

A CONTAMINAÇÃO DOLOSA DO VÍRUS HIV E O DIREITO PENAL BRASILEIRO THE HIV VIRUS CONTAMINATION AND BRAZILIAN CRIMINAL LAW

ALEXANDRE JOSEPH BUDEMBERG FILHO ¹

SUMÁRIO. Introdução. 1. Origem, conceito e esclarecimento acerca do vírus HIV. 1.1 Etiologia. 2.2 A Epidemia no mundo. 1.2.1 A Epidemia no Brasil. 1.3 Transmissão. 1.4 Direito penal brasileiro e seus elementos. 1.4.1 Criminalização da transmissão do HIV. 1.5 Análise acerca da tipificação diante de circunstâncias fáticas diferentes acerca da contaminação dolosa do vírus HIV. Conclusão. Referências Bibliográficas.

Introdução

As primeiras constatações da ocorrência da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (AIDS) datam de 1981, nos Estados Unidos. Atualmente, esta síndrome já

RESUMO: A Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (AIDS) caracteriza-se por uma manifestação clínica avançada da infecção pelo *Human Immunodeficient Virus* (HIV), ocasionando uma imunossupressão progressiva, resultando em infecções oportunistas, que são condições definidoras da enfermidade na presença da infecção pelo HIV. No Brasil não há lei específica para punir a transmissão dolosa do HIV, contudo, há doutrina e jurisprudência acerca do tipo penal adequado à conduta, o que causa grande instabilidade jurídica em relação da possibilidade punitiva do agente transmissor do HIV. Os objetivos deste trabalho são esclarecer as hipóteses quanto ao tipo penal da conduta; analisar o fato dentro da seara do direito penal no Brasil e desenvolver argumentos acerca do dolo e demais elementos sobre a contaminação do vírus HIV. O procedimento técnico utilizado neste artigo é a revisão bibliográfica, e a metodologia é a pesquisa qualitativa. Concluiu-se, portanto, que no Direito Penal para se criminalizar uma conduta deve-se analisar o dolo, e, considerando este fator, observa-se que não se pode afirmar com clareza se um agente tem o intuito de matar visando a transmissão do HIV. Conforme entendimento recente do Supremo Tribunal Federal a transmissão consciente do vírus HIV, gerador da Aids, conforma lesão corporal grave, delito previsto no artigo 129, parágrafo 2, do Código Penal (CP), em caso de não haver contágio. Havendo o contágio, o crime é mais grave, em conformidade com as circunstâncias pode ser homicídio consumado ou tentado, ou ainda lesão corporal de natureza grave.

Palavras-chave: Vírus HIV - Contaminação dolosa - Direito Penal Brasileiro.

ABSTRACT: The Acquired Immunodeficiency Syndrome (AIDS) is characterized by an advanced clinical manifestation of infection by the Human Immunodeficient Virus (HIV), causing a progressive immunosuppression, resulting in opportunistic infections, which are defining conditions of the disease in the presence of HIV infection. In Brazil, there is no specific law to punish the intentional transmission of HIV, however, there is doctrine and jurisprudence about the penal type appropriate to the conduct, which causes great legal instability regarding the punitive possibility of the HIV transmitting agent. The objectives of this work are to clarify the hypotheses regarding the penal type of conduct; analyze the fact within the field of criminal law in Brazil and develop arguments about fraud and other elements about the contamination of the HIV virus. The technical procedure used in this article is the bibliographic review, and the methodology is qualitative research. It was concluded, therefore, that in Criminal Law to criminalize a conduct, it is necessary to analyze the deceit, and considering this factor, it is observed that it cannot be clearly stated whether an agent intends to kill aiming at the transmission HIV. According to a recent understanding of the Federal Supreme Court, the conscious transmission of the HIV virus, which generates AIDS, constitutes a serious bodily injury, a crime provided for in Article 129, paragraph 2, of the Penal Code (CP), in case there is no contagion. If there is contagion, the crime is more serious, in accordance with the circumstances it may be a consummated or attempted homicide, or even a personal injury of a serious nature.

Keywords: HIV virus - Willful contamination - Brazilian Criminal Law.

¹Aluno do curso de Direito, da Faculdade de Direito de Sorocaba.

foi descrita em diversos países, enquadrando-se como uma das epidemias de maior gravidade dos últimos anos.

Pesquisas realizadas na França e nos Estados Unidos levaram a identificação, em 1983, de um retrovírus até então desconhecido, que passou a ser designado pela sigla HTLV III (Vírus Linfo trópico da Célula T Humana), então conhecido atualmente como o Vírus da Imunodeficiência Humana, agente etiológico da AIDS.

A contaminação pelo *Human Immunodeficient Virus* (HIV) ou Vírus da Imunodeficiência Humana ainda é um tema considerado tabu para muitos. Mas diante do avanço nos tratamentos, que proporciona uma vida usual aos portadores, muitos têm deixado de lado os métodos de prevenção e os casos continuam a crescer.

A Síndrome da Imunodeficiência Adquirida caracteriza-se por acentuada deficiência do sistema imunológico mediado por células, resultante da ação citolítica específica daquele vírus sobre as células T auxiliaadoras. A transmissão vertical deste vírus trata-se de uma ocorrência observada, não sendo, no entanto, possível determinar se o HIV é transmitido ao zigoto de um o ovócito ou esperma infectado, se o zigoto é infectado por vírus presente nas células da mucosa uterina, ou, no caso dos animais placentários, se pelo sangue. Não há uma população considerada grupo de risco, havendo, porém, estilos de vida convencionados como de maior risco, como homens que fazem sexo com homens (HSH) e heterossexuais com frequente exposição sexual com riscos de transmissão, hemofílicos, profissionais do sexo e usuários de drogas, especialmente as injetáveis.

A AIDS se converteu na grande epidemia do século XX, e a projeção a futuro sobre a expansão desta doença se transforma num considerável ônus para os sobrecarregados sistemas assistenciais da maioria dos países afetados. Muitos fatores se encontram afetados pelo impacto da AIDS. Este impacto não se limita com exclusividade às estatísticas sanitárias. Propõem ademais, um grave problema econômico dado o alto custo que implica a assistência aos portadores do vírus.

Por sua vez, a AIDS tem uma repercussão social, e modificou condutas e hábitos. As más condições de vida, as dificuldades para conseguir um acesso fluido aos sistemas de saúde e as carências educativas de grande parte da população, favorecem o crescimento incessante da epidemia.

A transmissão dolosa do vírus da imunodeficiência humana (HIV) configura qual crime no Direito Penal Brasileiro? Homicídio simples, homicídio qualificado, lesão corporal gravíssima ou crime de perigo de contágio de moléstia grave? Quais são as consequências jurídicas, tanto para quem comete o ato dolosamente, quanto para quem comete o ato sem o dolo? Admite-se a tentativa mesmo que o contágio não tenha se consumado?

O que tem prevalecido perante os tribunais, segundo Cunha (2018, p. 89), é o consenso que a transmissão intencional do HIV caracteriza os delitos dispostos no Código Penal Brasileiro no artigo 131, perigo de contágio de moléstia grave, tentado ou consumado; e no artigo 129, § 2º, inciso II, lesão corporal qualificada pela transmissão de enfermidade incurável) ou, nos casos em que a vítima já é debilitada, art. 121, tentado ou consumado, onde a tipificação dependerá da circunstância fática.

Trata-se de um tema recorrente na atualidade que desperta dúvidas e interesse quanto à correta tipificação penal da conduta dolosa de transmitir o vírus. Destarte, as consequências jurídicas, uma vez dependendo das circunstâncias fáticas, contém uma sanção mais grave ou adequada no ponto de vista de quem assimila juridicamente.

Outrossim, é essencial a ponderação sobre a aplicabilidade de mais tipos penais, tanto os mais rigorosos, quanto os mais graves, sendo necessário analisar o dolo, a conduta, o efeito, onexo causal e a tipicidade de todo o fato produzido, podendo tratar melhor acerca da tipificação apropriada do crime, além de outros pontos a serem levantados, como exemplo a fatalidade do HIV, a admissibilidade de tentativa, a culpabilidade do agente e elementos acerca de todo o contexto aqui levantado.

O objetivo deste trabalho será esclarecer as hipóteses quanto ao tipo penal da conduta; analisar o fato dentro do direito penal brasileiro e desenvolver argumentos acerca do dolo e demais elementos sobre a contaminação do HIV e os objetivos específicos serão analisar elementos anteriores, posteriores e essenciais acerca da conduta de contaminar outrem dolosamente com o vírus HIV, demonstrar como se enquadra no direito penal brasileiro e destacar os argumentos quanto às hipóteses de dolo do agente, tipo penal, conduta, resultado, consumação, tentativa e culpabilidade do agente que pratica a conduta, bem como explanar quais seriam as tipificações penais adequadas diante das circunstâncias fáticas e suas consequências dentro no ordenamento jurídico.

Acerca da metodologia, conjunto de métodos e técnicas utilizadas para produzir o conhecimento a partir da definição dos seus propósitos, abordagens, cenários, sujeitos e objetos, procedimentos e instrumentos de análise, utilizou-se neste artigo a pesquisa exploratória e descritiva, onde a pesquisa exploratória visou construir a bagagem de um referencial teórico concreto para elucidar os temas e subtemas envolvidos na questão central do trabalho (LAKATOS; MARCONI, 2003). Já a pesquisa descritiva foi utilizada para obter uma análise do objeto de estudo, observando dados qualitativos para investigar, de forma profunda, a opinião de um dado público com relação a um produto, bem ou serviço.

O procedimento técnico utilizado neste artigo foi a revisão bibliográfica, que consiste em um apanhado de documentos - livros, artigos, jurisprudência, doutrina e legislação, que permitiu identificar os dados utilizados para a elaboração do trabalho. O desenvolvimento do trabalho estruturou-se em introdução; revisão bibliográfica da origem, conceitos e demais esclarecimentos acerca do vírus da imunodeficiência humana; a situação epidemiológica no mundo e no Brasil; partindo, então, para o tema central do artigo, a explanação acerca da criminalização da transmissão do HIV e sua tipificação no ordenamento brasileiro. Os resultados não serão baseados em dados numéricos, mas em depoimentos e informações dos pesquisados.

1. Origem, conceito e esclarecimento acerca do vírus HIV

Apesar da incerteza da origem do HIV, desde 1999, há comprovações científicas, através de testes genéticos, da semelhança do HIV com a família dos retrovírus relacionada a primatas não humanos, os macacos-verdes (*Cercopithecus aethiops*) da África Subsaariana (local onde ocorreram as primeiras manifestações clínicas da doença) que são portadores do SIV (Vírus da Imunodeficiência Símia), que, de acordo com teorias científicas, teria sofrido mutações resultando em um vírus extremamente agressivo ao organismo humano: o HIV. A provável forma de transmissão do SIV ao homem ocorreu através da ingestão de sangue de animais sacrificados em rituais religiosos.

O registro mais antigo de infecção pelo HIV, 1959, consta de uma amostra sanguínea de um homem africano da etnia bantu, que viveu em Leopoldville, hoje

Kinshasa, no Congo, publicado apenas em 19986. Outros registros foram encontrados no período compreendido entre 1977-1978, nos Estados Unidos, no Haiti e na África Central e em 1980 no Brasil (São Paulo), apenas descobertos e definidos como AIDS em 1982.

Entretanto, a Síndrome da Imunodeficiência Adquirida somente foi descrita em 1981 devido à aglomeração de casos de sarcoma de Kaposi e de pneumonia por *Pneumocystis carinii* em pacientes homossexuais masculinos procedentes de grandes cidades norte-americanas como Nova York, Los Angeles e Califórnia, de causa desconhecida.

Por volta de 1982, as vias de transmissão da infecção (contato sexual, uso de drogas e exposição a sangue e derivados) já eram sabidamente conhecidas. Em 1984, o cientista Luc Montagnier (Instituto Pasteur, Paris) disputou a descoberta do HIV com o médico americano Robert Gallo (Instituto Nacional do Câncer, Estados Unidos da América). Em 23 de abril do mesmo ano, Robert Gallo vence a disputa, designando o vírus da AIDS de HTLV-III, denominação substituída por HIV, posteriormente, em 1985, quando o primeiro teste anti-HIV se encontra disponível para realização de diagnóstico da infecção. No ano de 1986, um outro tipo do HIV, denominado HIV-2, foi isolado de pacientes soropositivos na África Ocidental.

Marques e Mansur (2016), salienta que o HIV infecta, principalmente, as células que apresentam a molécula CD4 em sua superfície, os linfócitos CD4 (T4 ou T helper) e os macrófagos. A molécula CD4 age como receptor do vírus, mediando a invasão celular. É também essencial para que a infecção ocorra a presença das moléculas CCR5, CXCR4 e CCR2 (receptores de quimiocinas) presentes na superfície das células (identificadas em 1996).

Segundo Coura (2015), clinicamente, as síndromes causadas pela infecção pelo HIV são geralmente explicadas por um dos três mecanismos conhecidos: Imunodeficiência: - a imunodeficiência é um resultado direto dos efeitos do HIV sobre as células do sistema imune. As infecções e neoplasias estão presentes, como em outros estados de imunodeficiência congênita ou adquirida; Autoimunidade: a autoimunidade pode ocorrer como resultado da disfunção da imunidade celular ou dos linfócitos B. Exemplos de ambos os mecanismos são a infiltração linfocítica de órgãos e a fabricação de auto anticorpos. Esses fenômenos podem ser as únicas manifestações clínicas da doença ou podem coexistir com imunodeficiência óbvia e Disfunção Neurológica.

De acordo com Marques e Mansur (2016), conhecer as especificidades do vírus quanto a sua tipologia celular, bem como conhecer suas armas, é fundamental para compreender os fenômenos patológicos que advêm no transcurso da doença e a terapêutica antirretroviral. As células-alvo do vírus, os linfócitos TCD4, são fundamentais na resposta imunológica global. Elas comandam e modulam toda a atividade de ataque do sistema de defesa a um agente invasor. A infecção dessas células leva a uma série de defeitos imunológicos, como diminuição e morte das células T4 e diminuição da função das células T8, macrófagos e células B. Por fim, o organismo humano não consegue mais se defender eficientemente contra vírus, fungos e bactérias, podendo desenvolver infecções oportunistas e neoplasmas tumores benignos ou malignos.

Com o surgimento dos antirretrovirais, novas perspectivas foram delineadas para a erradicação da doença. O AZT (Zidovudina), um inibidor da transcriptase reversa, foi a primeira droga lançada no mercado, em 1987. Seguem-se, então, o Videx, ddl (Didanosina), em 1991; logo após, em 1995, Zerti®, d4T (Estavudina) e Eпивir, 3TC (Lamivudina), também inibidores da transcriptase reversa.

Hodiernamente, o tratamento da AIDS recorre ao uso da terapia combinada, que se traduz pela associação de duas ou mais drogas da mesma classe farmacológica ou de classes farmacológicas diferentes. Para tanto, encontram-se disponíveis no mercado oito tipos de inibidores da enzima transcriptase reversa, classificados em nucleosídeos, não nucleosídeos e nucleotídeos, assim como cinco tipos de inibidores de protease.

Segundo a Fiocruz (Fundação Instituto Oswaldo Cruz), em junho/2007 iniciou-se a segunda fase de estudos da vacina terapêutica da AIDS. A primeira etapa do projeto teve resultado apresentado em 2004, reduzindo em até 80% a presença do HIV em brasileiros infectados, além de reduzir a resistência à terapia antirretroviral em alguns indivíduos, promovendo uma nova alternativa de tratamento, principalmente aos pacientes hiper-resistentes.

1.1 Etiologia

“Os vírus da imunodeficiência humana, HIV-1 e HIV-2, pertencem à família Retroviridae, na subfamília dos lentivírus e se manifestam por infecção persistente, a despeito da resposta imune do hospedeiro” (COURA, 2015, p. 23). Possuem forma esférica e tamanho aproximado da ordem de 100nm (nanômetros) de diâmetro, com um núcleo viral constituído de duas fitas de RNA (Ácido Ribonucléico) e proteínas estruturais estabilizadas por um capsídeo protéico, circundado por um envelope externo de glicoproteínas em uma membrana lipídica.

Assim como o HIV-1, o HIV-2 infecta seletivamente as células TCD4, causando imunodeficiência profunda e AIDS indistinguível da ocasionada pelo HIV-1, sendo, em geral, menos virulento que o HIV-1, pois provoca doença após período de tempo mais prolongado.

O HIV é bastante lábil no meio externo, sendo inativado por uma abundância de agentes físicos, como o calor, como também de agentes químicos, a citar o hipoclorito de sódio, o glutaraldeído, entre outros.

1.2 A Epidemia no mundo

Segundo o Programa Conjunto das Nações Unidas sobre HIV/AIDS (UNAIDS), no período de 1997 a 1998, aproximadamente 31 milhões de pessoas eram portadoras do vírus da imunodeficiência humana no mundo, na seguinte proporção: 300.000 no Caribe, acima de 800.000 nos Estados Unidos da América, 500.000 na Europa Ocidental, 150.000 na Europa Oriental, 440.000 na China, 1,3 milhões na América Latina, 200.000 na África do Norte, 21 milhões na África Subsaariana (cerca de 70% do total de casos de HIV no mundo) e 6 milhões a 6,5 milhões somente no sudeste asiático, principalmente em países como a Índia, a Tailândia, entre outros. No Brasil, a depender da região geográfica considerada, em média 0,5% a 1% da população encontrava-se infectada.

Concomitantemente ao rápido crescimento nas regiões de maiores densidades populacionais (Ásia e Leste Europeu), a epidemia adquiriu estabilidade em países como o Brasil e os Estados Unidos da América, com mudança de dinâmica: mais predominante em heterossexuais e com distribuição equivalente entre os sexos, favorecendo a transmissão perinatal. Logo, por volta de 1997, com o advento do uso dos antirretrovirais, a epidemia iniciou declínio, apresentando taxa de letalidade 50% inferior à taxa de letalidade em 1993.

De acordo com o UNAIDS, em 2005, 40,3 milhões de pessoas estavam infectadas pelo HIV no mundo, apresentando substancial aumento do número de casos de infecção entre as mulheres, devido, principalmente, a transmissão heterossexual.

A exceção do Caribe, apesar das reduzidas taxas de infecção pelo HIV em certos países, o número total de indivíduos infectados pelo HIV, no mundo, ainda foi crescente em 2005, contando com 5 milhões de casos novos, superando o ano de 2003 em cerca de 2,8 milhões de casos. Os aumentos mais acentuados foram encontrados na Europa Oriental, na Ásia Central e na Ásia Oriental, com destaque para a África Subsaariana, que permaneceu a mais afetada em termos globais.

Dados de UNAIDS, novembro de 2016, afirmaram que cerca de 37,2 milhões de adultos e 2,3 milhões de crianças encontravam-se infectados pelo HIV. Noventa por cento das crianças recentemente infectadas deveram-se à transmissão vertical ou à amamentação; destas, 19% ocorreram na África Subsaariana. De janeiro a novembro de 2006, 4,3 milhões de indivíduos foram infectados pelo HIV e 2,9 milhões de óbitos foram contabilizados, apesar do uso da terapia antiretroviral (MARQUES; MANSUR, 2016).

A maioria dos indivíduos infectados pelo HIV (95% da população mundial infectada), pertence aos países em desenvolvimento. Nos países desenvolvidos, a taxa de prevalência dos indivíduos infectados pelo HIV continua a aumentar, devido ao acesso difundido da terapia antirretroviral nesses países, prolongando a expectativa de vida desses indivíduos e aumentando a proporção de transmissão do HIV.

Ao final de 2016, a África Subsaariana foi a região do mundo mais afetada pela epidemia da AIDS, contabilizando cerca de 2,1 milhões de óbitos. A situação mundial da infecção pelo HIV, nessa época, distribuiu-se da seguinte forma: 270.000 indivíduos infectados na Europa Oriental e na Ásia Central, 940.000 na Rússia, 8,5 milhões na Ásia, 5,7 milhões na Índia, 650.000 na China, 58.000 na Tailândia, 460.000 no Oriente Médio e na África do Norte e aproximadamente 2 milhões na América Latina e no Caribe (MARQUES; MANSUR, 2016).

Ainda segundo a UNAIDS até o final de 2018 37,9 milhões de pessoas vivem com HIV em todo o mundo, totalizando 74,9 milhões contaminados desde o início da epidemia.

1.2.1 A epidemia no Brasil

No Brasil, a propagação da infecção pelo HIV, de inicialmente restrita a alguns círculos cosmopolitas das metrópoles nacionais e marcadamente masculina, atualmente enquadra-se nos processos de heterossexualização, feminização, interiorização e pauperização. Além destas tendências, é notório o aumento da sobrevivência dos pacientes devido aos avanços tecnológicos e científicos na etiopatogenia da AIDS, permitindo novas intervenções diagnósticas, profiláticas e terapêuticas (COURA, 2015).

Em 1980, quando do início da epidemia no país, os homens homossexuais e bissexuais constituíam o segmento da população mais atingido. Atualmente, o fenômeno da heterossexualização é a característica mais importante da dinâmica epidemiológica nacional, com expressão relevante em todas as regiões, sendo o responsável pelo crescimento substancial de casos em mulheres.

A feminização da epidemia retrata-se pelo aumento progressivo do número de casos da infecção entre as mulheres. Ao surgir da epidemia, a proporção de casos entre os sexos era de 26 homens para cada 10 mulheres e nos últimos três anos, 15 homens para cada 10 mulheres. Na faixa etária de 13 a 19 anos, foi constatada relação de 10 homens para cada 18 mulheres.

Ao final da década de 80, evidenciou-se a disseminação da epidemia do eixo Rio de Janeiro - São Paulo para as demais metrópoles regionais brasileiras (municípios de médio e pequeno porte do país), com dinâmicas regionais e populacionais distintas. Enfim, o processo de empobrecimento, no Brasil, é definido pelo aumento da proporção de casos da infecção pelo HIV nos indivíduos de baixa escolaridade.

Dos primórdios da epidemia no país, 1980, a junho de 2016, no Brasil, o número de casos notificados, até então, alcançou um total de 433.067, perfazendo a razão entre os sexos de 15 homens para cada 10 mulheres. Entre 2007-2016, a taxa de incidência da epidemia na faixa etária acima dos 50 anos de idade revelou-se aumentada: de 50-59 anos, a relação entre os sexos masculino/feminino, respectivamente, passou de 18,2/6,0 para 29,8/17,3; da mesma forma, desde os 60 anos, a relação aumentou de 5,9/1,7 para 8,8/4,6 (COURA, 2015).

Segundo o banco de dados do Banco de Dados do Sistema Único de Saúde (DATASUS), foram notificados 5847 casos de infecção pelo HIV no país, estando a maioria desses concentrados no estado de São Paulo (1524 casos notificados), ao passo que a minoria se encontrava no estado do Acre (11 casos notificados). A relação entre os sexos (homem/mulher) foi de 3659/2188, predominando a raça branca (2894 casos notificados) em relação à raça não branca (preta, amarela, parda e indígena), com 2385 casos notificados; 568 indivíduos foram classificados de raça ignorada. Ainda, a idade predominante foi de 37 anos (238 casos notificados) e a via heterossexual (3531 casos notificados) foi o modo de transmissão mais encontrado (PEREIRA, 2014).

De modo específico, no estado do Maranhão, ainda de acordo com o DATASUS, 256 casos foram notificados até então, com 79 casos notificados no período referido, cuja relação entre os sexos homem/mulher foi de 149/107, com predominância da raça não branca (68 casos notificados) em relação à raça branca (23 casos notificados); houve 165 casos de raça ignorada. A idade mais acometida foi a de 30 anos (PEREIRA, 2014).

Os dados mais recentes do Boletim Epidemiológico HIV/Aids do ano de 2019, desenvolvido pelo Departamento de Doenças de Condições Crônicas e Infecções Sexualmente Transmissíveis, da Secretaria de Vigilância em Saúde, do Ministério da Saúde (DCCI/SVS/MS), informam que em 2018 foram notificados 43.941 casos de infecção pelo HIV no território brasileiro, sendo 5.084 (11,6%) na região Norte, 10.808 (24,6%) casos na região Nordeste, 16.586 (37,7%) na região Sudeste, 7.838 (17,8%) na região Sul e 3.625 (8,2%) na região Centro-Oeste, onde a maioria dos casos de infecção pelo HIV encontra-se na faixa de 20 a 34 anos, na população negra (49,7%) e predomínio de casos em homens (PEREIRA et al., 2019).

1.3 Transmissão

Comumente, a infecção pelo HIV decorre da transferência de fluidos corporais de um indivíduo infectado para um não infectado, sendo caracterizada

por um decréscimo progressivo do número de células TCD4, acompanhado da ativação das células TCD8 (Linfócitos T com Grupamento de Diferenciação 8), responsáveis pela eliminação das células infectadas, assim como pela soroconversão, e concomitante a um acréscimo da carga viral.

Dentre os fatores que podem influenciar a replicação viral, desde o início da infecção, encontram-se a aptidão do vírus infectante, alguns fatores genéticos e a resposta imune do hospedeiro. O início da infecção, em 40%-70% dos pacientes, é acompanhado de uma síndrome mononucleose símile, aproximadamente duas semanas após o contágio, cujos sinais e sintomas típicos incluem febre, adenomegalia, faringite, exantema transitório e meningite asséptica, além de mialgias e artralguas, leucopenia, trombocitopenia, náuseas, diarreia, cefaleia e encefalopatia, devido à rápida disseminação e localização virais, preferencialmente nos tecidos linfoides, através da ligação do HIV aos receptores CD4 de linfócitos T auxiliares e outras células mononucleares (MARQUES; MANSUR, 2016).

Esses sintomas são acompanhados por viremia plasmática significativa, ou seja, a presença do vírus no sangue, sendo um estudo para medir o progresso de uma doença viral, com títulos máximos atingindo 10⁷ vírions/ml (vírions por mililitros), ocasião em que ocorre também nível elevado do antígeno p24 (proteína de 24 kilodaltons) do HIV-1 circulante. Em geral, tais pacientes tornam-se antigenêmicos para p24 nos poucos dias ou semanas que precedem a soroconversão. A replicação viral é controlada apenas parcialmente nos meses ou anos que se seguem à infecção e à soroconversão, pois mesmo durante os estágios clínicos quiescentes, segue-se uma replicação viral substancial, acarretando progressiva destruição das células TCD4 (COURA, 2015).

A resposta imune do hospedeiro controla inicialmente a infecção pelo HIV, resolvendo os sintomas de fase aguda. Devido à natureza não específica desses sintomas, o diagnóstico da infecção torna-se prejudicado, pois os sintomas, principalmente na fase inicial, são dificilmente reconhecidos como sinais da infecção pelo HIV (COURA, 2015).

O HIV foi demonstrado no líquido seminal tanto no interior de células mononucleares infectadas como em estado livre, parecendo se concentrar no líquido seminal, em particular nos casos em que há aumento da quantidade de linfócitos e leucócitos no sêmen, como nas afecções genitais inflamatórias como uretrite e epididimite, afecções estreitamente relacionadas com outras Doenças Sexualmente Transmissíveis (DSTs). O vírus também foi demonstrado em esfregaços cervicais e no líquido vaginal. Há uma forte associação da transmissão do HIV com o intercuro anal receptivo, provavelmente pelo fato de apenas uma fina e frágil mucosa retal separar o sêmen depositado das células potencialmente susceptíveis na mucosa e embaixo dela e do traumatismo associado ao coito anal, ainda complementa dizendo que o organismo viral elevado no sêmen, dentro de linfócitos e no estado livre de células, penetrando no corpo do receptor através de escoriações na mucosa retal. A transmissão viral ocorre de duas maneiras: (1) inoculação direta nos vasos sanguíneos rompidos por traumatismo e (2) dentro das células de Langerhans no interior da mucosa (PEREIRA, 2014).

Uma vez agravada a imunodepressão, o portador da infecção pelo HIV apresenta infecções oportunistas (IO), causadas por microrganismos não considerados usualmente patogênicos, ou seja, não capazes de desencadear doença em pessoas

com sistema imune normal. No entanto, microrganismos normalmente patogênicos também podem, eventualmente, ser causadores de IO. Porém, nessa situação, as infecções necessariamente assumem um caráter de maior gravidade ou agressividade, para serem consideradas oportunistas (DELMANTO, 2016, p. 45).

Até que a vacinação seja uma realidade, a prevenção da infecção pelo HIV dependerá de precauções efetivas com relação à prática sexual e ao uso de drogas intravenosas, de exames de produtos derivados sangue e do controle de infecções. Os médicos responsáveis pelos cuidados primários devem, rotineiramente, obter uma história sexual e uma avaliação dos fatores de risco de seus pacientes, além de realizar os testes de HIV quando necessário e fornecer um aconselhamento pré e pós-teste. O aconselhamento pré-teste deve incluir uma revisão dos fatores de risco para a infecção pelo HIV, uma discussão sobre o sexo seguro e sobre o significado de um teste positivo. O aconselhamento pós-teste deve incluir uma revisão da importância da prática do sexo seguro (MARQUES; MANSUR, 2016).

Recomenda-se testagem voluntária generalizada de indivíduos que tenham praticado ou estejam praticando comportamentos de alto risco, junto com aconselhamento dos indivíduos infectados. As informações obtidas com esse tipo de abordagem devem servir como base para programas de modificação do comportamento, tanto para os indivíduos infectados que desconheçam seu estado quanto ao HIV e que podem infectar outros, como para aqueles não infectados que estejam praticando comportamento de alto risco. A prática de sexo seguro é a forma mais eficaz para indivíduos não infectados sexualmente ativos evitarem contrair a infecção pelo HIV e para os indivíduos infectados evitarem disseminá-la. A abstinência sexual é o único modo absolutamente seguro de evitar a transmissão sexual do HIV.

As pessoas com teste positivo devem obter informações sobre os serviços de saúde clínica e mental disponíveis, assim como orientação para os parceiros sexuais ou que compartilhem seringas. É dever do médico aconselhar os pacientes HIV negativos a evitar a exposição ao vírus. Esses pacientes devem ser aconselhados a não entrar em contato com secreções corporais, a menos que suas relações sejam mutuamente monogâmicas, com pessoas soronegativas para o HIV e que não tenham tido relações sexuais sem proteção por pelo menos seis meses anteriores ou em qualquer após o resultado negativo do teste (PEREIRA, 2014).

Coura (2015), afirma que somente os preservativos de látex, lubrificados com substância solúvel em água devem ser utilizados. Embora o espermaticida monoxinol-9 mate o HIV, não deve ser recomendado como ingrediente de lubrificantes devido à possibilidade de causar úlceras genitais que podem facilitar a transmissão do HIV.

Pereira (2014), complementam dizendo que os preservativos de látex devem ser usados durante a relação vaginal ou anal. Os preservativos sem látex estão disponíveis para pessoas com alergia ao látex. Um preservativo deve ser usado com o contato oral com o pênis, e diques dentários (um pedaço de látex usado por dentista para isolar um dente para tratamento) devem ser empregados para o contato oral com a vagina ou reto. Quanto aos resultados esperados relacionados ao uso do preservativo, lembra que os preservativos não são 100% eficazes na prevenção da transmissão do HIV, havendo uma taxa de insucesso de cerca de 10% para preservativos utilizados como contraceptivos.

A maioria das falhas dos preservativos ocorre pela ruptura ou pelo uso inadequado, como não utilizar o preservativo durante todo o período do intercuro. Jamais se deve utilizar gel à base de vaselina para a lubrificação do preservativo, já que eles aumentam a probabilidade de ruptura. O beijo é considerado seguro, embora haja uma possibilidade teórica de transmissão do vírus pela saliva. A baixa concentração de vírus na saliva das pessoas infectadas, assim como a presença de proteínas inibitórias do HIV na saliva, reduz qualquer risco de transmissão pelo beijo.

Os usuários de drogas intravenosas devem ser orientados a nunca compartilharem o uso de agulhas ou qualquer outro acessório. Quando não houver disponibilidade de agulhas estéreis, deve-se usar água oxigenada, que parece inativar o HIV, para limpar as agulhas (MARQUES; MANSUR, 2016).

O modo mais eficaz de prevenir a transmissão da infecção pelo HIV entre usuários de drogas injetáveis é o de suspender o uso de drogas injetáveis. Infelizmente, isso é muito difícil, a menos que o indivíduo entre para um programa de tratamento.

O HIV e a AIDS não têm cura, somente tratamento. A boa aderência à terapia antirretroviral traz enormes benefícios para o indivíduo, como acréscimo da disposição, da energia e do apetite, aumento da expectativa de vida e o não desenvolvimento de doenças oportunistas. O Brasil oferece, por meio do Sistema Único de Saúde (SUS), o tratamento por antirretrovirais de forma gratuita, determinado na Lei 9.313/1996, sempre com acompanhamento médico, no tratamento, o HIV não é abolido do corpo, mas sim contido, para que não se prolifere e evolua para AIDS (BRASIL, 2019).

A AIDS não pode ser considerada, rigorosamente, moléstia venérea. A sua transmissão pode se dar de inúmeras formas, tanto por pessoas contaminadas quanto não contaminadas; além da via sexual, pela própria gravidez, pelo uso de material cirúrgico e odontológico contaminados, pelo emprego de seringas usadas, por transfusão sanguínea, pelo ato de efetuar tatuagem ou acupuntura com agulhas infectadas, por agressões com objetos cortantes ou perfurantes contaminados, etc. (DELMANTO, 2016, p. 11).

Quando se trata de agente contaminado (único que pode ser sujeito ativo do delito do art. 131) e que atuou com o intuito de transmitir a doença responde por dolo de dano, direto e não eventual, existirá a incidência deste art. 131, e não do art. 130 (perigo de contágio venéreo). Tendo a transmissão da doença, o agente contaminado não ocorrerá no crime do art. 131, mas em outros tipos penais como: lesão corporal gravíssima, lesão corporal seguida de morte, homicídio doloso, tentado ou consumado. Essas tipificações estarão sujeitas da existência ou não de *animus necandi*, a ser determinado em cada caso concreto (GRECO, 2019).

A comprovação, que sempre é difícil, do dolo do sujeito, pode indicar se é o delito de lesões corporais ou o de homicídio o aplicável. Quanto ao eventual e tardio evento morte, tem autores que percebem que esse resultado é imprevisível e foge por completo ao controle do autor, o que o torna impunível.

Muito antes do aparecimento da Aids, sustentava que é de presumir-se o *animus necandi*, toda vez que o resultado morte é consequência normal da moléstia transmitida. Ressalte-se que, em qualquer caso, o eventual consentimento do ofendido em assumir o risco é indiferente, por serem a vida e a saúde bens indisponíveis (HUNGRIA, 2016, p. 413).

Quando se de agente contaminado que, atuando com culpa, realizou a transmissão da Aids, também não se configurará este art. 131, mas, sim, lesão corporal culposa de acordo com o art. 129, §6°, ou homicídio culposo conforme o art. 121, §3°. Na suposição de agente não contaminado e existindo a concretização da transmissão da Aids, terá que se distinguir se o agente agiu com culpa ou dolo, bem como, se foi com dolo, se houve *animus necandi*, para então averiguar se a tipificação será a de lesão corporal gravíssima, lesão corporal seguida de morte ou homicídio doloso, consumado ou tentado (MIRABETE; FABRINI, 2019).

Coura (2015), ainda complementam dizendo que as pessoas HIV positivas ou que usam drogas injetáveis devem ser instruídas a não doar sangue ou compartilhar os equipamentos da droga com outros. Cada vez mais, programas de trocas de agulha estão disponíveis para possibilitar que usuários de drogas injetáveis obtenham equipamento estéril para a droga a custo zero.

1.4 Direito penal brasileiro e seus elementos

A questão ora enfocada encaixa-se na Parte Especial do Código Penal, Título I - Dos crimes contra a pessoa, Capítulo I Dos crimes contra a vida, Capítulo III Da periclitación da vida e da saúde; e Título VI Dos crimes contra a dignidade sexual, Capítulo VII Disposições gerais. Direcionando ao assunto da periclitación da vida e da saúde, pode-se visualizá-lo, mais detalhadamente dentro dos crimes de perigo individual, que são uma das espécies de crime de perigo, e que atingem determinadas pessoas, não no sentido de uma classe específica, mas sim, por seus efeitos não se espalharem tão bruscamente à toda a comunidade, como é o caso, por exemplo, dos crimes que afetam a incolumidade pública, mas por ter o resultado mais voltado às partes envolvidas no caso concreto (JESUS, 2015).

Para que os crimes de perigo se configurem, basta a criação de uma possibilidade de dano à vida ou à saúde de outrem. Conforme a Exposição de Motivos da Parte Especial do Código Penal (Decreto-Lei n. 2.848, de 7-12- 1940), em seu ponto n. 43, do panorama material, reputam-se consumados ou perfeitos desde que a ação ou omissão cria uma situação objetiva de possibilidade de dano à vida ou à saúde de outrem. Não se faz urgente o dano efetivo para que o crime de perigo se consuma. Faz-se necessário, portanto, a simples exposição a perigo de dano. O dano efetivo pode ser uma condição de maior punibilidade, mas não condiciona o momento consumativo do crime. Um outro ponto que merece destaque é que não interessa o consentimento da vítima, porque aqui diante de bens indisponíveis que são tutelados pela norma penal. É irrelevante que saiba ou possa saber da contaminação do autor e, a despeito, empreste seu consentimento à prática sexual, ainda que seja alertada pelo próprio autor. Isso porque a objetividade jurídica tutelada é de interesse público, supra individual (HUNGRIA, 2016).

A questão a respeito da AIDS é bem controversa, sendo que alguns dizem que doença sexualmente transmissível seria gênero da qual doença venérea seria espécie, e assim sendo, a AIDS, em si, por sua natureza, se enquadraria como DST, porque pode ser adquirida não só pela via sexual (que é o que a palavra venérea enseja, para os que entendem desta forma), mas também por outros meios. Já, o dicionário médico Conteúdos em computadores de mão para a área médica (PDAMED) expressa que doença venérea é a maneira antiga de se dizer doença sexualmente transmissível, confundindo os dois termos.

Para Greco (2019), a AIDS não se encaixaria na hipótese do artigo 130, CP, porque como já foi dito, a doença supracitada, a rigor não trata de moléstia venérea. Defende-se também que não se enquadra no tipo previsto no artigo 131, CP, porque conforme assevera é considerada ainda doença letal. Se fosse apenas uma enfermidade grave, estaria condizente com o que o artigo em tela apresenta, mas no caso em questão, aquele que intencionalmente propagar o vírus da AIDS, via relação sexual ou outra admissível, deve ser responsabilizado por tentativa de homicídio ou homicídio consumado, em concordância com o resultado atingido, considerando-se a letalidade culminada.

Havendo, então a efetiva transmissão da doença, o agente contaminado não incidirá no crime do artigo 131, CP, mas em outros tipos penais: lesão corporal gravíssima (art. 129, § 2, II, CP), lesão corporal seguida de morte (art. 129, § 3, CP), homicídio doloso, tentado ou consumado (art. 121, caput, CP). Tais tipificações dependerão da existência ou não da intenção de matar que deverá ser apurada em cada caso concreto, e que verificará se é caso de lesão corporal ou de homicídio (DELMANTO, 2016).

A Lei 12.015/2009 trouxe uma alteração no artigo 234-A, IV do CP, majorando a pena nos casos em que o estupro transmita à vítima doença sexualmente transmissível (as doenças venéreas, como as que se encaixam no artigo 130, CP, são espécies das DST's (doenças sexualmente transmissíveis). Então, nem toda DST é, necessariamente, doença venérea) de que o agente sabe ou deveria saber ser portador, sendo o incremento da ordem de um sexto até a metade. Esta causa de aumento da pena se configura só e tão somente nos casos em que a vítima acaba por contaminada com a DST. Se o autor adquirir a DST durante o estupro, a ele não será imputado o aumento, porque se o estuprador vier a se contaminar de doença sexualmente transmissível em crime por ele próprio praticado, isso já lhe recairá como uma espécie de pena natural, o que tornará a consequência penal até mesmo irrazoável.

Se a AIDS, que é doença letal, não obstante os avanços em seu tratamento for transmitida dolosamente a alguém, o agente atua com *animus necandi*, ou seja, a pessoa age com intenção de matar. Se o estuprador transmite a AIDS dolosamente à vítima, seu ilícito deve ser enquadrado não apenas em um caso de estupro com aumento de pena (artigo 234-A, IV, CP), mas é caso de crime de estupro e de tentativa de homicídio em concurso formal impróprio (artigo 70, 2ª parte, CP, as penas dão-se, todavia, cumulativamente, se a ação ou negligência é culposa e os delitos concorrentes procedem de desígnios autônomos, consoante o disposto no artigo antecedente), explicação: a lesão se dá a dois bens jurídicos: vida e dignidade sexual; o agente deliberadamente e com desígnios autônomos atinge bens jurídicos diversos, devendo responder pelos crimes respectivos com a regra da acumulação material. Aqui, seria inviável a aplicação da figura do aumento junto com a da tentativa, porque ensejaria o *bis in idem*. E no caso de a vítima ser acometida de resultado mais gravoso, que é a morte, propriamente dita, estar-se-á diante de homicídio consumado, conforme disposto no artigo 121, CP (NUCCI, 2019).

O quadro 1 abrange hipóteses ordinárias e extraordinárias e fala acerca do dolo direto, dolo eventual e da forma culposa de contaminação com vírus da imunodeficiência humana:

Quadro 1

<p>Se o indivíduo sabe que contém o vírus e o propaga de propósito (dolo direto). Ainda, cumpre ressaltar:</p> <p>Julgando caso análogo, a 5ª Turma do STJ decidiu que a transmissão consciente da síndrome da imunodeficiência adquirida (vírus HIV) caracteriza lesão corporal de natureza gravíssima, enquadrando-se a enfermidade perfeitamente no conceito de doença incurável, previsto no artigo 129, §2º, II, do CP. O fato de a vítima ainda não ter manifestado sintomas não exclui o delito, pois é notório que a doença requer constante tratamento com remédios específicos para aumentar a expectativa de vida, mas não para cura (HC 160.982/DF). (CUNHA, 2018, p. 50/51)</p>
<p>Se o indivíduo sabe que é portador do vírus, mas não quer o resultado, ou seja, propagar (dolo eventual - ele não quer o resultado, mas assume o risco).</p> <p>Cunha (2018), ressalta que se o indivíduo sabe que tem o vírus, mas usa preservativo (não assume o risco), mas acabou transmitindo o vírus, deve responder por lesão corporal culposa, ou homicídio culposo, no caso de morte decorrente da doença.</p>
<p>Se o indivíduo não sabe que tem o vírus e contagia outra pessoa, é considerada como transmissão culposa, respondendo o agente pelo crime de lesão corporal culposa ou por homicídio culposo.</p>
<p>Se o indivíduo pressupõe que tem o vírus, quer transmitir, mas na realidade não tem, há a figura do crime impossível por ineficácia absoluta do meio empregado.</p>
<p>Se o agente não é contaminado, mas contamina outrem dolosamente por outra forma de contaminação, tomando-se como exemplo, por meio de aplicação de seringa contendo o vírus, responde por homicídio doloso se o evento morte se consumar, ou tentativa de homicídio se não se consumar.</p>

Fonte: Cunha (2018)

1.4.1 Criminalização da transmissão do HIV

Atualmente 60 países possuem legislação que visam a criminalização da transmissão do HIV e/ou exposição do HIV, alguns destes inclusive possuem legislação específica quanto a prática desta conduta, existem ainda países que possuem leis que punem a transmissão por meio das relações sexuais sem a informação da sorologia positiva ou ainda leis que punem o ato de fazer sexo sem informar /ao parceiro (a) sua condição HIV positivo.

Foi realizado um estudo de Pessoas que vivem com HIV/Aids, uma pesquisa sobre a criminalização da transmissão do HIV na Europa e Ásia Central, e apontou que dos 41 países que responderam pesquisa, 36 afirmaram que a real ou potencial inoculação do HIV pode constituir uma ofensa penal, bem como 14 países possuem leis específicas para punir a transmissão ou exposição ao HIV. Áustria, Suécia possuem os maiores índices de processo em razão da transmissão do HIV conhecidos, com mais de 30 acusações. Também foram reportados casos de criminalização na Dinamarca, Finlândia, Holanda, Noruega, Azerbaijão, Cipria,

República Tcheca, Estônia, França, Geórgia, Alemanha, Hungria, Itália, Látvia, Portugal, Romênia, Eslováquia, Reino Unido (MASSON, 2015).

A criminalização da transmissão do HIV ocorre de várias formas, com punição inclusive em casos em que a conduta não é intencional e ainda que a transmissão não se efetive. Na Europa e Ásia Central, a exposição ao HIV punível na Armênia, Moldóvia, Holanda, Noruega, Polônia, Rússia, Azerbaijão, Dinamarca, França, Geórgia, Alemanha, Islândia, Liechtenstein, Eslováquia, Suíça e Ucrânia. A Noruega não faz distinção entre a transmissão e a exposição. Na Rússia a exposição remete a uma pena de restrição de liberdade de três anos, enquanto para a transmissão a pena de 5 anos. No Egito, ser soropositivo é um fato que corrobora para a acusação do indivíduo como criminoso. Na África, desde 2005 há uma série de leis que criminalizam a transmissão do HIV. Guiné-Bissau, Benim, Guiné, Mali, Níger, Togo e Serra Leoa possuem leis específicas e países como Malávia, Madagáscar, Angola, República Democrática do Congo, Tanzânia e Uganda contam com projetos de lei para tal finalidade (MIRABETE; FABRINI, 2019).

Os tipos penais para a criminalização da transmissão do HIV podem ser enquadrados em três categorias Transmissão de doença contagiosa, de doença sexualmente transmissível, causando danos à saúde. Agressão ou Lesões corporais (grave, gravíssima), que tem sido o entendimento atualmente adotado pelo Supremo Tribunal Federal Brasileiro, homicídio e envenenamento. O HIV também colocado como agravante para outros crimes.

Na África, o modelo legal utilizado impõe o dever da pessoa soropositiva em revelar sua sorologia ao cônjuge ou ao parceiro sexual regular no período máximo de seis semanas, bem como também impõe a obrigatoriedade do teste durante o período pré-natal, depois de uma violação ou para resolver um conflito matrimonial, prevendo ainda como crime a transmissão proposital do HIV através de qualquer meio de uma pessoa com conhecimento prévio do seu estatuto sorológico para o HIV/Aids, o que inclui via sexual, partilha de seringas e transmissão mãe-filho. Em Serra Leoa há uma Lei específica que pune a mãe que expõe o filho à transmissão do HIV. Há casos, como por exemplo nas Bermudas, no qual uma pessoa soropositiva foi condenada a dez anos de prisão por ter exposto a namorada ao HIV ao manter relações sexuais sem proteção, mesmo ela não tendo sido infectada (JESUS, 2015).

Uma pesquisa na Europa e Ásia Central, apontou que 90 dos processos de criminalização da transmissão do HIV diziam respeito a relações sexuais consensuais. Na África, as leis que criminalizam a conduta do HIV foram propagadas e taxadas como protetoras dos direitos das mulheres, posto que 61 delas estão infectadas e possuem poucos direitos legais ou humanos em vários países africanos. Em alguns países da Europa e Ásia Central as penas impostas aos condenados podem ser de 10 anos de prisão ou mais. Há ainda registros de punição com trabalhos fora dos padrões, como por exemplo isolamento e multa.

1.5 Análise acerca da tipificação diante de circunstâncias fáticas diferentes acerca da contaminação dolosa do vírus HIV

O Brasil não possui lei específica para criminalizar a transmissão do HIV ou sua exposição, com base nisso vários tipos penais dispostos em nosso Código Penal têm sido evocados, não havendo um consenso entre os tribunais, causando assim uma instabilidade jurídica.

Há processos em que se culminou pela sentença do acusado pelo crime de perigo de contágio venéreo, segundo o artigo 130 do Código penal Art. 130 - Exibir algum, através de relações sexuais ou cada ato libertino, o contágio de doença venérea, de que conhece ou deve saber que está infectado. Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa. Portanto, quanto ao art. 130 do CP, comenta Telles (2014), que AIDS a síndrome da imunodeficiência contraída na doença venérea, pois ela possui outras formas de contágio que não são as vias sexuais. Assim, caso o portador do vírus mesmo considerado fatal pela medicina da AIDS tenha relação sexual com algum, decidido a disseminar o mal, pode ser responsabilizado por tentativa de homicídio ou homicídio realizado, de acordo com o caso.

Evocando a ilustre Haga (2015), quanto a AIDS, parece claro que não se trata de moléstia venérea, tal como exigido pelo tipo do art. 130, CP, muito embora o contágio possa ocorrer também através de relações sexuais ou afins. A prática de qualquer ato capaz de disseminar AIDS a alguém pode de acordo com a intenção do agente responder por crime previsto no art. 131, CP, ou mesmo homicídio.

O artigo 131 do Código Penal diz que praticar, com a finalidade de propagar a outra doença grave de que está infectado ação conveniente de causar o contágio Pena - recluso, de um a quatro anos, e multa. O tipo penal supracitado não exige a efetiva transmissão da doença, mas tão somente a exposição.

O tipo penal que tem sido utilizado, inclusive no entendimento do STF, o disposto no artigo 129 do Código Penal, crime de lesões corporais, que considerado gravíssimo se resulta em enfermidade incurável (parágrafo 2, inciso II). Conforme entendimento recente do Supremo Tribunal Federal a transmissão ciente do vírus da imunodeficiência humana, gerador da Aids, conforma lesão corporal grave, delito previsto no artigo 129, parágrafo 2, do Código Penal (CP).

Há dolo eventual de homicídio no comportamento do agente que comete o coito ou doa sangue quando sabe ou suspeita ser o portador do vírus da Síndrome de Deficiência imunológica adquirida (AIDS), ocasionando a morte do companheiro sexual ou do receptor. Nada evita que o agente ambicione a morte da vítima em consequência da contaminação, revelando-se então a tentativa de homicídio (MIRABETE; FABRINI, 2019).

O Dolo Eventual ocorre quando embora o agente não queira diretamente o resultado, assume o risco de vir a produzi-lo, embora não queira produzi-lo, não se importa com sua ocorrência ou não. Na dúvida entre a ocorrência do crime culposo (culpa consciente) ou doloso (dolo eventual), deve-se preferir sempre o culposo, visto que, além do Princípio Geral do Direito Penal in dubio pro reo, adotada no Brasil a Teoria Volitiva e a Teoria do Assentimento, e não a da representação (MASSON, 2015).

Um caso muito comentado não foi mantido a condenação por tentativa de homicídio, foi o que o réu, munido de uma seringa hipodérmica, enterrou a agulha na perna da criança no segundo, com violência capaz de provocar até equimose no seio da vítima, beijou-a de maneira agressiva e perfeitamente capaz de produzir a transmissão de saliva ou substância hematide infectada. Anos depois da manutenção da condenação, este mesmo processo foi submetido a uma revisão criminal e o mesmo tribunal que o condenou, entendeu incabível anos depois a tentativa de homicídio, com um voto vencido e reformou a sentença reconhecendo a posição do ministério da Saúde de que AIDS não mata e sim diminui a expectativa

de vida. Para o Tribunal mesmo que se admita o repasse viral corpo a corpo, com o desenvolver futuro de um quadro doentio que pode se prolongar anos a fio, isso não significa tirar ou tentar tirar a vida alheia. Quando muito, representaria uma diminuição da natural expectativa de vida, ou um encurtamento dela ao longo da existência humana, no compatível com *avoluntas ad necem* (vontade de matar) (HUNGRIA, 2016).

CONCLUSÃO

O HIV é um retrovírus que não possui cura, mas o Brasil tem tratamento gratuito pelo SUS. O HIV não mata e pode vir, com seu tratamento, a jamais apresentar sintomas ao seu portador, o Brasil é um dos países mais bem-conceituados na luta contra a AIDS e ao HIV.

Criminalizar a transmissão de uma doença que está em fase de estudos em busca da cura o que alguns projetos de lei em tramitação visam, contudo, pareceres técnico-científicos devem ser apreciados. A transmissão do HIV não é uma questão de criminalização, mas de saúde pública, visando a prevenção e maior conhecimento da população acerca do tema. Todo o indivíduo brasileiro possui o direito constitucional da privacidade e inviolabilidade, por esse motivo uma lei que vise a obrigação de informar suas condições sorológicas vai de encontro com a Constituição Federal de 1988.

No Direito Penal para se criminalizar uma conduta deve-se analisar o dolo, e tendo em vista este fator é correto afirmar que não se pode afirmar com clareza se um agente tem o intuito de matar visando a transmissão do HIV, em relação ao agente ter o intuito de matar transmitindo AIDS, mas não estar contaminado, ainda que tenha tal intuito estará diante de um crime impossível por ineficácia absoluta do meio empregado, por que motivo o art. 121 do Código Penal não é o ideal a ser aplicado. Conforme entendimento recente do Supremo Tribunal Federal a transmissão ciente do vírus HIV, gerador da Aids, conforma lesão corporal grave, delito previsto no artigo 129, parágrafo 2, do Código Penal (CP), em caso de não haver contágio, se houver contágio o crime é mais grave, de acordo com as circunstâncias pode ser homicídio consumado ou tentado, lesão corporal de natureza grave. Se a transmissão for de forma culposa onde o agente não sabe que tem AIDS, responde por lesão corporal culposa ou homicídio culposo, de acordo com a situação.

No caso de dolo eventual, o agente não quer diretamente praticar o delito, porém, não se abstém de agir e, com isso, assume o risco de produzir o resultado que por ele já havia sido previsto e aceito. Entende ser extremamente provável que o resultado danoso ocorra, mas age de forma indiferente quanto a isso, assumindo o risco de sua produção.

Com base nos recentes estudos e apontamentos sobre a doença e os efeitos da criminalização da transmissão do HIV no mundo, é correto afirmar que países que criminalizam a transmissão possuem maior taxa de mortalidade devido a doença AIDS por consequência do vírus HIV, ao passo que, a população com medo de punições estatais não faz o teste anti-HIV como também não segue o tratamento adequadamente.

Ao longo da jornada na produção deste Trabalho de Conclusão de Curso muitos apontamentos foram surgindo acerca do tema, principalmente aos princípios

constitucionais que seriam confrontados com leis criminalizadoras da transmissão do HIV. E nesse contexto não se pode dizer que toda a pessoa soropositiva transmite o HIV com intuito de matar, lesar, ou até mesmo para fins de transmitir doença venérea, bem como o simples fato da condição sorológica do agente por si só não uma sentença de morte e tampouco um crime. Ser soropositivo não significa ser um criminoso, mas sim uma condição de saúde, cujo tratamento para controle tem avançado no setor de pesquisa. Todos os pontos são esclarecedores no que tange a doença como nos elementos para criminalizar uma conduta e sua abordagem possui como objetivo principal o esclarecimento do tipo penal ideal para a criminalização da conduta ou ainda se está se faz necessária.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Ministério da Saúde. **Tratamento para o HIV**. Disponível em: < <http://www.aids.gov.br/pt-br/publico-geral/o-que-e-hiv/tratamento-para-o-hiv> >. Acesso em: 14 jan. 2020.

COURA, J. R. **Doenças Infecciosas e Parasitárias**. 4. ed. São Paulo: Guanabara Koogan, 2015.

CUNHA, R. S. **Manual de direito penal: parte geral**. Salvador: Jus PODIVM, 2018.

DELMANTO, C. **Código Penal Comentado**. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2016.

GRECO, R. **Curso de direito penal: parte geral**. 21. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2019.

HAGA, S. C. H. **Transmissão da AIDS e sua tipicidade no código penal brasileiro**. 2015, 55 f. Monografia. Universidade de campinas, Campinas, 2015.

HUNGRIA, N. **Comentários ao código penal**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

JESUS, D. **Direito penal: parte geral**. 36 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MARQUES, A.; MANSUR, H. **História Natural da Infecção pelo HIV**. *Cad. Saúde Pública*, v. 34, n.5, p.5-14, 2016.

MASSON, C. R. **Direito penal esquematizado: parte geral**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MIRABETE, J. F.; FABRINI, R. N. **Manual de direito penal**. 34. ed. São Paulo: Atlas. 2019.

NUCCI, G. S. **Código de processo penal comentado**. São Paulo: Forense, 2019.

PEREIRA, Gerson Fernando Mendes. **Epidemiologia: teoria e prática**. 8. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2014.

PEREIRA, Gerson Fernando Mendes; CUNHA, Alessandro Ricardo Caruso da; PINTO, Flavia Kelli Alvarenga; TANIGUCHI, Luciana Fetter Bertolucci; RIBEIRO, Rachel Abrahão; COELHO, Ronaldo de Almeida. **Boletim Epidemiológico HIV/Aids**. 2019. Brasília: Secretaria de Vigilância em Saúde, 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus 98.712/RJ**. Primeira Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 17.12.2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/hc98712MA.pdf>. Acesso em: 14 jan. 2020.

TELLES, N. M. **Direito penal: parte especial**. 8.ed. São Paulo: Atlas, 2014.