nesse caso configura-se o crime de homicídio previsto no art. 121 do CP.

3. A AIDS E A NECESSIDADE DE TIPIFICAR ESPECIFICAMENTE A CONDOTA DAQUELE QUE TRANSMITE A DOENÇA DE FORMA DOLOSA

O fato incontroverso, até então sustentado, é que há diversas tipificações possíveis no

³⁴BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal, 2: parte especial: dos crimes contra a pessoa*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 250.

³⁵PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, v. 2. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 145.

³⁶BRASIL, op. cit., nota 26.

Código Penal Brasileiro que são utilizadas na tentativa de enquadrar a conduta daquele que transmite de forma dolosa o vírus da AIDS. Porém, tal forma de analogia buscada pelos doutrinadores e juristas, em face da ausência de tipificação específica, mostra-se de enorme fragilidade e grave insegurança jurídica. Isso porque, fazê-lo dessa forma, afronta diretamente os pilares do Direito Penal.

O Direito Penal é ramo do direito público formado por um conjunto de normas jurídicas que regulam o poder punitivo do Estado, definindo crimes e a eles vinculando penas ou medidas de segurança. É a expressão mais violenta do poder estatal sobre a liberdade individual.

Exatamente por se tratar de expressão mais violenta do poder estatal, é que para ser aplicado enquanto punição, o direito penal precisa definir o que vem a ser crime e quais as condutas serão tratadas como graves a ponto de merecerem um enquadramento penal nos tipos especiais previstos no Código Penal Brasileiro ou nas Legislações Especiais Penais.

Assim, se tem como um dos alicerces do Direito Penal o princípio da taxatividade, que nada mais é do que a exigência de que a conduta criminosa deve, obrigatoriamente, estar prevista de forma clara, precisa e explícita na lei penal incriminadora. Caso contrário, ela poderá ser considerada atípica (*nullun crimen, nulla poena, sine previa lege*). E mais, toda e qualquer analogia *in malam partem*, leia-se que denote prejuízo ao réu, é vedada. Logo, se a conduta não constar de tipo penal, não deve o intérprete valer-se de uma conduta semelhante para tentar enquadrar o sujeito ativo e, dessa forma, fazer incidir a sanção penal, por mais repugnante que seja essa conduta.³⁷

Por isso, ao observar cada uma das correntes que tentam enquadrar a conduta daquele que transmite de forma dolosa o vírus da AIDS, nota-se que nenhuma delas é capaz de preencher com exatidão os requisitos essenciais para que não se cometa o erro de aplicação analógica prejudicial ao agente criminoso, sendo, portanto, incapazes de taxar qual o tipo penal específico.

No que tange à primeira corrente, defendida por alguns doutrinadores que entendem como enquadramento possível a aplicação do artigo 130, §1º, do Código Penal, esta não consegue se sustentar em face do argumento de que a AIDS não pode ser considerada apenas uma doença venérea, afinal já restou claro que ela pode ser transmitida de diversas formas, não somente

³⁷JÚNIOR, Eudes Quintino de Oliveira. *A analogia e a interpretação extensiva no Direito Penal*. Disponível em: <<https://eudesquintino.jusbrasil.com.br/artigos/121823298/a-analogia-e-a-interpretacao-extensiva-no-direito-penal>>. Acesso em: Mai. 2017.

através da prática de conjunção carnal ou outro ato libidinoso.

É esse o entendimento, inclusive, do doutrinador Fernando Capez³⁸,

quanto à Aids, a transmissão dessa doença não configura o delito do art. 130 do CP, pois, além de não ser considerada doença venérea pela medicina, não é transmissível somente por meio de relações sexuais, mas também, por exemplo, por transfusão de sangue, emprego de seringas usadas. Do mesmo modo, a transmissão desse vírus também não configura o delito do art. 131, mas homicídio tentado ou consumado.

E Capez vai mais além, rechaçando também a segunda corrente, que entende ser possível enquadrar a conduta ao tipo penal do artigo 131 do Código Penal. Para esses doutrinadores, exatamente por entender não ser a AIDS uma doença venérea, a conduta em análise deve ser vista como crime de perigo de contágio de moléstia grave.

Ocorre que, embora seja indubitável que a AIDS é uma moléstia grave, quando o agente pretende contaminar alguém, age com dolo de dano, de modo a afastar a incidência do crime de perigo subsidiário, havendo novamente hipóteses de crimes mais graves tais como a tentativa de homicídio ou a lesão corporal gravíssima.³⁹

É também o entendimento da jurisprudência⁴⁰ quando afirma que:

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.

No que se refere à terceira corrente, que ganha bastante força nos manuais acadêmicos, e que entende ser homicídio, tentado ou consumado, qualificado ou simples, a depender do caso concreto, algumas críticas também são relevantes.

Já notória a eficácia do tratamento antirretroviral, capaz de prolongar naturalmente a vida do soropositivo, desde que aliado a uma boa qualidade de vida. a adesão correta ao programa pode acarretar na redução de até 96% da taxa de transmissão do vírus HIV nas relações sexuais.

³⁸CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*, 2: parte especial: dos crimes contra a pessoa a dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 207.

³⁹DELMANTO, Celso, et al. *Código Penal Comentado*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 230.

Consigne-se que Delmanto afirma que o artigo 131, CP pode ser aplicado ao caso de forma subsidiária quando não ocorrer a contaminação, com o que não se pode concordar, pois haveria sempre as figuras da tentativa de homicídio ou mesmo de lesão gravíssima aplicáveis a essa situação.

⁴⁰BRASIL, op. cit., nota 33.

Em termos jurídicos, tanto o prolongamento da vida quanto a diminuta possibilidade de transmissão do vírus implicam na total ruptura da tipificação penal como homicídio tentado. Afinal, não se pode falar que a transmissão incerta do vírus HIV é meio idôneo à persecução da morte de alguém, o que clama a figura do crime impossível, inibidora da aplicação do tipo penal aberto da tentativa.⁴¹

A AIDS não é sentença de morte. É sim uma moléstia incurável, mas não traduz o fim certo da vida, o que tornaria impossível aplicar o tipo penal do homicídio, seja simples ou qualificado, consumado ou tentado, afinal restaria inviável se chegar à certeza do resultado da conduta lesiva a curto e médio prazo, na maioria dos casos.

O Supremo Tribunal Federal⁴², no julgamento do HC 98.712/SP, firmou, inclusive, a compreensão de que a conduta de praticar ato sexual com a finalidade de transmitir AIDS não configura crime doloso contra a vida.

Seguindo informação contida nesse mesmo julgado citado, o STF afirma que 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, § 2º inciso II, do Código Penal. E esta é a quarta posição doutrinária a ser enfrentada. É possível enquadrar a conduta daquele que transmite de forma dolosa o vírus da AIDS ao tipo penal já existente no art. 129, § 2º inciso II, do Código Penal?

O TJDF⁴³, por exemplo, considerou que o marido que transmite, intencionalmente, o vírus HIV à sua parceira por meio de relação sexual não pratica perigo de contágio de moléstia grave, mas sim lesão corporal gravíssima (CP, art. 129, §2º, II), por se tratar de enfermidade incurável.

É inegável que a AIDS mata. Ainda que esse resultado possa vir a ser postergado em face do avanço da medicina no seu diagnóstico precoce e tratamento especializado, muitos serão os resultados morte daqueles que contraem a doença. Seja em razão de consequências diretas, seja em razão das doenças ditas oportunistas que se instalam em um organismo debilitado infectado, mas o resultado morte é inegável.

⁴¹REZENDE, op. cit..

⁴²BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC n. 98.712*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/hc98712MA.pdf>>. Acesso em: 04 jan. 2017.

⁴³BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Processo n. 2012.08.1.000627-9. 2ª Turma Criminal. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2016/outubro/reu-e-condenado-por-contaminar-companheira-intencionalmente-com-virus-hiv>>. Acesso em: 07 jul. 2017.

Assim, tratar a AIDS como lesão corporal gravíssima, é afirmar que todos aqueles que são infectados pelo vírus do HIV terão conhecimento de que contraíram a doença, serão capazes de enfrentar um tratamento que se estende por toda a vida, terão acesso aos medicamentos e tratamentos necessários, assim como capacidade psicológica de lidar com a doença. Porque apenas a esses será garantido o longo prazo de vida que se está a defender quando não se leva em consideração a morte eminente, entendendo apenas tratar-se de enfermidade incurável.

Tiago Pacheco⁴⁴ sintetiza a variedade de posicionamentos:

se o agente pratica a conduta com o fim de causar a morte de outrem (agindo com *animus necandi*), deve responder por tentativa de homicídio ou por homicídio consumado (art. 121 do CP); se a sua intenção era lesionar a integridade física de outra pessoa (agindo com *animus vulnerandi*), transmitindo-lhe a AIDS, deverá responder por lesão corporal de natureza gravíssima pela transmissão de doença incurável (art. 129, §2º, II, do CP); se não possuía intenção de lesar a integridade física da pessoa nem causar a sua morte, tão somente querendo praticar atos libidinosos ou conjunção carnal com a mesma, mesmo que sabendo estar contaminado com o vírus da AIDS, deverá responder perigo de contágio de moléstia grave (art. 131 do CP).

Diante de tudo quanto exposto, fica evidente a necessidade de o legislador brasileiro criar um tipo específico para o caso da transmissão dolosa da AIDS, visando a evitar a grave insegurança jurídica que paira sobre o assunto. Isso porque, conforme foi visto, há diversas correntes tratando do tema, podendo haver condenações em um ou noutro sentido para casos extremamente semelhantes, uma vez que todas as correntes supramencionadas são plausíveis e defensáveis.

CONCLUSÃO

A AIDS (*acquired immunodeficiency syndrome*) não pode ser considerada uma doença venérea, isso porque serão consideradas venéreas aquelas doenças transmitidas única e exclusivamente pelo ato sexual, e não é o que acontece com o vírus HIV. Assim, a primeira conclusão a qual pode-se chegar é a de que o vírus que transmite a AIDS poderá infectar pessoas por meio de diversas formas de contágio, afastando assim a tentativa de enquadrar a conduta daquele que dolosamente transmite a doença no tipo penal previsto no art. 130, §1º do Código Penal.

Logo, a AIDS não é moléstia venérea, afinal, ainda que passível de contágio através de

⁴⁴PACHECO, op. cit..

relações sexuais ou de outros atos libidinosos, outras são as formas de contágio.

Ademais, nota-se que diversos são os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais acerca do tema, o que dificulta bastante a uniformidade no tratamento da conduta supramencionada. É notório que a falta de tipo penal específico dá margem para o surgimento de inúmeras teses, bem como causa enorme insegurança jurídica quando o operador do direito se vê diante da situação fática ocorrida.

Para alguns a conduta amolda-se ao tipo penal da tentativa de homicídio ou homicídio consumado – art. 121 do Código Penal ou art. 121 c/c 14, II, ambos do Código Penal. O que não se sustenta em face da premissa de que a AIDS não é uma sentença de morte. Trata-se de uma doença incurável, mas não traduz o fim certo da vida. Assim, como não há viabilidade para se chegar à certeza do resultado da conduta lesiva a curto e médio prazo na maioria dos casos, torna-se inviável aplicar tais tipos penais.

Para outros, porém, trata-se de crime de lesão corporal gravíssima em razão da enfermidade incurável, nos moldes do art. 129, §2º, II do CP, posição esta defendida pelo STF. A conduta, nesse caso, deverá ser apenada com mais rigor do que o ato de contaminar pessoa com moléstia grave, porque o que se leva em consideração é o fato da AIDS tratar-se de enfermidade incurável. Ocorre que, se assim for considerado, haverá desproteção jurídica àqueles que são infectados pelo vírus do HIV sem o conhecimento prévio e que, exatamente por isso não têm acesso aos medicamentos e tratamentos necessários para garantir o “longo prazo” de sobrevivência, acelerando, assim, a morte eminente.

E para uma terceira corrente, trata-se de hipótese prevista nos delitos dos arts. 130, §1º ou 131 do CP, perigo de contágio venéreo qualificado ou perigo de contágio de moléstia grave, respectivamente. Porém, como já afirmado, a AIDS não pode ser considerada apenas uma doença venérea, afinal já restou claro que ela pode ser transmitida de diversas formas, não somente por meio da prática de conjunção carnal ou outro ato libidinoso. Logo, não é possível enquadrar a conduta estudada no art. 130, §1º do Código Penal. E, no que se refere ao tipo penal do art. 131 do mesmo código, ainda que seja incontroverso ser a AIDS uma moléstia grave, no atual estágio da ciência médica ela não só é uma doença grave, mas também incurável. Então, encaixá-la no tipo penal em comento seria tratar de forma leve algo gravíssimo, o que não pode ser permitido quando o que se leva em conta é a segurança das decisões judiciais e o seu poder de retributividade da pena ao crime imputado.

Do todo exposto, nota-se que nenhum dos tipos penais já existentes no ordenamento jurídico brasileiro é capaz de absorver adequadamente a conduta daquele que transmite dolosamente a AIDS, sendo imperioso a criação de um tipo penal específico capaz de terminar com as divergências doutrinárias e a insegurança jurídica trazida por essa omissão.

Trata-se, pois, de tornar mais clara e segura a resposta judicial quando da ocorrência dessa conduta no mundo dos fatos.

REFERÊNCIAS

AIDS. *Contágio da Aids, medicamentos contra AIDS, sintomas da AIDS, formas de prevenção, tratamento, o vírus HIV, o desenvolvimento de vacinas contra Aids*. Disponível em: <<http://www.suapesquisa.com/aids/>>. Acesso em: Mai. 2017.

AZEVEDO, Marcelo André de; SALIM, Alexandre. *Direito Penal: Parte Geral*. Rio de Janeiro: editora Juspodivim. 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal, 2: parte especial: dos crimes contra a pessoa*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm/>. Acesso em: Dez. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *HC n. 160.982/DF*. Relator: Min. Laurita Vaz. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:superior.tribunal.justica;turma.5:acordao;hc:2012-05-17;160982-1190360>>. Acesso em: Abr. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC n. 98.712*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/hc98712MA.pdf>>. Acesso em: Jan. 2017.

_____. TJDF. *Apelação Criminal n. 965.201*. Relator: Des. Cesar Loyola. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/institucional/jurisprudencia/informativos/2016/informativo-de-jurisprudencia-n-336/transmissao-intencional-do-virus-hiv-2013-lesao-corporal-gravissima>>. Acesso em: Jun. 2017.

_____. TJDF. *Processo n. 2012.08.1.000627-9*. 2ª Turma Criminal. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2016/outubro/reu-e-condenado-por-contaminar-companheira-intencionalmente-com-virus-hiv>>. Acesso em: Jul. 2017.

CALZAVARA, Bruno. *Descoberta da AIDS completa trinta anos, mas a doença existe a mais de cem*. In: Hype Science. Bem-estar, principal, abril 2011. Disponível em: <<http://hypescience.com/descoberta-da-aids-completa-trinta-anos-mas-a-doenca-existe-ha-mais>>.

de-cem/>. Acesso em: Abril. 2017.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal, 2: parte especial: dos crimes contra a pessoa a dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DELMANTO, Celso. *Código Penal Comentado*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. 5. ed. Niterói: Impetus, 2011.

JÚNIOR, Eudes Quintino de Oliveira. *A analogia e a interpretação extensiva no Direito Penal*. Disponível em: <<https://eudesquintino.jusbrasil.com.br/artigos/121823298/a-analogia-e-a-interpretacao-extensiva-no-direito-penal>>. Acesso em: Mai. 2017.

WIKIPÉDIA, enciclopédia livre. *Síndrome da imunodeficiência adquirida*. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/S%C3%ADndrome_da_imunodefici%C3%AAncia_adquirida>. Acesso em: Jun. 2017.

NADAL, Sidney Roberto; MANZIONE, Carmen Ruth. Identificação dos grupos de risco para as doenças sexualmente transmitidas. *Revista Brasileira Coloproct*, v. 23, n. 2, p. 128-129, 2003. Disponível em: <http://www.jcol.org.br/pdfs/23_2/12.pdf>. Acesso em: Jan. 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 10. ed. São Paulo: RT, 2010.

PACHECO, Tiago Marques. *Dolo de transmitir HIV e sua tipificação*. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/print.php?content=2.55085>>. Acesso em: Abril. 2017.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

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

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

SILVA, David Medina da. *O crime doloso*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

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

ZAMBON, Millaray Atalia Cortez. A adequação típica da transmissão sexual do HIV. *Revista Jurídica do GAP/RS*, Ano I, número I.