

5. CRIMINOLOGIA

5.1

ASPECTOS JURÍDICO-PENAIIS DA TRANSMISSÃO DA AIDS

ANDREI ZENKNER SCHMIDT

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Breves considerações sobre a Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (Aids) – 3. Imputação objetiva: 3.1 Assunção do risco pela vítima; 3.2 A dominabilidade do acontecer causal – Bibliografia.

Resumo: O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul manteve sentença que pronunciou réu pela prática de tentativa de homicídio doloso, tendo em vista a transmissão de Aids contra ex-cônjuge, tendo o portador consciência da doença. Apreciando o caso, percebe-se que, embora até seja possível a existência de dolo no que tange ao futuro evento morte, a imputação objetiva do delito de homicídio não se coaduna ao caso. Os avanços da medicina têm transformado, cada vez mais, a Aids numa doença crônica, caso em que estaria ausente a tipicidade objetiva do delito. Na verdade, a transmissão da doença pode originar um fato atípico, uma lesão corporal culposa, uma tentativa de lesão corporal qualificada e, no máximo, uma lesão corporal qualificada, conforme o caso. Jamais, contudo, homicídio culposo ou doloso.

Palavras-chave: Transmissão de Aids – Imputação objetiva – Assunção do risco pela vítima – Nexo causal.

1. Introdução

A 2.^a Câm. do TJRS, em 1998, deparou, salvo melhor juízo, com o primeiro caso de transmissão dolosa do vírus da Aids apresentado à Justiça Penal gaúcha. O portador/transmissor do vírus foi pronunciado pelo delito de tentativa de homicídio qualificado (art. 121, § 2.º, III, c/c o art. 14, II, todos do CP), caso em que ofereceu recurso em sentido estrito contra essa decisão. Abaixo, segue o teor do acórdão proferido, por unanimidade, na 2.^a Câm. Crim. do Tribunal de Justiça Gaúcho (ReCrim 698485232, rel. Des. Marcelo Bandeira Pereira, j. 17.12.1998): “Ementa: Pronúncia. Homicídio. Tentativa. Transmissão de doença letal. Aids. impõe-se a pronúncia por tentativa de homicídio de quem, ciente de que portador de doença letal transmissível – Aids – via relações sexuais, mantém relacionamento amoroso, omitindo da parceira a informação sobre sua doença, e não toma cautela alguma para evitar o contágio. Réu, outrossim, que, depois de rompido o relacionamento, teria procurado a sua ex-parceira e a violentado sexualmente.

Episódio que estampa com maior consistência a possibilidade do *animus necandi*, invocado como inexistente pela defesa. Dúvidas, que a prova e as circunstâncias do caso revelam, que hão de ser resolvidas pelo Tribunal do Júri. Afastamento, porém, da qualificadora do meio insidioso, com acolhimento do parecer ministerial. Relatório: C.E.D.C. interpôs recurso em sentido estrito contra sentença (f. 148/151) que o pronunciou como incurso nas sanções do art. 121, § 2.º, III, c/c o art. 14, II, ambos do CP brasileiro, acolhendo a pretensão punitiva contida na denúncia que o acusou de tentar matar V.L.R.R., no período de março de 1991 a julho de 1994, pelo fato de com ela manter relacionamento amoroso, praticando a conjunção carnal sem o uso de preservativo, malgrado ciente, desde julho de 1992, de sua condição de portador da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (Aids), atestada pelos exames realizados no Hospital do Exército, que o levaram a ser licenciado, de forma definitiva, da corporação. Assim, infectou a vítima, aproveitando-se do sentimento que por ele nutria, dando início ao ato de matá-la, o que ainda não ocorreu por que a doença ainda não desenvolveu os sintomas fatais. Outrossim, praticou o fato através de meio pelo qual poderia resultar perigo comum, pois, ao contaminar a moça, sem comunicar-lhe de sua doença, estava expondo-a a transmissão para outras pessoas com as quais viesse a se relacionar. Na realidade, negou o recorrente a presença do *animus necandi*, tanto que o relacionamento sexual iniciou em março/91 e o réu só ficou sabendo que estava infectado em julho/92. Por outro lado, os meios de comunicação estão sempre a alertar para o uso de preservativos, e a prova dos autos não confirma a prática das relações após julho/92 (f.), razões pelas quais pugnou pela impronúncia.

"O Ministério Público contra-arrazoou, insistindo estar presente o dolo eventual na conduta do recorrente, que, conscientemente, expôs uma jovem adolescente ao contágio de uma doença cuja irreversibilidade é notória. Por outro lado, nessa fase processual o princípio aplicável é o do *in dubio pro societate* (f.).

"Mantida a decisão monocrática (f.), ascenderam os autos, indo com vista ao Órgão Ministerial, que se manifestou pelo provimento parcial do recurso, para se afastar a qualificadora acolhida.

"Voto: Des. Marcelo Bandeira Pereira: Acolhendo o r. parecer ministerial lançado perante esta Corte, dou parcial provimento ao recurso, o que decido unicamente aos efeitos de excluir a qualificadora, mantida, quanto ao mais, a sentença de pronúncia. A questão que se põe neste feito desperta, como anotado pela Dra. Procuradora de Justiça, indagações jurídicas de vulto. A transmissão de doença incurável, como a Aids, através de relacionamento sexual, máxime havendo o contágio, ainda que não manifestados os sintomas próprios da doença, corresponderia a tentativa de homicídio?

Em tese, a configuração da infração incriminada é possível. Sua base fática, na espécie, fins deste simples exame de viabilidade da acusação, está presente. Afinal, vertente incriminatória há, plasmada na versão da vítima, pela qual o relacionamento sexual se viu prolongar no tempo, ignorada por ela a condição de contaminado do parceiro.

As especificidades do caso, todavia, fins de manutenção da pronúncia, dispensam maiores considerações doutrinárias e jurisprudenciais. É que, pelo relato da vítima, estando já rompido o seu relacionamento amoroso com o acusado, até aí, enfático, ignorada a condição dele de soropositivo, viu-se por ele violentada sexualmente. Na ocasião, indiscutivelmente, o réu já sabia da sua doença, pela qual dera baixa do Exército em 1992. Mais, deu conta a vítima de que o réu, como quase sempre ocorrera nos relacionamentos sexuais pretéritos, não usou preservativos.

Ora, ante esse relato, cuja veracidade, outrossim, há de ser avaliada apenas pelo Tribunal do Júri – a dúvida, aqui, se resolve em favor da sociedade –, a imputação de tentativa de homicídio não é algo que não encontre apoio em elementos do processo. Esse episódio último, apartado do relacionamento antes havido, torna palpável até o *animus necandi*, cuja ausência é sustentada pela defesa. *Animus*, outrossim, que mesmo o prolongar do relacionamento sexual, omitida qualquer cautela e a simples notícia da doença contagiosa, não permitiria, de outra forma, afastar neste comenos.

A qualificadora, porém, vai espancada, nos termos da proposição contida no parecer ao início referido, ao qual me reporto, *in verbis*: ‘Porém, como se entende que o qualificativo em questão tem procedência duvidosa, é possível apenas afastá-lo, aproveitando-se a pronúncia no restante. Justifica-se a inconsistência da qualificadora do meio insidioso e/ou do meio de que possa resultar perigo comum. Primeiro, porque, considerando as peculiaridades do presente caso, vez que havia uma vinculação afetiva entre o réu e vítima, fica difícil afirmar que houve dissimulação. Segundo, porque ‘para a configuração da qualificadora do art. 121, § 2.º, III, do CP, há necessidade de que o agente tenha procurado meio capaz de resultar perigo comum, com o desencadear de forças dificilmente controláveis, tais como inundação, incêndio, explosão, envenenamento de uma fonte ou de substâncias alimentícias, que possam atingir determinado número de pessoas’ (RT 468/329)’ (f.).”

Dessa decisão foi interposto *habeas corpus* perante o STJ, que, em decisão unânime da 6.ª T., consignou (HC 9.378-RS, rel. Min. Hamilton Carvalho, 6.ª T., un., j. 18.10.1999, DJ1 204-E, 23.10.2000, p. 186): “Ementa: *Habeas corpus*. Tentativa de homicídio. Portador vírus da Aids. Desclassificação. Art. 131 do CP. 1. Em havendo dolo de matar, a relação sexual forçada e dirigida à transmissão do vírus da Aids é idônea para a caracterização da tentativa de homicídio. 2. Ordem denegada”.¹

(1) “Relatório: Sr. Min. Hamilton Carvalho: *habeas corpus* impetrado em favor de C.E.D.C. contra decisão da 2.ª Cam. Crim. do TJRS que, provendo parcialmente recurso em sentido estrito, exclui da acusação a qualificadora inserta no art. 121, § 2.º, III, do CP, mantendo a pronúncia do paciente por tentativa de homicídio simples, em razão de ter mantido relações sexuais com V.L.R.R., sem precauções, omitindo ser portador de doença letal transmissível, Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (Aids).

Partindo dessas duas decisões, o presente estudo tem por meta revisar alguns aspectos teóricos dessa nova modalidade de “desvio social” – ou seja, transmissão de Aids –, cujo tratamento jurisprudencial a ser comentado não parece guardar adequação ao contornos do Direito Penal Democrático, com suas garantias fundamentais. Ressaltamos, contudo, que a apreciação irá restringir-se à apreciação objetiva da imputação penal, ficando protraído, para um estudo complementar, a análise da imputação subjetiva dessas polêmicas situações.

2. Breves considerações sobre a Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (Aids)

Antes de enfrentarmos os aspectos jurídico-penais que envolvem a transmissão da Aids, torna-se relevante conhecer os aspectos clínicos e diagnósticos do vírus HIV. Justifica-se tal abordagem transdisciplinar por dois aspectos: em primeiro lugar, porque o Direito Penal moderno não se pode ocupar do mero caráter do delinquente, ou seja, a personalidade e o pensamento, por pior que sejam, não podem autorizar, por si sós, uma punição. É uma decorrência da *secularização do Direito* que somente a prática de fatos (mas não qualquer fato) é que pode autorizar a intervenção penal (*nullum crimen sine injuria*), e, por esse motivo, de nada adianta discutirmos acerca da vontade que alguém possui de matar outrem se não realizar, ele, uma conduta apta para isso (não é à toa a aceitação geral do instituto

A impetração está fundada na ausência de justa causa para a ação penal, visto que não provada a intenção do agente de transmitir a doença ou que, efetivamente, tenha contaminado a vítima.

Pugna, ainda, pela desclassificação para o delito de perigo de contágio de moléstia grave, art. 131 do CP, e, neste caso, pela extinção da punibilidade pela prescrição.

O feito veio a este STJ por força da EC 22, de 18.03.1999, que arriou a declinatória do Excelso STF (f.).

Liminar deferida para suspender o julgamento do paciente pelo Tribunal do Júri, em virtude de sua designação para data anterior à apreciação do mérito da presente ordem, às f.

O parecer do Ministério Público é pelo conhecimento e indeferimento da ordem (f.). É o relatório.

Voto: O Sr. Min. Hamilton Carvalhido (relator): Senhor Presidente, quer o impetrante o trancamento da ação penal à qual responde o paciente por tentativa de homicídio, em face do relacionamento sexual com o intuito de transmitir Aids, ou a desclassificação da conduta para o crime de perigo de contágio de moléstia grave (art. 131 do CP).

Insurge-se contra decisão do Tribunal estadual que manteve a pronúncia do paciente; alega ausência de justa causa para ação penal, visto não comprovada a intenção do agente de transmitir a doença, ou que, de fato, fora o responsável pela contaminação da vítima. Neste ponto, a apreciação depende do exame de provas, inviável em sede de *habeas corpus*.

do crime impossível² – art. 17 do CP brasileiro). Portanto, mister se faz uma abordagem científica da síndrome, a fim de constataremos as suas exatas dimensões epidemiológicas.

Já a segunda justificativa trava-se em termos sociológicos. Com efeito, o índice de transmissão da Aids, no mundo, agrava-se acentuadamente. Segundo dados do Ministério da Saúde,³ em dezembro do ano 2000 já foram registrados, em todo o mundo, mais de 44 milhões de pessoas infectadas pelo vírus. Na África do Sul, estima-se que mais de 10% dos 43 milhões de sul-africanos⁴ estão conta-

Quando à segunda pretensão: desclassificação para o crime do art. 131 do CP, a consequente exclusão da tipicidade do crime de homicídio deve ser rejeitada, pois evidente o dolo de matar. É o que se depreende do acórdão recorrido: '(...) As especificidades do caso, todavia, fins de manutenção da pronúncia, dispensam maiores considerações doutrinárias e jurisprudenciais. *É que, pelo relato da vítima, estando já rompido o seu relacionamento amoroso com o acusado, até aí, enfatizo, ignorada a condição dele de soropositivo, viu-se por ele violentada sexualmente. Na ocasião, indiscutivelmente, o réu já sabia da sua doença, pela qual dera baixa do Exército em 1992.* Mais, deu conta a vítima de que o réu, como quase sempre ocorrera nos relacionamentos sexuais pretéritos, não usou preservativos.

Ora, antes desse relato, cuja veracidade, outrossim, há de ser avaliada apenas pelo Tribunal do Júri – a dúvida, aqui, se resolve em favor da sociedade –, a imputação de tentativa de homicídio não é algo que não encontre apoio em elementos do processo. Esse episódio último, apartado do relacionamento antes havido, toma palpável até o *animus necandi*, cuja ausência é sustentada pela defesa. *Animus*, outrossim, que mesmo o prolongar do relacionamento sexual, omitida qualquer cautela e a simples notificação da doença contagiosa, não permitiria, de outra forma, afastar neste comenos' (f. – nossos os grifos).

Assim, agira com dolo (eventual) quanto à morte da vítima, devendo responder por tentativa de homicídio.

Nesse sentido, os comentários de Heleno Cláudio Fragoso ao art. 131 do CP: 'Se a moléstia grave vem, efetivamente, a transmitir-se, haverá apenas o crime de lesão corporal. Trata-se de concurso aparente de normas, em que o crime de perigo fica excluído pelo crime de dano (subsidiariedade).

Se da moléstia grave sobrevier a morte, teremos lesão corporal seguida de morte (art. 129, § 3.º, CP), desde que não tenha havido por parte do agente o *animus necandi*. Nesse último caso, o crime seria homicídio' (*Lições de direito penal. Parte especial*, 9. ed., Forense, vol. I, p. 150).

Pelo exposto, denego a ordem.

É o voto."

(2) Pense-se, por exemplo, no caso de alguém que, descobrindo estar contaminado pela Aids, mantém relações sexuais com diversas pessoas, a fim de transmitir o vírus. Posteriormente, é informado, pelo laboratório onde houvera feito os exames de sangue, que o diagnóstico foi equivocado, e que, na verdade, não é ele portador do vírus

(3) <<http://www.aids.gov.br>>.

(4) *Folha de S. Paulo*, "África do Sul retoma campanha de combate à Aids". *Folha on line*, em 23.10.2000, 14h34 <www.folha.com.br>.

minados com o vírus, enquanto, no Brasil, as estatísticas apontam para, aproximadamente, 14 infectados para cada 100.000 habitantes.⁵

Historicamente, a aparição do vírus remonta a 1983, quando o HIV-1 foi isolado de pacientes com Aids pelos pesquisadores Luc Montaigner, na França, e Robert Gallo, nos EUA, recebendo os nomes de LAV (Lymphadenopathy Associated Virus ou Virus Associado à Linfadenopatia) e HTLV-III (Human T-Lymphotropic Virus ou Vírus T-Linfotrópico Humano tipo III) respectivamente nos dois países. Em 1986, foi identificado um segundo agente etiológico, também retrovírus, com características semelhantes ao HIV-1, denominado HIV-2. Nesse mesmo ano, um comitê internacional recomendou o termo HIV (Human

- (5) “A Aids foi identificada pela primeira vez no Brasil em 1980. Na primeira metade da década de 80, a epidemia manteve-se restrita a São Paulo e Rio de Janeiro, as maiores regiões metropolitanas do País. A partir do final daquela década, observou-se a disseminação da doença para suas diversas regiões. Apesar do registro de casos em todos os estados, a epidemia da Aids não se distribui de forma homogênea, observando-se a maior concentração de casos nas Regiões Sudeste e Sul, as mais desenvolvidas do Brasil. As taxas de incidência nos últimos anos evoluíram de 8,0 por 100.000 habitantes, em 1991, para 13,7 por 100.000 habitantes, em 1998 (...) e apresentam uma grande variação ao longo do território brasileiro (é oportuno salientar que a cifra referente ao período de 1999 a maio de 2000 representa, certamente, muito mais um retardo de notificação do que um verdadeiro declínio acentuado). ‘Hoje, o que denominamos de epidemia de Aids no Brasil é, de fato, o somatório de sub-epidemias microrregionais em interação permanente, devido aos movimentos migratórios, aos fluxos comerciais e de transporte, aos deslocamentos de mão-de-obra, ao turismo, ou seja, de maneira mais geral, à mobilidade da população’ (Szwarcwald et al., 1997). (...) A velocidade de crescimento da epidemia no País foi de, aproximadamente, 36% ao ano, no período de 1987/89 a 1990/92, decrescendo para 12%, no período de 1990/92 a 1993/96. Apesar de apresentar as maiores taxas de incidência, a região Sudeste é a que apresenta, atualmente, o menor ritmo de crescimento e a maior tendência à estabilidade. A análise da expansão da epidemia, segundo as categorias populacionais dos tamanhos dos municípios, mostra que a epidemia teve início nos grandes centros urbanos, mas que esses mesmos centros detêm o menor aumento relativo do crescimento. Observa-se que os maiores ritmos de crescimento ocorrem entre municípios pequenos, com menos de 50.000 habitantes, identificando-se que nesses municípios a epidemia está ainda na fase inicial de expansão (Szwarcwald et al., 1999)” (Cf. Carmen Dhalia et al. “A Aids no Brasil: situação atual e tendências”. Internet: <http://www.aids.gov.br/udtv/boletim_dez99_jun00/aids_brasil.htm>). “Segundo os dados da Unids, citados por Piot, o Brasil aparece em primeiro lugar entre os países da América Latina e do Caribe em número de casos de Aids, com 540.000 pessoas contaminadas. Apesar de liderar em números absolutos, o Brasil cai para a 14.ª posição no percentual de população contaminada, com 0,57% dos adultos com o vírus da Aids, destacou Piot. No Haiti, o país mais atingido pelo problema na região, 5,17% da população adulta tem o vírus da Aids, sendo que nas áreas urbanas este índice chega a 10%” (*Folha de S. Paulo*, “Foro sobre Aids começa com polêmica em relação à posição da Igreja”. *Folha on Line*, 06.11.2000, 1h33 <www.folha.com.br>).

Immunodeficiency Virus ou Vírus da Imunodeficiência Humana) para denominá-lo, reconhecendo-o como capaz de infectar seres humanos.⁶

A infecção pelo HIV caracteriza-se por uma intensa e contínua replicação viral, que resulta, principalmente, na destruição de linfócitos T-CD4+. A depleção progressiva do *pool* de linfócitos T-CD4+, em conjunto com outras alterações do sistema imune, leva à imunodeficiência. Dessa forma, a supressão da replicação viral é fundamental para que se possa diminuir ou reverter o dano imunológico, e por essa razão é que se fala, modernamente, em tratamento anti-retroviral, desenvolvido a partir de combinação de medicamentos.

O benefício da terapia anti-retroviral combinada já foi claramente demonstrado em pacientes com doença clinicamente avançada e naqueles que apresentam imunodeficiência acentuada. Para os pacientes assintomáticos e com contagem de linfócitos T-CD4+ > 350 células/mm³, principalmente se acima de 500, o benefício do tratamento ainda não está claramente demonstrado. Embora o objetivo da terapêutica seja a obtenção de carga viral indetectável (< 400 cópias/ml), deve-se considerar como resultado positivo uma grande redução (1 log ou 90% da carga viral inicial nas primeiras quatro a seis semanas; ou 2 log ou 99%, após 12-16 semanas) nos seus valores, mantendo-se a seguir em níveis muito baixos (< 5.000 cópias/ml), desde que acompanhada de aumento, ou, no mínimo, manutenção dos níveis de células T-CD4+ em valores significativos de imunidade satisfatória para o caso. Uma redução de, pelo menos, 1 log na carga viral plasmática, é esperada após 4 semanas do início da terapia anti-retroviral; e de, pelo menos, 2 log, por volta da 12.^a -16.^a semana. Após 6 meses de terapia anti-retroviral, espera-se que a carga viral esteja indetectável.

Em alguns casos, contudo, o tratamento não oferece bons resultados. A falha terapêutica de um esquema anti-retroviral é definida como a ocorrência de deterioração clínica e/ou queda significativa e persistente do número de linfócitos T-CD4+ (>25%) e/ou aumento significativo da carga viral (> 0,5 - 1 log). Do ponto de vista laboratorial, os principais parâmetros que sugerem progressão incluem a elevação significativa da carga viral (> 0,5 log; ou 3 vezes o valor inicial) e/ou redução importante no valor da contagem de células T-CD4+ (diminuição > 25% no número absoluto de T-CD4+; ou 3% do basal em percentual). Variações entre dois resultados de exame de carga viral menores do que 0,5 log (ou 3 vezes, em relação ao valor anterior) não são consideradas significativas, do ponto de vista clínico, uma vez que essa é a faixa de variabilidade intertestes. A falha de um esquema terapêutico pode ocorrer por diferentes motivos, incluindo resistência viral prévia a um ou mais agentes, absorção alterada, interações medicamentosas e não-adesão do paciente ao tratamento. Quando possível, a causa da falha deve ser identificada e corrigida. A não-adesão é a causa mais frequente de falha do tratamento. O uso dos medicamentos em doses sub-ótimas ou de forma irregular

(6) Brasil. Ministério da Saúde. "Aids: etiologia, clínica, diagnóstico e tratamento". <http://www.aids.gov.br/assistencia/etiologia_diagnostico.htm>.

acelera o processo de aparecimento de cepas virais resistentes. Por esse motivo, antes de se concluir, definitivamente, que se trata de um caso de falha terapêutica por resistência viral, e prosseguir para a mudança do esquema terapêutico, é importante certificar-se de que o paciente está, realmente, fazendo uso dos medicamentos na posologia considerada adequada.⁷

As principais formas de transmissão do HIV são: sexual, por relações homo e heterossexuais; sangüínea, em receptores de sangue ou hemoderivados e em UDIV; e perinatal, abrangendo a transmissão da mãe para o filho durante a gestação, parto ou por aleitamento materno. Além dessas formas mais freqüentes há também a transmissão ocupacional, por acidente de trabalho em profissionais da área da saúde que sofrem ferimentos perfuro-cortantes contaminados com sangue de pacientes com infecção pelo HIV e, finalmente, há oito casos descritos na literatura de transmissão intradomiciliar, nos quais não houve contato sexual nem exposição sangüínea pelas vias classicamente descritas. A principal forma de exposição no mundo todo é a sexual, e a transmissão heterossexual através de relações sem o uso de preservativo é considerada, pela OMS, como a mais freqüente do ponto de vista global.⁸ Outro meio de grande proliferação da doença é por compartilhamento de agulhas e seringas pelos usuários de drogas injetáveis.⁹

Por fim, uma última, mas crucial indagação: qual a real chance de aquisição de HIV após uma relação sexual desprotegida, tanto para o heterossexual quanto para o homossexual?

A estimativa da probabilidade de que um indivíduo susceptível seja infectado pelo HIV-1, a partir de um único contato sexual com pessoa infectada pelo HIV, é importante para compreender a disseminação epidêmica do HIV-1 e ajudar a explicar por que a transmissão sexual parece variar em diferentes regiões do mundo. A descoberta da Aids se deu como consequência da investigação epidemiológica, e as primeiras definições de caso e acompanhamento da emergência da epidemia,

(7) Brasil. Ministério da Saúde. "Recomendações para terapia anti-retroviral em adultos e adolescentes infectados pelo HIV", 1999 <http://www.aids.gov.br/assistencia/antiretroviral/consenso99_jul99.htm>.

(8) Vide <<http://www.aids.gov.br/livro/c105.htm>>.

(9) "A transmissão sangüínea do HIV em hemofílicos e em indivíduos que receberam transfusão de sangue, segmento populacional intensamente atingido no início da epidemia, vem apresentando um importante declínio ao longo do tempo. Essa queda é consequência do rigoroso controle do sangue e hemoderivados, adotado principalmente a partir da disponibilidade dos testes laboratoriais para detecção de anticorpos anti-HIV. Essas subcategorias representavam 62% da categoria de exposição sangüínea, em 1984, e 0,9 %, em 1999/2000. Por outro lado, observa-se uma rápida e extensa difusão dos casos de usuários de drogas injetáveis em determinadas áreas geográficas. Em 1984, 37% dos casos de Aids por transmissão sangüínea eram atribuídos, pelo compartilhamento de agulhas e seringas, ao uso de drogas injetáveis. Essa subcategoria, em 1999/2000, já representava 99% das ocorrências por transmissão sangüínea (Ministério da Saúde, 2000)" (cf. Carmen Dhalia et alii, op. cit.).

ainda antes de se conhecer o agente etiológico, foram feitos através dos dados epidemiológicos e estatísticos. Posteriormente, foram desenvolvidos modelos matemáticos tentando estabelecer o número de casos esperados para cada região para permitir o planejamento de ações de saúde, alocação de recursos e direcionamento de campanhas de prevenção. Por outro lado, esses modelos permitem avaliar, até certo ponto, que as mudanças nos rumos da pandemia sejam provocadas por medidas preventivas adotadas ou por algum fator interveniente não considerado anteriormente. Esses modelos consideram nos cálculos o número de contatos que poderiam propiciar a contaminação, a probabilidade de que um determinado ato seja contagioso e a prevalência da infecção na população considerada. Em trabalho realizado na Tailândia, por exemplo, avaliaram-se homens expostos a profissionais do sexo com soroprevalência de aproximadamente 85% e obteve-se uma probabilidade de transmissão do HIV por contato sexual, da mulher para o homem, de 0,03/1. Essa probabilidade foi maior do que a calculada na América do Norte (homem para mulher, 0,001). As probabilidades de transmissão, no entanto, variaram de acordo com a presença de DST e de circuncisão. Na América do Norte a probabilidade chegou a 0,0057 (oito vezes maior) *se o parceiro já apresentava Aids*. Estima-se que a probabilidade de contaminação em relação sexual anal receptiva sem proteção entre homens seja de 0,005 a 0,030.¹⁰

Portanto, o que há de concreto, hoje, é que a Aids não possui cura definitiva; a tendência, pelo menos num curto espaço de tempo, é que a doença se torne crônica, com o paciente mantendo um padrão de vida normal à custa de medicamentos anti-retrovirais. Inobstante isso, também é sabido que algumas pessoas infectadas vivem normalmente (mesmo sem o uso de medicamentos), sem que os sintomas do vírus se manifestem, enquanto outras, para tanto, necessitam do permanente consumo do “coquetel de remédios” à disposição no mercado. Por fim, tanto num como no outro caso, é comum os pacientes sucumbirem ao vírus. Uma coisa, pois, é certa: já são frequentes os casos em que a doença, embora incurável, não leve o infectado à morte.¹¹

(10) Brasil, Ministério da Saúde. <<http://www.aids.gov.br/livro/c110.htm>>.

(11) “O programa de acesso universal à terapia anti-retroviral, junto com outras iniciativas como o uso mais difundido de quimioprofilaxia para as principais infecções oportunistas e a disponibilização de modalidades de assistência que visam à redução das internações hospitalares, tais como Assistência Ambulatorial Especializada, Hospital-dia e Assistência Domiciliar, têm determinado um impacto semelhante ao verificado nos países desenvolvidos. No que diz respeito à redução das mortes observou-se nos últimos anos uma redução expressiva na mortalidade ocasionada por Aids, de cerca de 38%, entre 97/95. Essa redução já alcança 54% em São Paulo e 48% no Rio de Janeiro, entre 95 e 99 – municípios que concentram 32% dos casos de Aids do País. Observou-se também uma redução de aproximadamente 60-80% na ocorrência dos principais processos oportunistas relacionados com imunodeficiência grave em pacientes HIV+, tais como criptococose, citomegalovirose, Sarcoma de Kaposi e tuberculose” (Brasil. Ministério da Saúde <http://www.aids.gov.br/assistencia/politica_medica_aids_brasil.htm>).

3. Imputação objetiva

Os delitos que requerem um evento naturalístico para a sua consumação (crimes materiais) estão sujeitos, além da análise dos requisitos mínimos da conduta humana e do resultado, à verificação da possibilidade de imputação desse resultado ao agente. Durante muito tempo, tal imputação – nos crimes comissivos – sujeitava-se, apenas, a uma investigação científica de causalidade entre a ação e o resultado, cujas bases filosóficas encontravam-se estruturadas sobre o *positivismo mecanicista* herdado dos estudos do físico Isaac Newton e aplicados à Filosofia, principalmente, pelas mãos de Augusto Comte.¹² Dessa base metodológico-experimental resultava que toda formação do conhecimento deveria ater-se somente àquilo que fosse suscetível de observação empírica, visto que a experiência seria a única fonte da verdade. Assim, se na natureza tudo se coloca numa relação de causa e efeito – como afirmava Newton –, também a conduta humana deveria ser investigada a partir dessa sucessão de causas e efeitos, regida pelas leis da causalidade. Nesse sentido é que Von Liszt, em sua formulação originária, conceitualizava ação como “a produção voluntária de uma modificação no mundo exterior”.¹³ Toda conduta humana, independentemente de sua espécie, possuía como efeito uma alteração, por menor que fosse, na vida concreta. Assim, mesmo em relação a delitos em que, aparentemente, isso não pudesse ser constatado facilmente, ainda assim esse resultado não poderia ser desprezado: no delito de injúria, por exemplo, a modificação no mundo exterior caracterizava-se pela provocação de vibrações no ar e nas alterações no processo fisiológico do sistema nervoso do ofendido.¹⁴

Nesse contexto é que se desenvolveram as *teorias do nexo de causalidade*, principalmente no que tange aos delitos comissivos de resultado naturalístico

(12) Augusto Comte. “Curso de filosofia positiva”. *Os pensadores*. Augusto Comte. Trad. José Arthur Giannotti. Coleção Os Pensadores. 2. ed. São Paulo : Abril, 1983.

(13) Franz von Liszt. *Tratado de derecho penal*. Trad. Luis Jimenez de Asua. 4. ed. Madrid : Reus, 1999, t. II, p. 297.

(14) Anos após, viu-se Von Liszt obrigado a reformular a sua concepção, já que o conceito apresentado não se prestava a explicar a omissão humana. Percebendo que do nada, nada advém, acabou o pensador austríaco por ampliar o conceito de ação, nos seguintes termos: “ação é a conduta voluntária no mundo exterior; causa voluntária ou não impeditiva de uma modificação no mundo exterior” (*Tratado*, cit., p. 297). Para ele (e agora de forma definitiva), a idéia de ato supõe três elementos fundamentais: a) manifestação de vontade; b) exteriorização dessa vontade; c) relação causal entre o resultado e a manifestação de vontade. No que tange ao terceiro elemento, afirmava Von Liszt que todo resultado deve possuir uma relação com a manifestação de vontade. Essa relação existe objetivamente, quando o resultado é causado ou não impedido (contrariando um dever) pela manifestação de vontade, ou seja, quando entre esta e aquele existe uma “conexão causal” ou “relação analógica”. Assim, enquanto nos crimes comissivos tal conexão era estritamente *naturalística*, nos omissivos era *normativa* (visto que a imputação do resultado ao omitente decorre, exclusivamente, de uma norma jurídica).

obrigatório, sendo que ainda hoje a doutrina penal, principalmente no Brasil, costuma trabalhar a adequação típica da conduta a partir da *teoria da equivalência dos antecedentes causais* (*conditio sine qua non*), adotada expressamente em nosso Código Penal (art. 13, *caput*). Contudo, não poucos problemas vêm ocorrendo quando se pretende seguir à risca o método mecanicista de imputação objetiva do resultado, principalmente porque o nexo de causalidade, nesses termos, acarretaria uma gama infinita de causas de um resultado (assim, por exemplo, o dano patrimonial, no delito de furto, poderia ser imputado objetivamente aos pais do delinqüente, já que a concepção deste, naturalisticamente, também era causa do resultado).

Tais dificuldades, modernamente, acentuam-se ainda mais. Com efeito, os avanços tecnológicos, oriundos da frenética busca pelo “bem-estar” individual, resultaram no *risco de procedência humana como fenômeno social estruturante*, ou seja, os cidadãos passam a estar expostos a constantes riscos que provêm de decisões que outros cidadãos concretizam durante o manejo dos avanços tecnológicos. Vivemos hoje, nas palavras de Ulrich Beck,¹⁵ numa “sociedade de riscos” (*Risikogesellschaft*), dado o aumento significativo da intensidade de situações de perigo: trânsito, genética, meio ambiente, energia nuclear, informática, comunicações etc. são apenas alguns exemplos elucidativos da permanente ameaça em que se vê inserido o ser humano.

Nessa nova e complexa realidade é que o Direito Penal deve se desenvolver. Modernamente, a imputação objetiva, dentro da teoria do injusto penal, ultrapassa a mera abordagem mecanicista do resultado para, agora, lidar com as noções de “risco permitido” e “risco não-permitido”. Se conduzir um veículo, manipular genomas humanos, explorar o meio ambiente e investir no mercado financeiro são exemplos de constante ameaça individual e social, deve-se evoluir o nível do discurso penal para a delimitação (ainda que não exata) da fronteira entre o risco que pode, ou não, ser tolerado. A aceitação da forçosa convivência entre ação e perigo centraliza a atenção, inevitavelmente, para os instrumentos de medição das cotas de risco que o ordenamento jurídico está disposto a tolerar, renunciando à tipicidade do fato cometido.¹⁶ Os instrumentos fornecidos pelo Direito Penal clássico não são mais satisfatórios para resolver os problemas de uma criminalidade que nada mais tem de clássica, e que está caracterizada, nas palavras de Hassemer, a) pela ausência de vítimas determinadas (o sujeito passivo direto ou é difuso – pensionistas, saúde pública, meio ambiente etc. –, ou é o próprio Estado), b) pela pouca visibilidade dos danos causados (marcando, pois, uma inflação dos crimes de perigo abstrato) e c) pelo novo *modus operandi* do delinqüente (a caneta e o papel substituem as

(15) Ulrich Beck. *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*. Frankfurt, 1986.

(16) Cf. Andrea Costaldo. “La concreción del ‘riesgo jurídicamente relevante’”. In: Jesús-María Silva Sánchez (Org.). *Política criminal y nuevo derecho penal. Libro homenaje a Claus Roxin*. Barcelona: Bosch, 1997, p. 235.

armas).¹⁷ Aqui, a sociedade passa a ser tratada como uma “sociedade de sujeitos passivos”. Com a transformação do *unglück* (acidente, fortuito) em *unrecht* (injusto), o modelo penal pós-industrial permite a existência de um protótipo de vítima que não assume a possibilidade de que o fato perpetrado seja devido a uma “culpa sua” ou que, simplesmente, responda-se como um azar. Parte-se do axioma de que sempre há de existir um terceiro responsável pelo risco, e a ele se deve imputar o fato e suas conseqüências, patrimoniais e penais.¹⁸ Conseqüentemente, a política criminal moderna passa a lidar com: a) a primazia do interesse de “combater” com celeridade e urgência os problemas mais amplamente difundidos pelos meios de comunicação e que, por isso, são sentidos pela opinião pública como mais ameaçadores; b) o crescente emprego dos crimes de perigo abstrato, que prescindem, para a imposição de uma pena, dos requisitos do resultado, do nexo de causalidade e, até mesmo, da própria conduta; c) a eliminação dos diversos graus da imputação jurídico-penal, tais como tentativa-consumação, autoria-participação; d) a exasperação de penas, cujo fim reveste-se, eminentemente, da prevenção geral negativa. Isso tudo decorre, com certeza, da crise do paradigma do bem jurídico como função limitativa da intervenção: os bens jurídicos “universais” sobrepõem-se aos bens jurídicos individuais, caso em que a função negativa do bem jurídico – ou seja, a sua finalidade estratégico-descriminalizadora de supressão de cominações penais, que não tinham por objeto a proteção concreta de um bem jurídico – dá lugar à sua função positiva, isto é, a proteção de bens jurídicos transforma-se num mandado de penalização, e não na proibição incondicionada da penalização.¹⁹

Portanto, o “moderno” Direito Penal vê-se obrigado a lidar com situações em que, por um lado, a intervenção penal impõe-se à míngua de uma causalidade mecanicista, e, por outro, a intervenção penal exclui-se, apesar de tal relação causal restar verificada. Diante dessa nova realidade social é que a *teoria da imputação objetiva*, modernamente, vem-se desenvolvendo. Não poucos penalistas do mundo inteiro vêm discutindo os exatos limites da intervenção penal, mas não a partir de métodos *meccanicistas* ou *fenomenológicos*, e sim de métodos *neokantistas* (principalmente o funcionalismo e o neocontratualismo). Por esse motivo é que, apesar de todos concordarem quanto à base estrutural da *teoria da imputação objetiva* (“sociedade de risco”), os limites da sua aplicação restam bastante controvertidos: enquanto alguns autores valem-se dessa teoria para am-

(17) Winfried Hassemer. “Perspectivas de uma política criminal moderna”. *Três temas de direito penal*, cit., p. 83-97.

(18) Cf. Jesús-María Silva Sánchez. *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid : Civitas, 1999, p. 34.

(19) Sobre o assunto, vide Winfried Hassemer. *Persona, mundo y responsabilidad*. Trad. Francisco Muñoz Conde y Maria del Mar Díaz Pita. Valencia : Tirant lo Blanch, 1999, p. 30-34.

pliar a intervenção penal,²⁰ outros baseiam-se nela para limitar essa mesma intervenção.²¹

O presente trabalho, por óbvio, não tem por escopo exaurir o tema, mas, por filiarmos-nos à (ainda resistente) finalidade protetiva de bens jurídicos atribuída ao Direito Penal,²² convém desenvolver tal concepção como mecanismo limitador da intervenção, e não ampliativo. Assim, embora a base funcional de fundamentação da teoria possa ser contestada – visto que leva em consideração que o injusto decorre da violação de deveres de organização e não da realização de uma conduta que ultrapasse os lindes da intervenção estatal –, pode ela ser acolhida, na falta de outros indicadores, desde que subordinada às condições pessoais do sujeito e de sua liberdade contextual.²³

Nesse sentido, é de todo pertinente a afirmação de Roxin no sentido de que “um resultado causado pelo agente só se pode imputar ao tipo objetivo se a conduta do autor criou um perigo, para o bem jurídico, não aceito por um risco permitido, e desde que esse risco tenha realizado o resultado concreto”.²⁴ Com isso, pretende-se solucionar os casos em que, segundo a doutrina penal clássica, excluía-se a imputação, tendo em vista a inadequação da imposição de uma penalidade, por meio da exclusão do dolo.²⁵ Em outras palavras: a *teoria da imputação objetiva* limita a responsabilidade jurídico-penal, em caso de corrente causal anormal e consequências danosas atípicas, já no setor do *tipo de injusto objetivo*. Ela busca delimitar as fronteiras onde termina a imputabilidade, com base na *finalidade protetiva da norma* e sob o ângulo de visão da *previsibilidade objetiva e evitabilidade* do resultado típico, da *dominabilidade do acontecer causal e da realização do risco de uma ocorrência de dano criada ou aumentada pelo agente*.²⁶ Estando a questão da causalidade já solucionada, no caso concreto, pela

(20) V. Günther Jakobs. *La imputación objetiva en el derecho penal*. Trad. Manuel Cancio Meliá. Buenos Aires : Adhoc, 1996.

(21) Vide Claus Roxin. *Derecho penal. Parte general*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. 2. ed. Madrid : Civitas, 1997.

(22) Sobre o assunto, vide: Hérman Hormazábal Malareé. *Bien juridico y Estado social y democratico de derecho*. Barcelona : PPU, 1991.

(23) Cf. Juarez Tavares. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte : Del Rey, 2000, p. 224.

(24) Op. cit., p. 363.

(25) Essa é a solução apontada por Welzel em seu famoso exemplo: alguém que, pretendendo matar outrem, instiga-o a dirigir-se a um bosque no instante em que se aproxima uma tempestade, na esperança de que um raio venha a atingi-lo (Hans Welzel. *Derecho penal alemán*. Trad. Juan Busto Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. 4. ed. Santiago : Jurídica de Chile, 1997, p. 79-80). Nesse caso, como ao autor não era dada a possibilidade de influir no processo causal, negava-se o dolo de sua conduta, embora a causalidade material estivesse presente.

(26) Cf. Johannes Wessels. *Direito penal*. Trad. Juarez Tavares. Porto Alegre : Fabris, 1976, p. 46.

teoria da condição, e como agora se discute acerca de critérios objetivos limitadores dessa causalidade, não haverá necessidade de se projetarem critérios positivos, mas sim negativos da atribuição. A *teoria da imputação objetiva*, portanto, não é uma teoria para atribuir, senão para restringir a incidência da proibição ou determinação típica sobre determinado sujeito.²⁷

Dentre esses diversos critérios limitativos,²⁸ destacam-se dois que, em nosso estudo, assumem especial relevância. O primeiro, mencionado por Roxin,²⁹ refere-se à “colocação voluntária de um terceiro em situação de perigo”, enquanto o segundo, cujas origens remontam a Wessels,³⁰ trata da “dominabilidade do acontecer causal”. Vejamos os seus respectivos conteúdos, bem como suas implicações na jurisprudência citada no capítulo anterior.

3.1 Assunção do risco pela vítima

A criação de um perigo não permitido acarreta a imputação objetiva do resultado ao seu autor. Contudo, vêm-se desenvolvendo, modernamente, orientações no sentido de que a criação do risco não-permitido, em alguns casos, não está no âmbito de alcance do tipo ou da finalidade protetiva da norma (ou seja, da proibição de matar, lesionar etc.), já que o tipo de injusto não está destinado a impedir tais resultados. Essa problemática tem importância, sobretudo, nos eventos culposos, já que, se alguém provoca dolosamente a lesão de um bem jurídico mediante um perigo criado por ele sem atuar protegido por um risco permitido, normalmente será missão dos tipos de injusto garantir proteção frente a tal conduta. Mas isso não é sempre assim, principalmente nas situações em que o autor, embora crie um risco não permitido, conte com a assunção desse mesmo risco pela vítima. Exemplo: um passageiro deseja que o condutor de um barco conduza-o por um rio, durante uma tempestade. O barqueiro desaconselha-o, fazendo menção aos perigos da travessia, mas o cliente insiste em seu desejo, caso em que o barco, durante a travessia, vem a naufragar.

Alguns autores tentam resolver esse problema à luz do *consentimento do ofendido*, como causa excludente da culpabilidade.³¹ Tal solução, contudo, já está

(27) Nesse sentido: Juarez Tavares, op. cit., p. 222.

(28) Tais critérios foram bem sintetizados por Juarez Tavares, nos seguintes termos: “Não haverá, assim, imputação: a) se o agente tiver diminuído o risco para o bem jurídico; b) se o agente não tiver aumentado o risco para o bem jurídico; c) se o risco era permitido; d) se esse risco não se materializou no resultado típico; e) se o resultado, na forma como ocorrido, não se incluir no âmbito de alcance do tipo” (op. cit., p. 224). Sobre o assunto, vide, também: André Luís Callegari. “A imputação objetiva no direito penal”. *Revista Ajuris*, dez. 1999, vol. 76, p. 87-108.

(29) *Derecho penal*, cit., p. 393-398.

(30) Op. cit., p. 46.

(31) Nesse sentido: Francisco de Assis Toledo. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo : Saraiva, 1994, p. 214-216.

superada, principalmente porque o assentimento, em lesões suportadas e consentidas em bens jurídicos próprios, não se pode conceber como abrangido pelo âmbito de incidência do tipo penal. Na verdade, o injusto penal não se presta à tutela de bens jurídicos que, gozando da condição de renunciáveis por seu titular (por exemplo, patrimônio, honra, liberdade etc.), tenham sido expressamente renunciados por quem detém a capacidade para tanto. Em outras palavras: não há tipicidade quando o titular do bem jurídico aquiesce na lesão sofrida,³² até mesmo porque, por exemplo, só se pode falar em injusto penal, num delito de furto, quando o bem subtraído integre o patrimônio jurídico da vítima; se esta abre mão de um determinado bem, ele não faz mais parte de seu patrimônio, não se adequando, com isso, na tutela penal do delito catalogado no art. 155 do CP brasileiro.

Isso não gera dificuldades (a não ser quanto ao deslocamento do *consentimento do ofendido* da ilicitude para a tipicidade), já que a não-condenação do suposto autor de um delito consentido pela vítima é remansosa na doutrina mais moderna. As discrepâncias surgem, contudo, quando a vítima consente não em relação a um dano concreto e evidente, mas sim na submissão consciente a um risco capaz de acarretar um dano não desejado por ela. Aqui, a lesão ao bem jurídico não conta com o assentimento final de seu titular (por exemplo, quando eu percebo que um mendigo está subtraindo laranjas do pomar de minha residência, mas, em virtude de sentimentos de piedade, não me importo com a subtração), mas sim com a previsibilidade objetiva e evitabilidade de que o dano até poderá ocorrer, e com a assunção final do risco a que estará exposto, embora não se admita a sua verificação (é o exemplo do barqueiro antes citado). Note-se que, nessa segunda situação, a vítima não atua orientada finalistacamente à auto-lesão, mas sim, apenas, ao risco enfrentado, e, em decorrência dessa exposição, o resultado sobrevém.

Não são poucas as dificuldades aqui surgidas. Uma solução simplória – e equivocada – poderia determinar a imputação objetiva do resultado, visto que o responsável pela criação do risco (no exemplo, o barqueiro), uma vez possuindo a capacidade de evitar o resultado (ou seja, não aquiescendo à vontade da vítima), deveria responder em razão da inobservância pessoal do dever de cuidado. Assim, sempre que a vítima consentisse apenas no risco, e não também no dano, a imputação objetiva do resultado restaria verificada.

Modernamente, isso não pode ser aceito, principalmente nos casos em que o dano é previsível e evitável para todos os envolvidos na situação de risco. Nessas situações, parte-se de uma diferenciação inicial, qual seja, a verificada entre a

(32) Paradigmático, nesse aspecto: Manuel Costa Andrade. *Consentimento e acordo em direito penal*. Coimbra: Ed. Coimbra, 1991, p. 229-264. Jakobs, nesse caso, parte da distinção de “certeza de lesão” e “perigo de lesão”, a fim de situar a exclusão da tipicidade no âmbito do segundo caso (Günther Jakobs. *Derecho penal. Parte general*. Trad. Joaquim Cuello Contreras y Jose Luis Serrano Gonzales de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 295.

autocooperação final em relação ao perigo e a aceitação do perigo por um terceiro. Exemplo do primeiro caso é a situação de dois motoristas imputáveis que, participando de um “racha”, vêm a se envolver num acidente que resulta a morte de um deles. A cooperação finalisticamente orientada de ambos para a criação do risco não permitido acarreta a ausência de imputação objetiva em relação ao motorista sobrevivente, pelo menos no que se refere ao homicídio doloso e ao homicídio culposo. Caso admita-se, conforme as circunstâncias, que o motorista sobrevivente atuou com dolo eventual em relação ao evento morte, seremos obrigados a entender que o caso trata, no máximo, de uma participação em suicídio (art. 122 do CP brasileiro), visto que a assunção do risco do resultado morte ocorre não só em relação à vida alheia, como, ademais, à própria vida. Por outro lado, considerando-se a situação como de culpa consciente, teríamos a atipicidade da conduta, já que não existe previsão legal para a participação culposa em suicídio.³³

Já o segundo caso trata de situações em que o risco não é criado pelo suposto autor do delito, mas sim pela própria vítima, que o induz a, conscientemente, também expor-se ao risco. Assim, além do exemplo do barqueiro antes mencionado, pode-se citar o caso do passageiro que, a fim de chegar rapidamente ao destino, determina ao motorista do táxi que empregue velocidade excessiva, caso em que um acidente acaba por gerar o óbito do passageiro. Vem-se afirmando que, nessas situações, a exclusão da imputação do resultado depende do fato de a vítima ter, efetivamente, assumido o risco, mediante o preenchimento de três pressupostos: a) o dano verificado deve ser consequência do risco corrido, e não de outros acontecimentos adicionais; b) o sujeito posto em perigo deve ter a mesma responsabilidade pela atuação comum em relação a quem lhe colocou em perigo; e c) o sujeito posto em perigo deve ser consciente do risco na mesma medida em relação ao que lhe colocou em perigo. Assim, por exemplo, há imputação do resultado se o motorista persuade o passageiro, que vacila com bons motivos, ou quando aquele ocultou os riscos que se iriam verificar, ou, ainda, quando o acidente decorreu das precárias condições dos pneus.³⁴

Em qualquer caso, um pressuposto fundamental da exclusão da imputação do resultado é a assunção final e recíproca do risco, ou seja, todos os envolvidos na situação perigosa têm consciência da possibilidade do surgimento do dano (previsibilidade objetiva). O fato de, subjetivamente, o resultado ter sido, ou não, assumido por ambos, é assunto pertinente à *imputação subjetiva* do resultado, que só merece apreciação após verificada a imputação objetiva deste. Caso um dos envolvidos não se tenha colocado responsavelmente frente à situação perigosa, a incidência do tipo impõe-se.

(33) Roxin, comentando exemplo semelhante verificado na Alemanha, chega à conclusão da atipicidade da conduta em ambas as situações (op. cit., p. 387). Isso deve-se ao fato de o StGB não prever o delito de participação dolosa em suicídio, em termos semelhantes ao do art. 122 do CP brasileiro.

(34) Nesse sentido: Claus Roxin, op. cit., p. 395.

Tal assunto parece de extrema importância no que se refere à transmissão da Aids. Na verdade, não se deve incidir no equívoco de tratar qualquer caso de transmissão da doença, ainda que de forma voluntária, simplesmente à luz do dolo do agente, e nesse aspecto é que os argumentos exarados na jurisprudência do TJRS e do STJ, citada no início deste estudo, tendem a deslegitimar-se. Veja-se que, nas duas decisões, apegaram-se os Julgadores, apenas, na atuação dolosa do agente (transmissão dolosa da Aids) para fundamentar o delito de tentativa de homicídio, sem qualquer cogitação acerca da *imputação objetiva* do resultado. Na verdade, antes mesmo de apreciarmos o conteúdo da vontade do sujeito ativo (*imputação subjetiva*), devemos analisar não só a relação causal da conduta com o resultado, como, ademais, a *imputação objetiva* deste. Uma rápida leitura das ementas dos dois acórdãos citados leva-nos a incorrer no erro de imaginar que todo aquele que, sabendo de sua condição de soropositivo, mantém relações sexuais com outrem, seria responsabilizado a título de tentativa de homicídio. Isso, contudo, não pode ser aceito, sob pena de retrocedermos a um notório Direito Penal de autor, em que só a maldade subjetiva do agente seria suficiente para a sua responsabilização penal.

Creio que os problemas surgidos com essa “nova modalidade” de delito não podem receber solução tão simplória. Em primeiro lugar, deve-se apreciar se o ato arriscado, que caracterizou a transmissão da doença, foi finalisticamente criado ou aceito por todos os envolvidos. Assim, relações sexuais contraídas, sem a devida proteção, em zonas do meretrício, ou entre parceiros desconhecidos, não podem ter a mesma solução apontada para o caso de relações sexuais supostamente monogâmicas. Além disso, o uso de preservativos (ou seringas descartáveis, já que estas, como vimos, são as duas formas mais comuns de transmissão da Aids), bem como o conhecimento da doença pelo portador, podem ensejar solução díspares.

Diante disso, é possível dividirmos a imensa gama de situações em dois grupos fundamentais: a) quando o portador não tem conhecimento da doença; ou b) quando tal conhecimento está presente.³⁵ Enquanto no primeiro grupo deparamo-nos, no máximo, com delitos negligentes, no segundo, ao contrário, poderemos ter fatos negligentes ou dolosos. Em ambos, contudo, é perfeitamente possível a exclusão da imputação do resultado. Vejamos.

A solução jurídico-penal para os casos em que a transmissão da Aids origina-se da conduta de alguém (relações sexuais, uso de drogas injetáveis etc.) que desconhece a sua condição de soropositivo irá depender do fato de o ato que originou a contaminação dizer respeito a um risco permitido ou não permitido. São frequentes as situações em que o aidético contrai a doença em situações

(35) Merece destaque que tais parâmetros não dizem respeito à *imputação subjetiva* do resultado, já que o dolo liga, subjetivamente, o autor do delito ao resultado causado, enquanto o conhecimento da doença, por si só, não produz nenhum evento. Em outras palavras: uma coisa é eu saber estar contaminado; outra, eu, sabendo da contaminação, desejar a transmissão da doença.

inesperadas, tais como em intervenções cirúrgicas, doações de sangue ou acidentes de trabalho. Caso venha ele, por exemplo, a manter relações (homo ou hetero) sexuais com outrem, ainda que sem o uso de preservativos, na *confiança* de que, tendo em vista a fidelidade monogâmica entre ambos, o risco de contaminação seria baixo, não parece razoável a imputação objetiva de qualquer resultado em se verificando a contaminação, e isso é correto, frise-se, antes de qualquer apreciação acerca do dolo ou da culpa, já que o injusto, uma vez considerado em sua finalidade protetiva de direitos fundamentais,³⁶ não acolhe, em seu âmbito de incidência, fatos que apenas sob o aspecto formal guardem alguma relação de tipicidade. O exame da *imputação subjetiva* do resultado pressupõe, antes de mais nada, que o fato praticado situe-se no âmbito de proteção conferido pelo Direito Penal, cujos limites são fornecidos pelos princípios constitucionais penais (princípio da lesividade, princípio da culpabilidade, princípio da legalidade material, princípio da intervenção mínima etc.).

Os problemas começam a surgir quando a doença é inconscientemente transmitida em situações de risco não permitido e assumido reciprocamente pelos envolvidos ou, também, quando um deles aquiesce responsabilmente ao pedido de outrem. Exemplo: "A" (soronegativo) paga determinada quantia em dinheiro para que "B" (soropositivo) preste-se sexualmente às suas vontades, sem o uso de preservativos. Estamos diante, aqui, de um risco permitido (prostituição não é um ilícito) e assumido responsabilmente por "A" e "B", com consciência do perigo em que se vêem envolvidos, gerando, pois, a exclusão da imputação objetiva do resultado (atipicidade do fato). A mesma solução há de ser apontada para a transmissão involuntária do vírus mediante o compartilhamento de seringas, embora, nesse caso, estejamos diante de um "risco não permitido". Após muita polêmica, essa foi a resposta dada pelo Supremo Tribunal Federal da Alemanha (*Bundesgerichtshof*) para os casos em que alguém, fornecendo droga a outrem, acarreta a morte deste por overdose: "a autocolocação em perigo, desejada pela própria vontade, não é subsumível nos tipos de lesões ou de homicídio, desde que se realize o risco conscientemente ocorrido com a colocação em perigo. Quem meramente incita, possibilita ou facilita tal perigo recíproco não é punível por um delito de homicídio ou de lesões corporais".³⁷ Assim, pois, não há *imputação objetiva* do resultado quando a Aids é transmitida por relações sexuais de alto risco, bem como durante o uso de drogas, desde que o risco, em que pese o desconhecimento da doença pelo portador, seja voluntariamente assumido por todos.³⁸

Disso não resulta, contudo, que a mera ignorância da qualidade de soropositivo demande a inadequação típica da conduta. Pense-se, por exemplo, no caso de duas pessoas contraírem relações sexuais sem a devida proteção, sendo que a iniciativa parte daquele que, tendo em vista a sua vida sexual desregrada,

(36) Sobre o assunto, vide Juarez Tavares, op. cit., p. 157-174.

(37) *Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen*, 1984, p. 536; 1987, p. 406.

(38) Nesse sentido: Claus Roxin, op. cit., p. 396.

não só oculta como, ademais, dissimula tal situação a seu companheiro. Note-se que, aqui, o risco assumido pela vítima não equivale ao risco efetivamente criado, não se podendo falar, pois, em consentimento de perigo. Embora o portador desconheça essa sua qualidade, deverá responder pelo resultado a que deu causa (veremos, no próximo capítulo, que o delito será de lesões corporais culposas).

Outras são as soluções para os casos em que o portador consciente do vírus vêm a transmiti-lo. Resta, desde já, excluída a imputação quando a relação sexual, embora omitida a doença para a vítima, vem a acarretar o contágio devido a uma falha no mecanismo de proteção (rompimento do preservativo, por exemplo), tendo em vista que o portador do vírus *confiava* na eficácia do dispositivo. Esse primeiro exemplo, a bem da verdade, resta solucionado pelos efeitos de uma *concausa concomitante e absolutamente independente*, que, segundo parte da doutrina penal, exclui a imputação do resultado,³⁹ dada a aplicação do art. 13, § 1.º, do CP, por analogia.

Da mesma forma, também resta excluída a imputação do resultado quando a doença é conhecida não só pelo portador do vírus como, ademais, pela vítima do contágio. Aqui, o risco não permitido (o perigo concreto de contágio de moléstia grave encontra-se capitulado no art. 131 do CP brasileiro), desde que assumido responsável e voluntariamente por todos os envolvidos, não acarreta a adequação típica da conduta, em razão da exclusão da *imputação objetiva* do resultado. Assim, por exemplo, se, durante o uso de cocaína, houver compartilhamento de uma seringa pelos usuários, não haverá adequação típica da conduta se os demais souberem da condição de soropositivo de um deles.⁴⁰

Situação diversa verifica-se quando o portador do vírus omite essa sua condição para as pessoas que praticam atos capazes de produzir o contágio, sem a devida proteção. Note-se que o risco, apesar de ser maior ou menor segundo as circunstâncias do caso (assim, por exemplo, quando são mantidas relações sexuais, sem a devida proteção, entre pessoas desconhecidas ou entre cônjuges cuja fidelidade não é questionada), não é reciprocamente admitido entre os envolvidos na situação perigosa. O mesmo ocorre quando o infectado obriga, moral ou materialmente, a vítima não-infectada a expor-se a arriscada aventura,⁴¹ ou a induz em erro.⁴² Verifica-se a imputação objetiva do resultado quando o portador

(39) Nesse sentido: Francesco Antolisei. *Manual de derecho penal. Parte general*. 8. ed. Bogotá : Temis, p. 176; Paulo José da Costa Júnior. *Comentários ao Código Penal*. 3. ed. São Paulo : Saraiva, 1989, vol. 1, p. 113. Em sentido contrário: Cezar Roberto Bitencourt. *Manual de direito penal*. 5. ed. São Paulo : RT, 1999, p. 222.

(40) Tal solução não se aplica no caso de o portador relatar a doença aos demais usuários quando estes já se encontrem sob fortes efeitos da droga, já que o consentimento prestado não é puro.

(41) Nesse sentido: Claus Roxin, op. cit., p. 396. Sobre todas essas situações, vide Santiago Mir Puig (Org.). *Problemas jurídicos penales del Sida*. Barcelona : Bosch, 1993.

(42) Sobre o consentimento obtido por erro, vide Claus Jakobs. *Derecho penal*, cit., p. 298-302.

do vírus submete a vítima a um risco de contágio não assumido por ela, seja por não ter ela consciência desse risco, seja pela submissão a ele.

Nessa última categoria é que o caso tratado pela jurisprudência do STJ e do TJRS se insere. Segundo consta nos relatórios dos acórdãos, foi o réu acusado de "tentar matar V.L.R.R., no período de março de 1991 a julho de 1994 (*sic*), pelo fato de com ela manter relacionamento amoroso, praticando a conjunção carnal sem o uso de preservativo, *malgrado ciente, desde julho de 1992, de sua condição de portador da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (Aids)*, atestada pelos exames realizados no Hospital do Exército, que o levaram a ser licenciado, de forma definitiva, da corporação" (acórdão do TJRS). Tal circunstância retrata, pois, que o risco criado não foi assumido pela vítima, já que o réu manteve, com ela, relações sexuais, omitindo, contudo, a sua condição de soropositivo. Inobstante isso, a imputação objetiva desse resultado (que, como veremos no próximo parágrafo, não poderá ser a título de tentativa de homicídio), no caso concreto, passa a gerar dúvidas no que tange ao relato da defesa, não rebatido e contestado – ao que tudo indica – pela acusação, no sentido de que "o relacionamento sexual iniciou em março/91 e o réu só ficou sabendo que estava infectado em julho/92". Ora, a apuração pericial do tempo que o réu está infectado, bem como a data em que a transmissão verificou-se, são dados fundamentais para a imputação objetiva do resultado. Caso a transmissão já se houvesse realizado antes mesmo de o réu tomar conhecimento da doença (em julho/92), restaria evidente que, na pior das hipóteses, o resultado verificado só poderia ser atribuído ao agente a título de culpa, e não de dolo. E mais: caso não seja possível a exata determinação da época em que o contágio verificou-se, ainda assim não poderia ele ter sido pronunciado por tentativa de homicídio doloso (e pior: qualificado), haja vista a amplitude do princípio do *in dubio pro reo*. A fragilidade das decisões do TJRS e do STJ tem início nessa omissão, que, por si só, já revela o exacerbado apego pelo *animus* reprovável do agente (direito penal de autor), antes mesmo de qualquer apreciação objetiva de sua conduta.⁴³

(43) Isso fica ainda mais claro na seguinte passagem do voto do relator: "As especificidades do caso, todavia, fins de manutença da pronúncia, dispensam maiores considerações doutrinárias e jurisprudenciais. É que, pelo relato da vítima, estando já rompido o seu relacionamento amoroso com o acusado, até aí, enfático, ignorada a condição dele de soropositivo, viu-se por ele violentada sexualmente. Na ocasião, indiscutivelmente, o réu já sabia da sua doença, pela qual dera baixa do Exército em 1992. Mais, deu conta a vítima de que o réu, como quase sempre ocorrera nos relacionamentos sexuais pretéritos, não usou preservativos". Ou seja: em 1992, quando fora a vítima violentada pelo réu, já sabia ele da sua condição de aidético. E antes disso? Ela não manteve relações sexuais com o réu? Houve prática de atos capazes de produzir o contágio, com assunção recíproca dos riscos a partir do não uso dos preservativos? E mais: note-se que o voto, para amparar a imputação objetiva do delito de tentativa de homicídio, baseia-se exclusivamente no suposto *animus necandi* do réu: "Ora, ante esse relato, cuja veracidade, outrossim, há de ser avaliada apenas pelo Tribunal do Júri – a dúvida, aqui, se resolve em favor da sociedade (*sic*) –, a imputação de tentativa de homicídio

Por fim, uma última observação, relevante não só para as decisões em comento, como, ademais, para os outros exemplos aqui mencionados: os casos em que, até o momento, foram considerados como passíveis de imputação objetiva do resultado ao responsável pelo contágio, só em parte foram solucionados. Com efeito, as situações relatadas, em que o portador do vírus deve responder pela transmissão da doença, não foram integralmente respondidas, na medida em que não apreciamos, até o momento, a forma do resultado típico que será imputado ao autor. Qual o injusto objetivamente realizado? Que tipo penal incide nas situações em que, até o momento, o resultado é imputado ao agente? Nos próximos parágrafos veremos a resposta a essas indagações.

3.2 A dominabilidade do acontecer causal

Outro subprincípio oriundo da *teoria da imputação objetiva* é a exigência de que o criador da situação de risco tenha capacidade de domínio do processo causal. Assim, para a imputação objetiva (em fatos dolosos e negligentes) é decisivo: a) se o atuante causou, no mínimo, um resultado típico através de seu fazer ou omitir-se (determinação do nexo causal); b) se o resultado era objetivamente previsível e evitável; e c) se, com base em um corrente causal adequada ao tipo, se realizou no resultado danoso exatamente aquele perigo, que fora criado através da ação lesiva ou de um excesso do risco permitido por parte do autor.⁴⁴ Por essa razão é que, no clássico exemplo prelecionado por Welzel, o sobrinho não responde pela morte de seu tio, atingido por um raio, com o ato de instigá-lo a fazer um passeio a um bosque na esperança de que tal evento se verificasse. Como bem destaca Juarez Tavares, “embora a conduta do sobrinho, no plano da causalidade psíquica, tenha sido causal para o resultado, este não lhe deve ser imputado, por-

não é algo que não encontre apoio em elementos do processo. Esse episódio último, apartado do relacionamento antes havido, torna palpável até o *animus necandi*, cuja ausência é sustentada pela defesa. *Animus*, outrossim, que mesmo o prolongar do relacionamento sexual, omitida qualquer cautela e a simples notícia da doença contagiosa, não permitiria, de outra forma, afastar neste comenos”. Ora, não parece tecnicamente correta a decisão que, para fundamentar uma tentativa de homicídio, baseia-se exclusivamente no *animus necandi* do agente. Tal idiossincrasia, por certo, autorizaria, inclusive a pronúncia de alguém que, imaginando equivocadamente ser portador do vírus, mantém inúmeras relações sexuais com a intenção de transmiti-lo. Isso agrava-se ainda mais na decisão do STJ: o digno relator, para refutar a tese defensiva, consignou que, “quanto à segunda pretensão: desclassificação para o crime do art. 131 do CP, a conseqüente exclusão da tipicidade do crime de homicídio deve ser rejeitada, pois evidente o dolo de matar (*sic*)”. Por óbvio, não é o dolo o responsável pela diferença entre os delitos capitulados nos arts. 121 c/c o art. 14, II, e 131 do CP, mas sim o resultado produzido: no primeiro, um ato executório capaz de gerar a morte; no segundo, um ato que desencadeia um perigo concreto, letal ou não. A partir da distinção entre estes dois eventos é que, aí sim, pode-se apreciar o elemento subjetivo do agente.

(44) Cf. Johannes Wessels, op. cit., p. 46.

que estava absolutamente fora de seu domínio".⁴⁵ Em outras palavras: a conduta do autor deve possuir a potencialidade de controlar o liame causal objetivo com o resultado tipicamente previsto, devendo ser isso aferido a partir da previsibilidade e da evitabilidade objetivas (o local onde os raios de uma tempestade "caem" não são previsíveis e controláveis, segundo uma noção de causalidade adequada).

Tais enunciados são de suma importância para os casos de transmissão da Aids. Vimos, no início de nosso estudo (n. 2, *supra*), que as modernas terapias antivirais tendem a tornar a doença, desde que corretamente efetuado o tratamento, numa enfermidade crônica, cujas condições de vida podem ser razoavelmente mantidas à custa do uso do "coquetel" de medicamentos (nunca é demais repetir as conclusões do Ministério da Saúde, antes mencionadas: "uma redução de, pelo menos, 1 log na carga viral plasmática é esperada após 4 semanas do início da terapia anti-retroviral; e de, pelo menos, 2 log, por volta da 12.^a - 16.^a semana. Após 6 meses de terapia anti-retroviral, espera-se que a carga viral esteja indetectável"). A imputação objetiva, nos delitos de transmissão de Aids, depende do resultado cujo processo causal seja controlável pela vontade do agente. Nesse sentido, parece bastante óbvio que tal controle verifica-se somente na transmissão da doença, e não também em relação ao futuro evento morte, já que, como é sabido tecnicamente, este até pode não se verificar, caso o tratamento seja corretamente realizado. Somente poderá alguém responder por um delito quando o resultado típico seja causalmente controlável por ele, segundo parâmetros de previsibilidade e evitabilidade objetivas (*in casu*, proporcionadas pela medicina moderna). Assim, embora esse alguém tenha, efetivamente, pretensão letal com sua conduta, não poderá a ele ser imputado o evento morte (tentado ou consumado) se o curso causal da execução de seu intento não dependa, em nenhum circunstância, de sua atuação efetiva.

É claro que, para tanto, deverá o Julgador extrapolar os limites da ciência jurídica, visto que a previsibilidade objetiva do evento morte, nessas situações, depende de um mínimo de conhecimentos técnicos de medicina acerca da prevenção, etiologia, prognose, tratamento e outros aspectos de suma relevância que dizem respeito à atual situação da Aids no mundo, e por esse motivo é que o segundo capítulo de nosso estudo mostra-se relevante.

Antes de atribuir a alguém um evento morte (tentado ou consumado), é necessário apreciar se a conduta do imputado é capaz de, por si só, ocasionar seguramente o resultado (dar um tiro na cabeça de outrem é um comportamento que, segundo uma previsibilidade objetiva, possui a potencialidade de causar a morte da vítima, o mesmo não se podendo afirmar em relação à transmissão da Aids). Isso resta ainda mais claro diante do esforço narratório laborado na denúncia - que embasou o acórdão aqui comentado - para fundamentar o delito de tentativa de homicídio: o réu foi acusado de "*tentar matar V.L.R.R., no período de março de 1991 a julho de 1994, pelo fato de com ela manter relacionamento amoroso, prati-*

(45) Op. cit., p. 226.

cando a conjunção carnal sem o uso de preservativo, malgrado ciente, desde julho de 1992, de sua condição de portador da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (Aids), atestada pelos exames realizados no Hospital do Exército, que o levaram a ser licenciado, de forma definitiva, da corporação". A menos que se pretenda transmutar o delito de homicídio em permanente,⁴⁶ creio que a narração acusatória, por mim destacada, fala por si só: como é que alguém pode tentar matar outrem, com atos capazes para tanto, de março de 1991 a julho de 1994? Portanto, em pleno Estado Democrático de Direito (cujo Direito Penal encontra-se fundamentado a partir de *atos*, e não de *personalidades*), um resultado incerto não se pode atribuir a alguém pelo simples fato de o agente desejá-lo.

Diante disso tudo, indaga-se: qual a solução, então, para os casos em que a imputação objetiva do resultado se impõe? Se o delito de homicídio (tentado ou consumado, doloso ou culposos) jamais poderá ser imputado objetivamente àquele que transmite (conscientemente ou não) a Aids, por qual crime, então, poderá ele responder?

No caso de o risco assumido pela vítima não equivaler ao risco efetivamente criado pelo portador do vírus que desconhece a doença, a única solução plausível, *de lege lata*, é o delito de lesões corporais culposas. No exemplo antes citado das duas pessoas que contraem relações sexuais sem a devida proteção, sendo que a iniciativa parte daquele que, sem saber estar infectado, mas com vida sexual desregrada, não só oculta como, ademais, dissimula tal situação a seu companheiro, a imputação verificada é do delito previsto no art. 129, § 6.º, do CP. Uma única pergunta corrobora tal afirmação: o que ocorreria se, nesse caso, a doença não fosse transmitida, apesar da qualidade de soropositivo do suposto autor? Se se desejar trabalhar com a imputação do evento morte, seríamos obrigados a admitir uma tentativa de homicídio culposos. Ora, se a qualidade de portador da Aids, mais do que nunca, nem sempre acarreta objetivamente o óbito, seremos obrigados a vislumbrar que a doença equivale a um resultado de lesões corporais, e não de tentativa de homicídio.

Situação diversa ocorre quando o portador do vírus omite conscientemente essa sua condição para as pessoas que praticam, com ele, atos capazes de produzir o contágio, sem a devida proteção, ou quando o infectado obriga, moral ou materialmente, a vítima não-infectada a expor-se a arriscada aventura, ou a induz em erro. Aqui, tendo em vista a atuação finalisticamente orientada à transmissão da doença (o autor tem conhecimento da sua qualidade de soropositivo), deve haver imputação do delito de lesão corporal qualificada por enfermidade incurável, na forma do art. 129, § 2.º, II, do CP brasileiro. Essa deveria ter sido não só a capitulo legal da denúncia oferecida no caso jurisprudencial em comento, como, ademais, a substância dos acórdãos exarados pelo TJRS e do STJ: por certo, não há princípio de *in dubio pro societate* que possa desvirtuar tal conclusão.

(46) Que não se confunde com situações de progressão criminosa, essas sim possíveis no delito de homicídio.

Por fim, um último reparo: o delito previsto no art. 130 do CP não possui aplicação nos casos de transmissão de Aids pelo simples fato que de tal enfermidade não é classificada como uma Doença Sexualmente Transmissível (DST). Da mesma forma, não se há de falar em aplicação do art. 131 nos casos em que o agente, sabendo ser soropositivo, pratique ato tendente à contaminação, sendo que essa não se verifica. Poder-se-ia argumentar que tal delito incidiria, já que, nessas situações, houve apenas um perigo concreto de lesão, ou seja, o art. 131 seria um "soldado de reserva" para os casos em que o sujeito ativo não logrou êxito em seu intento, ou quando ele apenas desejava causar um perigo (dolo de perigo) e não um dano efetivo (dolo de dano). Tal solução, na verdade, é um resqúcio da concepção causal-naturalista de ação (sistema Liszt-Beling-Radbruch), já que a adequação típica da conduta estaria a depender, exclusivamente, da produção de um resultado, e não da finalidade do agente: se houve o contágio: lesão corporal qualificada (art. 129, § 2.º, II); se não houve, perigo de contágio de moléstia grave (art. 131).⁴⁷

A teoria finalista da ação, em que pese estar há muito superada, introduziu um dado que, atualmente, é incontestável:⁴⁸ a adequação típica da conduta depende, além da imputação objetiva do resultado, também de sua imputação subjetiva, mas não porque o dolo seria um dado ontologicamente considerado, como preconizava Welzel,⁴⁹ mas sim por questões jurídico-penais. Nesse contexto é que, se o agente, querendo transmitir a Aids, não atingir o seu intento, responderá por tentativa de lesões corporais qualificadas (art. 129, § 2.º, II, c/c o art. 14, II), e não pelo delito descrito no art. 131. Nem se afirme, contra essa solução, que o "dolo de dano" não se confundiria, *in casu*, com o "dolo de perigo". Corro o risco de ser traído pela casuística social, mas, apesar disso, não consigo vislumbrar alguém que, consciente da doença, e praticando um ato capaz de produzir o contágio de Aids, não vá se comportar, no mínimo, com dolo eventual em relação à lesão corporal, respondendo, pois, pelo delito tentado. Essa questão, a bem da verdade, trata de análise da *imputação subjetiva* do resultado, que, pelos limites estabelecidos no presente estudo, não nos permite maiores indagações.

Concluindo: a transmissão da Aids, nos atuais moldes de nossa legislação penal, pode percorrer um caminho que vai desde a atipicidade da conduta, passando pela lesão corporal culposa, tentativa de lesão corporal qualificada e, no máximo, lesão corporal qualificada. Jamais,⁵⁰ contudo, homicídio culposo ou doloso. Oxalá as interpretações jurisprudenciais, doravante, atentem para esse detalhe.

(47) Isso fica ainda mais claro a partir da análise do disposto no art. 130, § 1.º: qual a diferença entre esse delito e a tentativa de lesão corporal?

(48) Nesse sentido, vide Günther Jakobs, op. cit., p. 162-167; Claus Roxin. "Contribuição crítica para a teoria finalista da ação". *Problemas fundamentais de direito penal*. 3. ed. Lisboa: Vega, p. 91-143.

(49) Hans Welzel, op. cit., p. 39-49.

(50) Salvo se o contágio da doença, mesmo com os medicamentos atuais, passar a acarretar a morte instantânea dos portadores.

Bibliografia

- ALEMANHA. *Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen*, 1984; 1987.
- ANTOLISEI, Francesco. *Manual de derecho penal. Parte general*. 8. ed. Bogotá : Temis, 1988.
- ASSIS TOLEDO, Francisco de. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo : Saraiva, 1994.
- BECK, Ulrich. *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*. Frankfurt, 1986.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal*. 5. ed. São Paulo : RT, 1999.
- BRASIL. Ministério da Saúde. <<http://www.aids.gov.br>>.
- . ———. "Aids: etiologia, clínica, diagnóstico e tratamento". <http://www.aids.gov.br/assistencia/etiologia_diagnostico.htm>.
- . ———. "Recomendações para terapia anti-retroviral em adultos e adolescentes infectados pelo HIV" – 1999. <http://www.aids.gov.br/assistencia/antiretroviral/consenso99_jul99.htm>.
- CALLEGARI, André Luís. "A imputação objetiva no direito penal". *Revista Ajuris* 76/87-108, dez. 1999.
- COMTE, Augusto. "Curso de filosofia positiva". Trad. José Arthur Giannotti. 2. ed. São Paulo : Abril Cultural, 1983 (Os Pensadores).
- COSTA ANDRADE, Manuel. *Consentimento e acordo em direito penal*. Coimbra : Ed. Coimbra, 1991.
- COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Comentários ao Código Penal*. 3. ed. São Paulo : Saraiva, 1989, vol. 1.
- DHALIA, Carmen et al. "A Aids no Brasil: situação atual e tendências". <http://www.aids.gov.br/udtv/boletim_dez99_jun00/aids_brasil.htm>.
- FOLHA de S. Paulo. África do Sul retoma campanha de combate à Aids. *Folha on line* <www.folha.com.br>. Acesso em 23.10.2000, 14h34.
- HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad*. Trad. Francisco Muñoz Conde y Maria del Mar Díaz Pita. Valencia : Tirant lo Blanch, 1999.
- . "Perspectivas de uma política criminal moderna". *Três temas de direito penal*. Porto Alegre : Escola Superior do Ministério Público, 1993.
- HORMAZÁBAL MALAREÉ, Hérmán. *Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho*. Barcelona : PPU, 1991.
- JAKOBS, Günther. *Derecho penal. Parte general*. Trad. Joaquim Cuello Contreras y Jose Luis Serrano Gonzales de Murillo. Madrid : Marcial Pons, 1997.
- . *La imputación objetiva en el derecho penal*. Trad. Manuel Cancio Meliá. Buenos Aires : Adhoc, 1996.
- MIR PUIG, Santiago (Org.). *Problemas jurídicos penales del Sida*. Barcelona : Bosch, 1993.
- ROXIN, Claus. "Contribuição crítica para a teoria finalista da ação". *Problemas fundamentais de direito penal*. 3. ed. Lisboa : Veja.
- . *Derecho penal. Parte general*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. 2. ed. Madrid : Civitas, 1997.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid : Civitas, 1999.

——— (Org.). *Política criminal y nuevo derecho penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*. Barcelona : Bosch, 1997.

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

VON LISZT, Franz. *Tratado de derecho penal*. Trad. Luis Jimenez de Asúa. 4. ed. Madrid : Reus, 1999. t. II.

WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. Trad. Juan Busto Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. 4. ed. Santiago : Juridica de Chile, 1997.

WESSELS, Johannes. *Direito penal*. Trad. Juarez Tavares. Porto Alegre : Fabris, 1976.