

# TRANSMISSÃO DO HIV/AIDS: REVOLUÇÃO MÉDICO-TERAPÊUTICA E ASPECTOS JURÍDICO-PENAIIS

## HIV/AIDS TRANSMISSION: THERAPEUTIC REVOLUTION AND LEGAL ASPECTS

Leandro Ayres França\*  
Nádia Gabriele Rudnick\*\*

### RESUMO

A partir do julgamento do *Habeas Corpus* nº 98.712-SP, pelo Supremo Tribunal Federal, este artigo expõe a absoluta divergência entre a realidade patológica e terapêutica do HIV/AIDS e as produções jurisprudenciais e doutrinárias sobre a questão. Com o pressuposto de que a contaminação por HIV/AIDS configura uma enfermidade crônica, não mais uma doença fatal, demonstra-se como a dogmática penal mantém-se presa a concepções de imputação inadequadas à realidade contemporânea. Parte-se da revisão das teorias do causalismo e do finalismo, passa-se pela proposta da teoria da imputação objetiva e se alcança a recém-desenvolvida teoria da ação significativa. Nessa revisão histórica, demonstra-se que é equivocado adequar a transmissão do HIV/AIDS aos tipos penais de homicídio ou de lesões corporais, em quaisquer de suas modalidades.

Palavras-chaves: Transmissão de HIV/AIDS. Terapêutica. Direito penal. Imputação. Teorias do injusto penal.

### ABSTRACT

From the 98.712-SP *Habeas Corpus* case of the Brazilian Supreme Court, this paper exposes the utter discrepancy among the HIV/AIDS pathological and therapeutic reality and the jurisprudential and doctrinal production upon the issue. Assuming the HIV/AIDS contamination consists no longer in a fatal illness but a chronic disease, it's demonstrated how Theories of Crime have been stuck to imputation conceptions unsuitable to the contemporary world. Starting from causal and finalism theories' review and going through the objective imputation proposal, this study reaches the recently developed communicative theory of action. In this historical review it's evidenced that it's been a mistake to understand the HIV/AIDS transmission as homicide or grievous bodily harm, of any kind.

Keywords: HIV/AIDS transmission. Treatment. Criminal law. Imputation. Theories of crime.

---

\* Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Pesquisador do Grupo de Pesquisa Modernas Tendências do Sistema Criminal. Advogado e escritor. E-mail: leandro@corsettiefraanca.com.

\*\* Graduada pela Universidade Federal do Paraná. Médica. E-mail: na\_gabriele@yahoo.com.br.

## 1 ANTECÂMARA OPORTUNA

Quando Marcellus pronuncia que “algo está podre no reino da Dinamarca” (Hamlet, 1.4.100)<sup>1</sup>, sua reação denuncia um seu desejo irrequieto de seguir Hamlet na confiança que terá com o fantasma de seu pai e, também, cumpre o papel de anunciar, sem explicitar, que algo trágico constitui a causa de todo enredo autofágico da corte dinamarquesa. Essa tragédia, ainda desconhecida, impõe ao leitor um mistério que só é resolvido no virar das páginas da peça.

A decisão proferida pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* nº 98.712-SP<sup>2</sup> remete àquela sentença de Marcellus: comunica um juízo importante, porém não o deixa esclarecido. Ao debater sobre a tipicidade da transmissão da AIDS, os Ministros decidiram por definir um denominador comum (afastaram a ideia de tentativa de homicídio), sem definir a que tipificação deveria ser desclassificada a imputação do caso concreto, o que deveria ser definido pelo juiz de direito competente. Se os eventos na peça shakespeariana respondem ao desassossego primeiro de quem a lê, talvez as páginas deste estudo complementem o importante meio passo dado pela corte suprema ao assumir inédita interpretação sobre a questão da transmissão do HIV/AIDS.

## 2 O PRECEDENTE DO *HABEAS CORPUS* Nº 98.712-SP

J. G. J. foi denunciado como incurso no art. 121, § 2º, inc. III, c/c o art. 14, inc. II (tentativa de homicídio qualificado), por duas vezes, e art. 121, *caput*, c/c o art. 14, inc. II (tentativa de homicídio simples), todos do Código Penal. Da peça acusatória extrai-se que, no ano de 2001, o acusado, ciente da doença que portava e com “manifesto ânimo homicida”, aproveitou que sua namorada D. R. A. dormia e com ela manteve relações sem preservativo; no ano seguinte, em novo relacionamento amoroso, o acusado novamente omitiu a doença e conseguiu convencer C. G. S. C. a abdicar de qualquer precaução; em 2006, a nova namorada A. G. S. O., sabedora da condição soropositiva do parceiro e sempre exigente quanto ao uso de preservativo, foi ameaçada e agredida pelo acusado, que tentava fazer sexo sem preservativo, o que a fez dele se desvencilhar e romper o

---

<sup>1</sup> SHAKESPEARE, William. **The tragedy of Hamlet, prince of Denmark**. New York, London: Simon & Schuster Paperbacks, 2009. p. 55.

<sup>2</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 98.712-SP**. Relator Min. Marco Aurélio. Primeira Turma. Julgamento: 05/10/2010.

relacionamento. A denúncia foi recebida ao final de 2008 e a sentença de pronúncia foi proferida seis meses mais tarde, com pleno acolhimento dos requerimentos ministeriais.

Foram impetrados dois *habeas corpus* com pedidos de revogação da prisão preventiva e de desclassificação do delito para o tipo previsto no art. 131 (perigo de contágio de moléstia grave) do Código Penal. O Tribunal estadual denegou o primeiro e não conheceu do segundo. Na instância do Superior Tribunal de Justiça, o Ministro Og Fernandes não concedeu a liminar requerida no HC nº 131.480-SP, sob o argumento de que o pleito alusivo à desclassificação do delito se confundia com o próprio mérito da impetração. Contra esse ato, foi impetrado o HC nº 98.712-SP perante o Supremo Tribunal Federal.

Em seu voto, o Ministro Marco Aurélio concedeu parcialmente a ordem para imprimir a desclassificação do delito: “Descabe cogitar de tentativa de homicídio na espécie, porquanto há tipo específico considerada a imputação – perigo de contágio de moléstia grave.”<sup>3</sup> Do debate entre os magistrados, percebeu-se certo incômodo do Ministro Ayres Britto em aceitar a desclassificação para o art. 131:

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Senhor Presidente, estou lendo aqui o 131 e, de fato, o eminente Relator entende que o delito tem uma previsão legal específica, que é o perigo de contágio de moléstia grave. Vou acompanhar Sua Excelência, embora fique um pouco inquieto com o fato de que, ao nível atual da medicina, a AIDS não é uma moléstia grave, é mais do que grave, é letal.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - É, mas ela já tem tratamento.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - Já não tanto como foi no passado.  
[Resposta ao Min. Ayres Britto]

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI - A sífilis também e outras doenças venéreas, inclusive, podem causar a morte.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - A vontade consciente de levar à morte. Interessante que nos relacionamentos, que perduraram dois, três anos cada qual, ele sempre utilizou o preservativo, mas, se valendo de que a companheira estava dormindo, aí praticou sexo sem o preservativo.

[...]

O SENHOR SUBPROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA - Só uma questão de fato: esse assunto está para ser julgado lá na Suprema Corte, salvo engano, Americana, envolvendo uma tentativa de homicídio.

---

<sup>3</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 98.712-SP**. Relator Min. Marco Aurélio. Primeira Turma. Julgamento: 05/10/2010, p. 65.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Estou vendo aqui isso, como tentativa de homicídio. Vou pedir vista, Excelência, desse processo. Eu me repositio.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - Não é para aguardar a decisão da Suprema Corte Americana?

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO – Não é não. Avançarei meu ponto de vista. Estou confirmando aqui: nos países europeus também essa modalidade pode ser considerada tentativa de homicídio.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Lá eles não têm o tipo específico que nós temos.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO – É, nós temos um tipo.

Em seu voto vista, o Ministro Ayres Britto acatou a desclassificação, porém sem aderir à proposta do Ministro Relator. Esclareceu: “Se me fosse dado desclassificar o delito, eu desclassificaria para ‘lesão corporal qualificada pela enfermidade incurável’”.<sup>4</sup> O Ministro Ricardo Lewandowski acompanhou esse entendimento. Diante da controvérsia hermenêutica, o Ministro Marco Aurélio propôs um denominador comum quanto ao afastamento da tentativa de homicídio, deixando ao magistrado da vara criminal comum competente para o caso o julgamento definitivo quanto à correta tipificação.

### 3 AS INTERPRETAÇÕES JURISPRUDENCIAL E DOUTRINÁRIA

A preocupação do Ministro Ayres Britto é compartilhada pela jurisprudência e pela doutrina brasileiras. Isso porque em nossa legislação inexistente figura delituosa que trate, exclusivamente, da transmissão – acidental ou não – do HIV/AIDS. Assim, tal como ocorre no Direito comparado – inventariado pelo Ministro –, os magistrados e doutrinadores comungam apenas na constatação de que se trata de dolo de dano (a vontade do agente visa a lesionar o bem jurídico tutelado)<sup>5</sup>, a divergirem, todavia, quanto à tipicidade adequada,

---

<sup>4</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 98.712-SP**. Relator Min. Marco Aurélio. Primeira Turma. Julgamento: 05/10/2010., p. 83. Voto do Min. Ayres Britto.

<sup>5</sup> Bitencourt parece dissentir neste ponto: “As circunstâncias fáticas, por vezes, apresentam singularidades de difícil solução, na medida em que, para a definição da conduta punível, é fundamental que se conheça o *elemento subjetivo* que a orientou. A *vontade consciente* do agente pode dirigir-se não a um resultado de dano, mas a um resultado de perigo, e, nesse caso, em vez de constituir homicídio, o crime assumirá outra conotação”. No entanto, adiante, ao tratar do crime de perigo de contágio de moléstia grave, dita que se está “diante de um *crime de perigo* com dolo de dano, que só se caracteriza quando o agente pratica a ação e *quer* transmitir a moléstia”. BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal 2. Parte especial: dos crimes contra a pessoa. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 43-207.

evidenciando-se quatro categorias de imputabilidade distintas: homicídio, lesões corporais gravíssimas, perigo de contágio de moléstia grave ou perigo para a vida e a saúde de outrem.

Em amostra de 28 julgamentos colhidos nos Tribunais de Justiça<sup>6</sup>, prevalece a concepção de que a transmissão de HIV/AIDS se enquadra na figura típica do homicídio tentado (42,87%). A isso, seguem decisões que entenderam semelhantes atos como

---

<sup>6</sup> Os acórdãos foram pesquisados nas bases de dados de jurisprudência de todos os Tribunais de Justiça do país. Foram selecionados somente aqueles que discutiram a adequação típica da transmissão do HIV/AIDS. Entenderam constituir-se homicídio tentado os julgados: TJRS – Apelação Crime nº 70031589831, Rel. Marlene Landvoigt, data do julgamento: 31/05/2011; TJSP – Recurso em Sentido Estrito nº 0006253-64.2008.8.26.0150, Rel. José Raul Gavião de Almeida, data do julgamento: 24/06/2010; TJRS – Recurso em Sentido Estrito nº 70025708710, Rel. Jaime Piterman, data do julgamento: 20/08/2009; TJRS – Recurso em Sentido Estrito nº 70023063266, Rel. Jaime Piterman, data do julgamento: 16/10/2008; TJRS – Recurso em Sentido Estrito nº 70023063100, Rel. Jaime Piterman, data do julgamento: 16/10/2008; TJRS – Recurso em Sentido Estrito nº 7001885551, Rel. Vladimir Giacomuzzi, data do julgamento: 26/04/2007; TJSP – Apelação Criminal nº 9192926-79.2005.8.26.0000, Rel. Mário Devienne Ferraz, data do julgamento: 13/03/2007; TJSP – Apelação Criminal nº 9059892-42.2004.8.26.0000, Rel. Pereira da Silva, data do julgamento: 20/06/2006; TJSP – Recurso em Sentido Estrito nº 9190260-13.2002.8.26.0000, Rel. Nuevo Campos, data do julgamento: 12/01/2005; TJSP – Revisão Criminal nº 0058781-26.1997.8.26.0000, Rel. Luzia Galvão Lopes da Silva, data do julgamento: 14/09/2000 (Neste curioso caso, o réu foi condenado a dezesseis anos, seis meses e cinco dias de reclusão por ter “enterrado” a agulha de uma seringa hipodérmica com sangue contaminado na perna de uma criança e por ter beijado de maneira agressiva uma adolescente.); TJRS – Apelação Crime nº 70000012872, Rel. Marco Antônio Barbosa Leal, data do julgamento: 09/11/1999; TJRS – Recurso Crime nº 698485232, Rel. Marcelo Bandeira Pereira, data do julgamento: 17/12/1998. Por lesões corporais gravíssimas: TJSC – Apelação Criminal nº 2011.030246-5, Rel. Marli Mosimann Vargas, data do julgamento: 13/12/2011; TJRJ – Apelação Criminal nº 0001087-55.2006.8.19.0008, Rel. Marcia Perrini Bodart, data do julgamento: 14/12/2010; TJES – Apelação Criminal nº 48060126975, Rel. Catharina Maria Novaes Barcellos, data de julgamento: 13/10/2010; TJSP – Apelação nº 0011600-91.2005.8.26.0309, Rel. Teodomiro Méndez, data do julgamento: 23/08/2010; TJRS – Apelação Crime nº 70028856680, Rel. Elba Aparecida Nicolli Bastos, data do julgamento: 30/04/2009; TJSP – Apelação Criminal nº 0081783-59.2003.8.26.0050, Rel. Mário Devienne Ferraz, data do julgamento: 15/01/2008; TJMG – Apelação Criminal nº 1.0000.00.342300-1/000, Rel. José Antonino Baía Borges, data do julgamento: 30/10/2003. Por perigo de contágio de moléstia grave: TJSC – Apelação Criminal nº 2010.064575-7, Rel. Tulio Pinheiro, data do julgamento: 02/06/2011; TJRJ – Apelação Criminal nº 0001038-47.2002.8.19.0010 (2005.050.05627), Rel. Manoel Alberto, data do julgamento: 18/04/2006. Por perigo para a vida ou saúde de outrem: TJRJ – Apelação Criminal nº 0084256-58.2006.8.19.0001 (2007.050.06001), Rel. Ricardo Bustamante, data do julgamento: 18/03/2008; TJRJ – Apelação Criminal nº 0000124-05.2002.8.19.0035 (2005.050.00286), Rel. Sergio de Souza Verani, data do julgamento: 04/07/2006. Por homicídio culposo: TJSC – Apelação Criminal nº 2001.015338-6, Rel. Jânio Machado, data do julgamento: 13/10/2004; TJMS – Apelação Criminal nº 2001.000303-4, Rel. João Carlos Brandes Garcia, data do julgamento: 12/06/2002. Por lesões corporais seguidas de morte: TJRJ – Apelação Criminal nº 0000689-11.2006.8.19.0008 (2007.050.04105), Rel. Jose Augusto de Araujo Neto, data do julgamento: 19/02/2008. Por violência doméstica e familiar contra a mulher: TJDFT – Conflito de Competência nº 20110020097394CCP, Rel. João Timoteo de Oliveira, data do julgamento: 08/08/2011. Por crime impossível: TJSP – Apelação Criminal nº 9124012-94.2004.8.26.0000, Rel. Xavier de Souza, data do julgamento: 16/01/2008. Não foram encontrados acórdãos que enquadrassem a transmissão da doença como lesões corporais culposas ou como homicídio doloso consumado. Um acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo (Apelação Criminal nº 9192926-79.2005.8.26.0000, Rel. Mário Devienne Ferraz, data do julgamento: 01/12/2008.) também pôs em xeque a adequação típica como homicídio tentado; contudo, tal como a manifestação da Corte Suprema, não indicou a correta tipificação da conduta – motivo pelo qual este julgado não compôs a amostra analisada. Proferidos entre os anos de 1998 e 2011, nota-se maior concentração da discussão dessa questão entre os anos mais recentes (2006 a 2011). Os Tribunais de Justiça de São Paulo e do Rio Grande do Sul destacaram-se com oito decisões cada, seguidos pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (cinco casos) e de Santa Catarina (três casos).

lesões corporais gravíssimas (25%) e, na sequência decrescente de incidência, como perigo de contágio de moléstia grave, perigo para a vida e a saúde de outrem ou homicídio culposo (7,14% cada). Somente um julgado condenou o agente por lesões corporais seguidas de morte (3,57%). Único acórdão (3,57%) classificou a transmissão da doença como um ato de violência doméstica e familiar – com fulcro na disposição com o art. 5º da Lei nº 11.340/06.<sup>7</sup> E uma decisão (3,57%) asseverou tratar-se de crime impossível um assombroso caso em que uma mulher infectada – cujo comportamento agressivo e descontrolado derivava de profunda dependência de drogas –, após irritar-se com o seu filho por ele ter esfregado uma barra de chocolate em seu carrinho, espancou-o e, cortando a si própria – pulsos, braços e abdômen –, encheu a mão em concha de sangue e tentou fazer com que o filho bebesse o sangue contaminado (fez o mesmo com sua mãe, esfregando sangue em suas roupas); não tendo ocorrido ingestão de sangue por qualquer das vítimas – e caso tivesse ocorrido, seria questionável a eficácia do meio –, o crime tornou-se impossível e assim foi reconhecido pelo órgão colegiado.

A discórdia jurisprudencial se aproxima do dissenso doutrinário e até mesmo o reflete. Para Fernando Capez, trata-se de homicídio, tentado ou consumado, quando há dolo; se a transmissão do vírus é culposa, responde o agente pelo crime de lesão corporal culposa ou por homicídio culposo.<sup>8</sup> Guilherme de Souza Nucci segue o mesmo entendimento.<sup>9</sup>

---

<sup>7</sup> “Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial: [...]”.

<sup>8</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**; volume 2: parte especial - dos crimes contra a pessoa e dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos (arts. 121 a 212). 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 5-6, 165.

<sup>9</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 576-578.

Parcela maior da doutrina (Bitencourt, Jesus, Delmanto, Mirabete, Pierangeli e Prado), contudo, posiciona-se de modo diverso: se identificada a intenção de morte, aplica-se o art. 121 (homicídio), em suas modalidades tentada ou consumada; se se intenta causar dano, defende-se a tipificação pelo art. 129, § 2º (lesão corporal gravíssima) e, ocorrendo óbito da vítima por causa da transmissão, pelo § 6º do mesmo artigo (lesão corporal seguida de morte); se a finalidade é transmitir a moléstia, tem-se o art. 131 (perigo de contágio de moléstia grave); por fim, se o agente atua culposamente, defendem esses doutrinadores que a ele deve ser imputado o art. 121, § 3º (se resulta morte) ou o art. 129, § 6º (se resulta lesão).<sup>10</sup>

Em artigo de destaque, publicado há exatos dez anos, Andrei Zenkner Schmidt demonstrou a equívoca comum abordagem da questão. Apesar de localizado na seção de *Criminologia* da Revista Brasileira de Ciências Criminais nº 37,<sup>11</sup> seu estudo pode ser caracterizado como uma responsável revolução no modo de se operar a dogmática penal, fundamentalmente porque Schmidt reassumiu a análise de um injusto – que parecia consensualmente conformado – a partir da leitura da *teoria da imputação objetiva*. Em seu texto, o autor venceu as interpretações causal-finalistas, que influenciaram a redação de nosso Código Penal e se disseminaram nas penas doutrinárias por meio da *teoria da equivalência dos antecedentes causais (conditio sine qua non)*,<sup>12</sup> e, para a complexa realidade em que o Direito Penal se encontra inserido, propôs uma interpretação capaz de limitar a responsabilidade jurídico-penal já no setor do *tipo de injusto objetivo*, em caso de corrente causal anormal e consequências danosas atípicas. Suas inéditas conclusões demonstraram a necessidade de se apreciar se a conduta do imputado possui, *per se*, a potencialidade de ocasionar o resultado pretendido como certo (processo causal controlável pela vontade do agente). Depois desse artigo, reinou o silêncio doutrinário.

---

<sup>10</sup> BITENCOURT, C. R. **Tratado de direito penal**; volume 2: parte especial - dos crimes contra a pessoa. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 213; JESUS, Damásio E. **Direito penal**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 161; DELMANTO, Celso et al. **Código penal comentado**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 350, 390-391; MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código penal interpretado**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 1030; MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 65 e 126; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte especial (arts. 121 a 234). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 154; PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**; volume 2: parte especial - arts. 121 a 183. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 171-173. Fernando Galvão não estabelece distinções entre as possíveis adequações típicas, porém defende a imputação de homicídio nos casos em que ocorrer a morte da vítima, mesmo que o evento tarde a ocorrer (GALVÃO, Fernando. **Direito penal**: parte geral. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 342).

<sup>11</sup> SCHIMIDT, Andrei Zenkner. Aspectos jurídico-penais da transmissão da AIDS. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 10, n. 37, p. 209-234, jan./mar.2002.

<sup>12</sup> “Art. 13 – O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.”

#### 4 A RESOLUÇÃO DO PROBLEMA POR MEIO DA AVALIAÇÃO DA ADEQUAÇÃO TÍPICA DA TRANSMISSÃO DO HIV/AIDS CONFORME AS TEORIAS DO INJUSTO PENAL

Quando nos deparamos com o descompasso das interpretações jurisprudenciais e doutrinárias com a terapêutica contemporânea do HIV/AIDS, pensamos, primeiramente – e talvez influenciados por aquilo a que se detiveram os Ministros do Supremo Tribunal –, em analisar a questão sob o viés do *conflito aparente de normas*. No entanto, a hipótese de concorrência de variados tipos penais a um único e determinado fato delituoso pareceu-nos mais um vício de má compreensão do que exige um tipo para sua imputação a um evento, do que um aparente defeito sistêmico a ser solucionado pelos princípios do concurso aparente de tipos. De fato, entre as previsões típicas à nossa disposição – homicídio, lesões corporais gravíssimas ou perigo de contágio de moléstia grave –, não encontramos quaisquer relações de *especialidade* (em que o tipo especial derroga o geral por meio da relação entre *continente* e *conteúdo*: o tipo especial contém o tipo geral; este, porém, não contém aquele), de *consumção* (em que um tipo consome ou exaure o conteúdo proibitivo de outro) ou de *subsidiariedade* (quando há uma interferência por progressão, na qual a conduta típica mais avançada mantém subsidiárias as tipicidades das etapas anteriores).<sup>13</sup>

Da ideia de tratar o tema sob a teoria da norma penal, apresentou-se outra possibilidade: passamos a buscar uma solução na teoria do delito. Ao nos concentrarmos em avaliar a adequação típica da transmissão do HIV/AIDS, *id est*, o vínculo entre a conduta punível e o conteúdo normativo do tipo, mais especificadamente a partir dos conceitos de ação, das teorias da causalidade e das regras de imputação, permitiu-se a exposição da genealogia das variações teóricas sobre o conteúdo do injusto penal para demonstrar a inadequação do tratamento oferecido, revelando-se como os fundamentos imputadores encontram-se presos a estruturas dogmáticas já ultrapassadas. Para isso, foi necessário investigar a dimensão global da doença.

---

<sup>13</sup> Os autores encontraram conflito aparente de normas somente entre o art. 131 (perigo de contágio de moléstia grave) e o art. 132 (perigo para a vida e a saúde de outrem), ambos do Código Penal. Esse conflito poderia ser facilmente resolvido pelo princípio da especialidade, cuja aplicação tornaria correta a tipificação pelo art. 131. Não incluímos essa discussão no corpo do texto porque somente dois acórdãos, que pensamos estarem absolutamente equivocados, decretaram condenações com fulcro no art. 132.



## 5 DIMENSÕES DA PANDEMIA

Em 1981, foram publicadas as primeiras suspeitas de que uma nova enfermidade estaria surgindo. O *Centers for Disease Control and Prevention* (CDC), órgão norte-americano, publicou, naquele ano, a descrição de cinco casos de pneumonia por *Pneumocystis carinii* ou pneumocistose entre homens homossexuais em Los Angeles,<sup>14</sup> doença conhecida atualmente como *oportunist*, ou seja, que somente se desenvolve em situações de baixa imunidade. Após curto período, novos casos de doenças oportunistas ameaçadoras à vida, e uma neoplasia, o Sarcoma de Kaposi<sup>15</sup> (doença já conhecida na época, entretanto infrequente),<sup>16</sup> foram relatados.

A Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (AIDS), durante seus primeiros relatos, recebeu pouca atenção por parte da mídia, dos órgãos políticos e do público em geral, como indica a denominação usual de *praga gay*, utilizada por muitos naquela época.<sup>17</sup> A preocupação, e até mesmo o pânico, começou a aumentar ao final de 1982<sup>18</sup> com a identificação da doença entre usuários de drogas injetáveis de ambos os sexos e, na sequência, em receptores de transfusões sanguíneas e hemofílicos, indicando seu possível modo de transmissão por meio de algum micro-organismo: pelo contato sexual (homo ou heterossexual) e pelo sangue ou hemoderivados.<sup>19</sup>

---

<sup>14</sup> CENTERS FOR DISEASE CONTROL AND PREVENTION. *Pneumocystis pneumonia* – Los Angeles, **Morbidity and Mortality Weekly Report**, Atlanta, GA, n. 30, p. 1-3, 1981.

<sup>15</sup> Id. Kaposi's sarcoma and *Pneumocystis pneumonia* among homosexual men – New York City and California, **Morbidity and Mortality Weekly Report**, Atlanta, GA,, n. 30, p. 305-308, 1981.

<sup>16</sup> Id. AIDS: the early years and CDC's response **Morbidity and Mortality Weekly Report**, Atlanta, GA,, n. 60, supl., p. 64-69, 2011.

<sup>17</sup> *Ibid*, p. 64-69. Susan Sontag analisou, à época, as razões pelas quais *praga* se tornou a principal metáfora para a compreensão da epidemia de AIDS. Primeiro, há o elemento de que a *praga*, invariavelmente, vem de outro lugar: a epidemia de sífilis do final do século XV, por exemplo, era alcunhada de *french pox* pelos ingleses, de *morbus germanicus* pelos parisienses, de *moléstia de Nápoles* pelos florentinos, de *doença chinesa* pelos japoneses. Com relação à epidemia de AIDS, isto também foi absolutamente inquestionável: ela surgira no *continente negro*. No entanto, há mais do que um mero exercício de chauvinismo nessas reações. Há uma relação entre a projeção da doença e a projeção do outro (estrangeiro), há aquela arquetípica concepção do errado como algo que nos é externo, forasteiro, alienígena: *hostis eoriaênc*. É inegável o temor que a poluição do outro, sua corrupção física e moral, pode nos contaminar. Em segundo plano, mas não menos importante, há também a característica de que a *praga* é sempre associada a julgamentos sociais, em especial quando portam configurações venéreas e contagiosas. Desde que a saúde reuniu em si a representação da virtude, da pureza religiosa e do valor mercantil, a doença, como seu oposto, passou a representar o vício, a corrupção moral e a transgressão do normal. Se a lepra, a peste negra e a sífilis foram interpretadas, por muitos, como vingança de um deus justiceiro, a epidemia da AIDS, para outros muitos, veio a calhar como freio a uma geração que se aventurara em novas experiências pelo sexo livre, pelo uso de entorpecentes e pela negação das expectativas e estruturas sociais. Para mais, vide SONTAG, Susan. **Illness as metaphor & AIDS and its metaphor**. New York: Anchor Books, Doubleday, 1990. p. 135-136, 142-143.

<sup>18</sup> CENTERS FOR DISEASE CONTROL AND PREVENTION. **AIDS**, op. cit., p. 64-69.

<sup>19</sup> KASPER, Dennis L. et al. **Harrison medicina interna**. 16. ed. Rio de Janeiro: McGraw-Hill, 2006. p. 1130-1196.

Em 1983, foi isolado e descrito o vírus da imunodeficiência humana (HIV) pelos pesquisadores Barre-Sinoussi, Montagnier e seus colegas do Instituto Pasteur francês,<sup>20</sup> premiados em 2008 com o Prêmio Nobel de Medicina.<sup>21</sup> A descoberta foi confirmada por Gallo e colaboradores, em 1984.<sup>22</sup> Após 1985, com a aprovação pelo *U.S. Food and Drug Administration* (FDA) de um teste sensível para o diagnóstico da doença (ELISA – ensaio de imunoadsorção ligada à enzima),<sup>23</sup> começaram a ser delineadas as dimensões da evolução da epidemia do HIV, a qual atualmente possui proporções pandêmicas.

A AIDS é, pois, uma doença infectocontagiosa causada pelo vírus HIV (formado por RNA, por isso denominado também retrovírus), o qual se apresenta em dois tipos: 1 e 2, sendo o mais prevalente no mundo o tipo 1.<sup>24</sup> Ao penetrar no organismo pelas diversas vias de transmissão (sexual, parenteral – sangue e hemoderivados –, vertical – mãe para filho durante a gestação/o parto – e por meio do leite materno), causa, ao longo do tempo, grave disfunção imunológica pela destruição dos linfócitos T CD<sup>4+</sup> (células-chaves do sistema imunológico humano), cuja quantificação é utilizada também como principal marcador da evolução da doença.<sup>25</sup>

A história natural da infecção pelo HIV-1 apresenta três fases distintas: infecção primária ou aguda pelo HIV-1 (pode surgir semanas após a infecção inicial, com sintomas variados e autolimitados que podem se assemelhar a um quadro gripal); fase assintomática ou de latência clínica (na qual há queda lenta e progressiva da contagem dos linfócitos T CD<sup>4+</sup>, com duração variável); e doença sintomática (na qual a AIDS é a manifestação mais

---

<sup>20</sup> BARRE-SINOUISSI, F. et al. Isolation of a T-lymphotropic retrovirus from a patient at risk for acquired immune deficiency syndrome (AIDS), *Science*, n. 220, p. 868-871, 1983.

<sup>21</sup> The NOBEL Prize in Physiology or Medicine 2008. Disponível em: <[http://www.nobelprize.org/nobel\\_prizes/medicine/laureates/2008/](http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/medicine/laureates/2008/)>. Acesso em: 20 nov. 2011.

<sup>22</sup> GALLO, R. C. et al. Frequent detection and isolation of cytopathic retroviruses (HTLV-III) from patients with AIDS and at risk for AIDS, *Science*, n. 224, p. 500-503, 1984.

<sup>23</sup> US FOOD AND DRUG ADMINISTRATION. **HIV/AIDS historical time line 1981-1990**. Disponível em: <<http://www.fda.gov/ForConsumers/ByAudience/ForPatientAdvocates/HIVandAIDSactivities/ucm151074.htm>>. Acesso em: 21 nov. 2011.

<sup>24</sup> KASPER, D. L. et al. **Harrison medicina interna**, op. cit. p. 1130-1196.

<sup>25</sup> O diagnóstico da infecção é realizado com a detecção dos anticorpos anti-HIV após a exposição ao vírus. Os exames de triagem utilizados no Brasil são aqueles denominados ELISA e os exames confirmatórios utilizados são a Imunofluorescência indireta, o Imunoblot e o Western blot (BRASIL. Secretaria de Vigilância em Saúde. Programa Nacional de DST e AIDS. **Recomendações para terapia anti-retroviral em adultos infectados pelo HIV**. 7. ed. Brasília: Ministério da Saúde, 2008.). Já para o diagnóstico de um caso de AIDS, são utilizados critérios que analisam a contagem de linfócitos T CD<sup>4+</sup> e a presença de doenças denominadas definidoras de AIDS, conforme os critérios do CDC adaptado ou do Rio de Janeiro/Caracas, detalhados no Guia de Vigilância Epidemiológica do Ministério da Saúde (BRASIL. Secretaria de Vigilância em Saúde. Departamento de Vigilância Epidemiológica. **Guia de vigilância epidemiológica**. 7. ed. Brasília: Ministério da Saúde, 2009).

grave da imunodepressão; definida por diversos sinais e sintomas, como diarreia crônica, perda considerável de peso, sudorese noturna, fraqueza generalizada, aumento do tamanho de linfonodos, uma variada gama de doenças oportunistas – tuberculose, pneumonia por *Pneumocystis carinii*, toxoplasmose cerebral, candidíase oral/esofágica, meningite criptocócica, entre outras – e tumores – sarcoma de Kaposi e linfomas não Hodgkin).<sup>26</sup>

A transmissão do vírus pode ocorrer em todas as fases (inclusive durante a chamada *janela imunológica*, na qual ainda não são detectáveis os anticorpos anti-HIV), porém é superior durante os primeiros meses da infecção (maior risco), nos últimos meses próximos ao falecimento e quando associada a doenças ulcerosas sexualmente transmissíveis.<sup>27</sup> Uma metanálise de 43 publicações a respeito de 25 populações distintas demonstrou uma taxa média de transmissão do vírus de 0,04% (da mulher para o homem), 0,08% (do homem para a mulher) por coito vaginal em países desenvolvidos (em países subdesenvolvidos as taxas foram maiores: 0,38% e 0,30%, respectivamente), e 1,7% por coito anal receptivo entre heterossexuais.<sup>28</sup>

A partir da última atualização da Organização Mundial de Saúde (OMS) e do Programa das Nações Unidas em HIV/AIDS (UNAIDS)<sup>29</sup>, podemos ter ideia das proporções da pandemia. Estima-se que havia aproximadamente 33,4 milhões de pessoas vivendo com HIV em 2008 (31,3 milhões de adultos: 50,16% mulheres), número 20% superior ao do ano 2000 e três vezes superior ao de 1990. A África Subsaariana revelou-se a região mais atingida, responsável por 71% (1,9 milhões) de novos infectados para aquele ano. Segundo os mesmos dados, a América Latina possuiu em torno de 1,6 milhões de pessoas infectadas, sendo 170.000 o número de casos novos (incidência) em 2008, mantendo sua epidemia estável, com um percentual regional de portadores de HIV de 0,6% (prevalência).

---

<sup>26</sup> BRASIL. Secretaria de Vigilância em Saúde. Departamento de Vigilância Epidemiológica. **Doenças infecciosas e parasitárias**: guia de bolso. 6. ed. rev. Brasília: Ministério da Saúde, 2005. p. 41-51; BRASIL. Secretaria de Vigilância em Saúde. Departamento de DST, AIDS e hepatites virais. **Protocolo de assistência farmacêutica em DST/HIV/Aids**: recomendações do Grupo de Trabalho de Assistência Farmacêutica. Brasília: Ministério da Saúde, 2010.

<sup>27</sup> WAWER, M. J. et al. Rates of HIV-1 transmission per coital act, by stage of HIV-1 infection, in Rakai, Uganda. **The Journal of Infectious Diseases**, Cary, NC, n. 191, p. 1403-1409, 2005; BOILY, M. C. et al. Heterosexual risk of HIV-1 infection per sexual act: systematic review and meta-analysis of observational studies [Review]. **Lancet Infect Dis**, n. 9, p. 118-129, 2009.

<sup>28</sup> BOILY, M. C. et al. Heterosexual risk of HIV-1 infection per sexual act, op. cit. p. 118-129.

<sup>29</sup> JOINT UNITED NATIONS PROGRAMME ON HIV/AIDS (UNAIDS) AND WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO). **AIDS epidemic update**: November 2009. Geneva: UNAIDS, 2009.

No Brasil, segundo dados do último Boletim Epidemiológico publicado pelo Ministério da Saúde em 2010,<sup>30</sup> a infecção pelo HIV prevalece na população com faixa etária entre 15 e 49 anos (0,4% entre mulheres e 0,8% entre os homens). Quando analisamos a população considerada de maior risco para a aquisição da doença, encontram-se prevalências mais elevadas em relação à população em geral: 5,9% em usuários de drogas ilícitas, 10,5% em homossexuais masculinos e 5,1% em mulheres que se prostituem.

Segundo a mesma fonte de dados, foram identificados 592.914 casos de AIDS de 1980 a 2010, sendo destes, 58% concentrados na região sudeste e 19,5% na região sul, seguidos pelas regiões nordeste (12,5%), centro-oeste (5,7%) e norte (4,2%). Quando realizamos a proporção, notamos que a prevalência da AIDS no Brasil é de 20,1 casos/100.000 habitantes, sendo liderado, desta vez, pela região sul (32,4 casos) e seguida pela região sudeste (20,4 casos).<sup>31</sup> Quanto à proporção entre os gêneros, existem ainda mais casos de AIDS no sexo masculino, porém, nota-se uma queda dessa ao longo dos anos, a qual permanece estável desde 2002 em 1,5:1.

A exposição sexual prevalece com a principal forma de aquisição da doença em ambos os sexos (em indivíduos com 13 anos ou mais). No sexo masculino, 63,6% dos contágios relacionam-se a esta, sendo distribuídos em heterossexuais (31,2%), homossexuais (20,6%) e bissexuais (11,8%). No sexo feminino, os casos de AIDS estão relacionados majoritariamente (91,2%) à categoria de exposição heterossexual. Observa-se também uma tendência ao aumento da escolaridade entre os indivíduos notificados no país, sendo que 30% possuem de 8 a 11 anos de estudo e 25,1% possuem de 4 a 7 anos de estudo.

## 6 A IMPUTAÇÃO CONFORME A PROPOSTA DO CAUSALISMO NATURALISTA

A transmissão da AIDS não foi uma preocupação dos juristas do final do século XIX – o temor à sífilis e à correspondente figura das *femmes fatales* pôde tê-lo sido, conforme

---

<sup>30</sup> BRASIL. Secretaria de Vigilância em Saúde. Departamento de DST, AIDS e hepatites virais. **Boletim epidemiológico: AIDS e DST**. Brasília, v. 7, n. 1, jan./jun. 2010.

<sup>31</sup> Esses dados foram obtidos a partir da notificação compulsória dos casos de AIDS e das gestantes infectadas pelo HIV utilizando o Sistema de Informação de Agravos de Notificação (SINAN), o Sistema de Informações sobre Mortalidade (SIM), o Sistema de Controle de Exames Laboratoriais (SISCEL) e o Sistema de Controle Logístico de Medicamentos (SICLOM). Devemos ter em mente, entretanto, que os dados de portadores do vírus são subestimados, uma vez que a notificação compulsória pelos profissionais da saúde se dá apenas nos casos de AIDS (ou seja, fase avançada da doença) e em gestantes portadoras de HIV (bem como em seus recém-natos, os quais poderão ou não, adquirir a doença).

testemunham as novelas vampirescas do período. Porém, a questão seria facilmente resolvida por eles se se valessem da teoria, a eles contemporânea, do *causalismo*. Formatada pela estrutura científica positivista, o conceito de ação delitiva era ontológico, naturalista e causal, puramente objetivo-descritivo, alheio a valorações filosóficas, psicológicas e sociológicas. A ação era compreendida, então, como o movimento corpóreo voluntário<sup>32</sup> (causa) capaz de produzir uma modificação perceptível no meio externo (resultado). Esse conceito causal de ação, tomado de empréstimo das ciências da natureza e de suas interpretações mecanicistas,<sup>33</sup> adequou as circunstâncias abstratas caracterizadoras do delito às expectativas de objetividade e neutralidade do dogma causal.

Do mesmo modo, a relação de causalidade formava-se na explicação do delito como um acontecimento natural: como um fenômeno das ciências naturais, o crime podia ser apreendido cognitivamente pela causalidade objetiva (no exame da tipicidade) e subjetiva (no exame de culpabilidade).<sup>34</sup>

Assim, se uma pessoa transmitisse a outra o vírus HIV e esta falecesse em decorrência da baixa imunidade provocada pela AIDS, aquele agente responderia por homicídio. Elementar! Contudo: e se a segunda pessoa já fosse portadora do vírus? E se o agente transmissor não tivesse conhecimento de que estava contaminado? E se quem transmitiu o vírus o tivesse feito como vítima de um crime sexual, evento em que não haveria a realização de movimento corpóreo voluntário seu e do qual resultasse a contaminação e posterior morte do agressor? Por fim, seriam punidos aqueles transmissores anteriores e equivalentes que não poderiam ser excluídos do extenso nexos causal sem levarem consigo o resultado, num *regressus ad infinitum*? Ainda que possa ter contribuído para a construção

---

<sup>32</sup> “A voluntariedade, nessa elaboração, restou concebida como mera capacidade de estímulo muscular” (GALVÃO, F. **Direito penal**, op. cit., p. 176).

<sup>33</sup> Paulo César Busato explica a influência cartesiana no discurso jurídico-penal da época: “Particularmente no campo do Direito Penal, a insatisfação científica do positivismo com os conceitos meramente formais e materiais de delito, levou à formulação de um conceito analítico, próprio do caráter científico das ciências naturais, cujos contornos pretendeu-se dar ao direito. Na teoria geral do delito, Von Liszt acolheu a formulação de Ihering, estabelecida no campo do Direito Civil, de uma antijuridicidade absolutamente objetiva. Percebeu-se, então, a necessidade de distribuir o injusto entre, de um lado, um processo causal externo (objetivo), e de outro, o conteúdo da vontade interna (subjetiva). Também no que pertence ao método, de acordo com a influência do pensamento científico da época, adotou-se a perspectiva analítica de divisão do objeto de estudo em partes distintas e cujo decifrar permitiria *in thesis* a melhor compreensão do todo. Resultou indubitável que o estudo do delito não podia ficar restrito a uma consideração unitária e que aspectos didáticos também apontam no sentido do estudo individual dos elementos que o compõem” (BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa**: uma análise da função negativa do conceito de ação em direito penal a partir da filosofia da linguagem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 3).

<sup>34</sup> GALVÃO, F. **Direito penal**, op. cit., p. 178.

de um conceito classificatório e dicotômico<sup>35</sup> do delito, exigindo-se o complemento da ação com suas qualidades (tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade) – o que permitiu, pelo menos, identificar o momento a partir do qual se inicia a análise do delito (quando concorresse a causa de um resultado) –, a interpretação causal-naturalista não pôde resolver questionamentos diversos que lhe foram propostos.

Antes de ingressar na discussão que sucedeu a essa proposta, é fundamental compreender a revolução pela qual passou a terapêutica da AIDS.

## 7 A DOENÇA E A SUA REVOLUÇÃO TERAPÊUTICA

Antes da introdução de um tratamento eficaz, o contágio pelo HIV era considerado inevitavelmente fatal, estimando-se em dez anos o tempo médio entre o contágio e o aparecimento da AIDS.<sup>36</sup>

No ano de 1987, o FDA aprovou o primeiro medicamento que seria usado para o tratamento da AIDS: a zidovudina (mais conhecida como AZT),<sup>37</sup> a qual, utilizada isoladamente, não alcançou os resultados esperados, principalmente devido à resistência viral e ao acúmulo de mutações. Atualmente, infelizmente, ainda não foi conseguida a cura da doença; porém, conseguiu-se maior controle com a combinação de classes diferentes de medicamentos antirretrovirais (os conhecidos *coquetéis* da AIDS).

Com a aprovação da Lei nº 9.313, em 13 de novembro de 1996, garantiu-se acesso universal e gratuito ao tratamento antirretroviral no Brasil, bem como, ao longo do tempo, acesso da população aos exames de monitoramento laboratorial da infecção pelo HIV e aos insumos e às ações de prevenção. Atualmente, cerca de 197.000 pacientes estão em tratamento com os 19 antirretrovirais, pertencentes às três classes de medicamentos disponíveis, distribuídos pelo Sistema Único de Saúde (SUS).<sup>38</sup>

---

<sup>35</sup> “Estabeleciam-se divisões claramente dicotômicas, formais, selecionando, de um lado, os aspectos objetivos do delito (tipo e antijuridicidade) e, de outro lado, os aspectos subjetivos (culpabilidade); de um lado, os aspectos valorativos (antijuridicidade) e, de outro, os meramente descritivos (tipicidade e culpabilidade)” (BUSATO, Paulo César. *Modernas teorias do delito: funcionalismo, significado e garantismo*. In: \_\_\_\_\_. **Reflexões sobre o sistema penal do nosso tempo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 182.).

<sup>36</sup> BRASIL. Programa Nacional de DST e AIDS. **Recomendações para Terapia Anti-retroviral em adultos infectados pelo HIV**, op. cit.

<sup>37</sup> US FOOD AND DRUG ADMINISTRATION. **HIV/AIDS historical time line 1981-1990**, op. cit.

<sup>38</sup> BRASIL. Secretaria de Vigilância em Saúde. Departamento de DST, AIDS e hepatites virais. **Protocolo de assistência farmacêutica em DST/HIV/Aids**, op. cit.

A história natural da síndrome foi alterada dramaticamente após a introdução da terapêutica antirretroviral de alta potência (*Highly Active Antiretroviral Therapy (HAART)*, a qual consiste em uma combinação de pelo menos três medicamentos), revolucionando o manejo clínico dos pacientes<sup>39</sup> e resultando em diminuição do número total de óbitos no Brasil de 1980 a 2004 – ano este em que o coeficiente estabilizou, tornando-se de 6,2 óbitos por 100.000 habitantes, em 2009.<sup>40</sup>

Aqui, há algo fundamental: vários estudos em diversos países (desenvolvidos e subdesenvolvidos) são unânimes em afirmar a diminuição da morbidade e da mortalidade nos pacientes portadores do vírus após a introdução da HAART,<sup>41</sup> a qual depende de ótima adesão ao tratamento (superior a 95%),<sup>42</sup> início precoce,<sup>43</sup> além da administração dos medicamentos profiláticos para algumas infecções oportunistas iniciada de acordo com

---

<sup>39</sup> Ibid.

<sup>40</sup> BRASIL. Secretaria de Vigilância em Saúde. Departamento de DST, AIDS e hepatites virais. **Boletim epidemiológico**, loc. cit.

<sup>41</sup> KRENTZ, H. B.; KIEWER, G.; GILL, M. J. Changing mortality rates and causes of death for HIV-infected individuals living in Southern Alberta, Canada from 1984 to 2003. **HIV Medicine**, n. 6, p. 99-106, 2005; JAIN, M. K.; SKIEST, D. J.; CLOUD, J. W. et al. Changes in mortality related to human immunodeficiency virus infection: comparative analysis of inpatient deaths in 1995 and in 1999-2000. **Clinical Infectious Diseases**, n. 36, p. 1030-1038, 2003; MOCROFT, A. et al. Changing patterns of mortality across Europe in patients infected with HIV-1. **The Lancet**, n. 352, p. 1725-1730, 1998; PALELLA JR, F.J. et al. Declining morbidity and mortality among patients with advanced Human Immunodeficiency Virus infection. **New England Journal of Medicine**, n. 338, p. 853-860, 1998; LIMA, V. D. et al. Continued improvement in survival among HIV-infected individuals with newer forms of highly active antiretroviral therapy. **AIDS**, n. 21, p. 685-692, 2007; CRUM, N. et al. Comparisons of causes of death and mortality rates among HIV-infected persons: analysis of the pre-, early, and late HAART (Highly Active Antiretroviral Therapy) eras. **J Acquir Immune Defic Syndr**, n. 41, p. 194-200, 2006; STERNE, J. A. C.; et al. Long-term effectiveness of potent antiretroviral therapy in preventing AIDS and death: a prospective cohort study. **The Lancet**, n. 366, p. 378-384, 2005; JENSEN-FANGEL, S. et al. Low mortality in HIV-infected patients starting highly active antiretroviral therapy: a comparison with the general population. **AIDS**, n. 18, p. 89-97, 2004; BHASKARAN, K. et al. Changes in the risk of death after HIV seroconversion compared with mortality in the general population. **JAMA**, n. 300 (1), p. 51-59, 2008; MARTÍNEZ, E. et al. Incidence and causes of death in HIV-infected persons receiving highly active antiretroviral therapy compared with estimates for the general population of similar age and from the same geographical area. **HIV Medicine**, n. 8, p. 251-258, 2007; MZILENE, M. O.; LONGO-MBENZA, B.; CHEPHE, T. J. Mortality and causes of death in HIV-positive patients receiving antiretroviral therapy at Tshepang Clinic in Doctor George Mukhari Hospital. **Pol Arch Med Wewn**, n. 118 (10), p. 548-554, 2008; KOHLI, R.; et al. Mortality in an urban cohort of HIV-infected and at-risk drug users in the era of highly active antiretroviral therapy. **Clinical Infectious Diseases**, n. 41, p. 864-872, 2005; PALELLA, F. J.; et al. Mortality in the highly active antiretroviral therapy era: changing causes of death and disease in the HIV outpatient study. **J Acquir Immune Defic Syndr**, n. 43, p. 27-34, 2006; YANG, C. H. et al. Trends of mortality and causes of death among HIV-infected patients in Taiwan, 1984-2005. **HIV Medicine**, n. 9, p. 535-543, 2008.

<sup>42</sup> BRASIL. Secretaria de Vigilância em Saúde. Departamento de DST, AIDS e hepatites virais. **Protocolo de assistência farmacêutica em DST/HIV/Aids**, op. cit.

<sup>43</sup> JENSEN-FANGEL, S. et al. Low mortality in HIV-infected patients starting highly active antiretroviral therapy, op. cit.; THE ANTIRETROVIRAL THERAPY COHORT COLLABORATION. Mortality of HIV-infected patients starting potent antiretroviral therapy: comparison with the general population in nine industrialized countries. **International Journal of Epidemiology**, n. 38, p. 1624-1633, 2009; MZILENE, M. O.; LONGO-MBENZA, B.; CHEPHE, T. J. Mortality and causes of death in HIV-positive patients receiving antiretroviral therapy... op. cit.

o nível da imunodepressão. Um estudo realizado nos Estados Unidos encontrou redução de 80% na mortalidade de 1990 a 2003, além de diminuição significativa dos óbitos por doenças oportunistas e aumento da proporção de óbitos não relacionados ao HIV-1.<sup>44</sup> O estudo CASCADE, realizado em vários países da Europa, além do Canadá e da Austrália, evidenciou uma diminuição de 94% no excesso de mortalidade quando comparada à era pré-HAART (anterior a 1996) e à era pós-HAART (2004-2006); a maior taxa de mortalidade ocorreu nos pacientes em que o uso de drogas injetáveis foi o modo de transmissão do vírus<sup>45</sup> (sendo considerável parcela daquela atribuída à coinfeção pelos vírus das hepatites B/C e à maior incidência de mortes acidentais<sup>46</sup>), quando comparado à população em geral. A expectativa de vida dos portadores do vírus ainda permanece inferior à da população em geral, porém houve aumento considerável em vários trabalhos analisados,<sup>47</sup> sendo comparável inclusive com a de pacientes portadores de doenças crônicas – como diabetes mellitus insulino-dependente<sup>48</sup> e portadores de câncer que obtiveram sucesso em seus tratamentos<sup>49</sup> –, sendo encontrados inclusive pacientes que faleceram por variadas causas sem sequer atingirem o estágio AIDS.<sup>50</sup> Em um estudo realizado em 14 centros na Europa e na América do Norte, realizado pela *The Antiretroviral Therapy Cohort Collaboration*,

---

<sup>44</sup> CRUM, N. F. et al. Comparisons of causes of death and mortality rates among HIV-infected persons, op. cit.

<sup>45</sup> BHASKARAN, K. et al. Changes in the risk of death after HIV seroconversion compared with mortality in the general population, op. cit. No mesmo sentido: MARTÍNEZ, E. et al. Incidence and causes of death in HIV-infected persons..., op. cit.; THE ANTIRETROVIRAL THERAPY COHORT COLLABORATION. Mortality of HIV-infected patients starting potent antiretroviral therapy, op. cit. p. 1624-1633; KOHLI, R.; LO, Y.; HOWARD, A. A. et al. Mortality in an urban cohort of HIV-infected and at-risk drug users in the era of highly active antiretroviral therapy, op. cit.; KRENTZ, H. B.; KIEWER, G.; GILL, M. J. Changing mortality rates and causes of death for HIV-infected individuals..., op. cit.; THE ANTIRETROVIRAL THERAPY COHORT COLLABORATION. Life expectancy of individuals on combination antiretroviral therapy in high-income countries: a collaborative analysis of 14 cohort studies. **The Lancet**, n. 372 (9635), p. 293-299, jul. 2008; VAN-SIGHEM, A.; et al. Mortality in patients with successful initial response to highly active antiretroviral therapy is still higher than in non-HIV-infected individuals. **J Acquir Immune Defic Syndr**, n. 40, p. 212-218, 2005; PALELLA, F. J. et al. Mortality in the highly active antiretroviral therapy era, op. cit., p. 27-34.

<sup>46</sup> YANG, C. H. et al. Trends of mortality and causes of death..., op. cit.

<sup>47</sup> THE ANTIRETROVIRAL THERAPY COHORT COLLABORATION. Life expectancy of individuals on combination antiretroviral therapy in high-income countries, op. cit., p. 293-299; LIMA, V. D. et al. Continued improvement in survival among HIV-infected individuals..., op. cit.; MILLS, E. J. et al. Life expectancy of persons receiving combination antiretroviral therapy in low-income countries: a cohort analysis from Uganda. **Ann Intern Med**, n. 155, p. 209-216, 2011; MAY, M. et al. Impact of late diagnosis and treatment on life expectancy in people with HIV-1: UK Collaborative HIV Cohort (UK CHIC) Study. **BMJ**, n. 343:d6016, 2011.

<sup>48</sup> JENSEN-FANGEL, S.; et al. Low mortality in HIV-infected patients... op. cit.

<sup>49</sup> JAGGY, C. et al. Mortality in the Swiss HIV Cohort Study (SHCS) and the Swiss general population. **The Lancet**, n. 362, p. 877-878, 2003.

<sup>50</sup> LEWDEN, C.; SALMON, D.; MORLAT, P. Causes of death among human immunodeficiency virus (HIV)-infected adults in the era of potent antiretroviral therapy: emerging role of hepatitis and cancers, persistent role of AIDS. **International Journal of Epidemiology**, n. 34, p. 121-130, 2005.



mostrou-se um aumento da expectativa de vida aos exatos 20 anos de idade de 36,1 para 49,5 anos (1996 vs. 2005), o que significa em torno de dois terços da expectativa da população em geral para aquelas regiões. Importante lembrarmos também que a incidência de usuários de drogas e de tabagistas é superior em pacientes portadores do HIV-1 quando comparados à população em geral.<sup>51</sup>

As causas de óbito também se modificaram na era pós-HAART, evidenciando-se diminuição dos óbitos relacionados ao HIV-1 e aumento dos óbitos não relacionados à doença de base (neoplasias – linfoma Hodgkin e pulmonar –, hepatites virais – B e C –, falência hepática, doença cardiovascular, diabetes mellitus, morte acidental, doença renal, sepse).<sup>52</sup>

Com fundamento nessas pesquisas e com os avanços tecnológicos que constantemente ocorrem, não há mais como se considerar a infecção pelo HIV como uma doença letal, porém, sim, como uma doença crônico-degenerativa que permite o envelhecimento da população, a qual demanda, além do manejo da sua doença de base (apoio à adesão, manejo dos variados efeitos colaterais das medicações, profilaxias, orientação sexual), a devida atenção para com a prevenção e detecção precoce de neoplasias relacionadas ou não ao HIV, a avaliação e o cuidado com o risco cardiovascular, o planejamento familiar (o direito reprodutivo está garantido a todos pela Constituição da República<sup>53</sup>), bem como, e de suma importância, a melhoria da qualidade de vida dos pacientes infectados.

---

<sup>51</sup> KRENTZ, H. B.; KIEWER, G.; GILL, M. J. Changing mortality rates and causes of death..., op. cit.; GREEN, T. C. et al. Patterns of drug use and abuse among aging adults with and without HIV: a latent class analysis of a US Veteran cohort. **Drug Alcohol Depend**, v. 110, n. 3, p. 208-220, aug. 2010.

<sup>52</sup> LEWDEN, C.; SALMON, D.; MORLAT, P. Causes of death among human immunodeficiency virus (HIV)-infected adults in the era of potent antiretroviral therapy, op. cit.; KRENTZ, H. B.; KIEWER, G.; GILL, M. J. Changing mortality rates and causes of death..., op. cit.; JAIN, M. K.; SKIEST, D. J.; CLOUD, J. W. et al. Changes in mortality related to human immunodeficiency virus infection, op. cit.; PACHECO, A. G.; TUBOI, S. H.; FAULHABER, J. C.; HARRISON, L. H.; SCHECHTER, M. Increase in non-AIDS related conditions as causes of death among HIV-infected individuals in the HAART era in Brazil. **PLoS ONE**, v. 3, n. 1:e1531, 2008; CRUM, N. F.; RIFFENBURGH, R. H.; WEGNER, S. et al. Comparisons of causes of death and mortality rates among HIV-infected persons, op. cit.; MARTÍNEZ, E.; MILINKOVIC, A.; BUIRA, E. et al. Incidence and causes of death in HIV-infected persons..., op. cit.; PALELLA, F. J.; BAKER, R. K.; MOORMAN, A. C. et al. Mortality in the highly active antiretroviral therapy era, op. cit.; YANG, C. H.; HUANG, Y. F.; HSIAO, C. F. et al. Trends of mortality and causes of death... op. cit.

<sup>53</sup> BRASIL. Secretaria de Vigilância em Saúde. Departamento de DST, AIDS e hepatites virais. **Protocolo de assistência farmacêutica em DST/HIV/Aids...** Op. cit.

## 8 A IMPUTAÇÃO CONFORME A PROPOSTA DO FINALISMO

A revisão da compreensão causal coube à teoria finalista da ação, a qual teve como principal expoente Hans Welzel (primeiramente proposta no artigo *Kausalität und Handlung*, publicado em 1931) e foi enriquecida por diversos outros importantes doutrinadores, tais como Reinhart Maurach, Günther Stratenwerth e Armin Kaufmann.<sup>54</sup>

Welzel destacou-se pela defesa de estruturas lógico-objetivas pré-jurídicas, derivadas da natureza das coisas e representadas por dados ontológicos fundamentais, as quais deveriam limitar o legislador, ao normatizar as ações, e a ciência penal, ao interpretar o seu objeto.<sup>55</sup> Para ele, a causalidade era cega. A ação humana seria, pois, um exercício de atividade final: o homem é capaz de prever, dentro de certos limites, as possíveis consequências de sua atividade; por isso, pode ele traçar fins diversos e dirigir suas atividades, conforme seus planos, para a obtenção daqueles fins. A ação, pois, “não é só conduzida por uma vontade qualquer, mas uma vontade específica, dirigida a um objetivo previamente considerado pelo homem”.<sup>56</sup> Essa interpretação permitiu o rearranjo do conteúdo do sistema do crime, deslocando o dolo e a culpa – anteriormente sediados na culpabilidade –, para o tipo penal. Afinal, se a ação final é sempre ação voluntária que contém uma finalidade, os elementos psicológicos dolo<sup>57</sup> e culpa não poderiam estar compreendidos em outro local senão no próprio tipo.

Essa transposição formatou três tipos gerais de delito: delitos dolosos, bipartidos em tipo objetivo (a manifestação exterior de vontade) e tipo subjetivo (dolo – como elemento subjetivo geral – e tendências, atributos do autor, motivos do agir); delitos

---

<sup>54</sup> BUSATO, P. C. Direito penal e ação significativa, op. cit., p. 13.

<sup>55</sup> Exemplificação feita pelo próprio Welzel: “nenhuma norma, nem moral nem jurídica, pode preceituar às mulheres que dêem à luz filhos viáveis aos seis meses, ao invés de nove, como tampouco podem proibir a um aviador que se precipita ao solo que ultrapasse os trinta quilômetros por hora” (WELZEL, Hans. Introducción a la filosofía del derecho apud BUSATO, P. C. Modernas teorías do delito: funcionalismo, significado e garantismo, op. cit. p. 184). Sobre essa nova abordagem de Welzel, vide também ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 147-148.

<sup>56</sup> BUSATO, P. C. **Direito penal e ação significativa**, op. cit. p. 16. Na sequência (p. 17), lê-se: “O finalismo parte da consideração que o homem é geralmente capaz de prever, dentro de certos limites, as consequências de suas ações e assim, também é capaz de conduzir sua atuação externa a fins previamente concebidos. Toma como expressão natural da ação o movimento corpóreo, a relação de causa e efeito mecânica, mas dota de conteúdo a vontade, que deixa de ser mera voluntariedade para consistir em uma consciência voltada a um objetivo”.

<sup>57</sup> Finalidade e dolo não se confundem: a finalidade que orienta a ação é extraída do sentido natural, sem a necessária atribuição de valor jurídico; o dolo nasce da identificação da conduta juridicamente proibida e se constitui na valoração do legislador sobre a vontade natural.

culposos, no qual há uma ação contrária às normas de cuidado, sem que haja vontade de realização; e delitos omissivos, caracterizados pela infração ao dever de agir ou de impedir o resultado proibido.

Se o sentido do comportamento é determinado pelo resultado produzido pela conduta tal como pela finalidade (direção da vontade) que a orienta, a nova relação de causalidade se estabelece sobre a capacidade de previsão das consequências de uma intervenção no curso causal (a vontade consciente do fim) e a direção do acontecer causal rumo àquele objetivo. Por isso, pôde-se sustentar que a direção final de uma ação realiza-se em duas fases: *subjetiva*, na esfera intelectual, caracterizada pela antecipação mental do fim pretendido, seleção dos meios adequados para tanto e consideração dos efeitos; e *objetiva*, no mundo real, resumida à execução material da ação com os meios e formas previstos.

No que importa à imputação delitiva da transmissão do HIV, as interpretações jurisprudencial e doutrinária pátrias, conforme visto no item 3, seguem esse método geral de compreensão do injusto: se identificada a intenção de morte, imputa-se à conduta o crime de homicídio; se se intenta causar dano, vislumbra-se o delito de lesão corporal gravíssima e, em ocorrendo óbito da vítima por causa da transmissão, lesão corporal seguida de morte; se a finalidade é transmitir a moléstia, tipifica-se a ação pelo perigo de contágio de moléstia grave; se o agente atua culposamente, defendem esses doutrinadores que a ele deve ser imputado o homicídio ou a lesão corporal, em suas modalidades culposas.

Porém, conforme retratado acima, no atual estágio da terapêutica da AIDS, em que a doença transfigurou-se de letal a crônica, se uma pessoa transmite a outra o vírus, com finalidade e dolo de morte, cabe àquela a imputação de homicídio, sendo-lhe impossível garantir o curso causal conforme previsto e planejado? A execução material em conformidade com o fim pretendido pode ser sustentada pela baixa probabilidade média da transmissão do vírus (item 5)? Se efetivamente contaminada, qual a correta imputação da conduta do autor para a hipótese de a vítima recusar o tratamento médico adequado? Em outra ponta, é cabível a imputação culposa, se o resultado (morte) se estende indefinidamente e pode ser evitado com o uso de medicamentos? No julgamento do *Habeas Corpus* nº 98.712-SP, os Ministros acordaram em afastar o crime de homicídio para a adequação típica. E, ao fazerem isso, iniciaram o primeiro passo para superar o conceito finalista do injusto penal. Se não o concluíram, se mantiveram a passada suspensão, foi porque aquela conclusão talvez bastasse à decisão do *Habeas Corpus*, ou porque a escolha da correta adequação típica demandaria o ingresso vertical nas teorias do crime mais contemporâneas. Se não o fizeram, fazemos nós.

## 9 A IMPUTAÇÃO CONFORME A PROPOSTA DO FUNCIONALISMO

A incapacidade das teorias causalistas e finalistas em responder a algumas questões que se apresentaram resultou na reestruturação da teoria do delito, substituindo-se a primazia da ação pelo da *tipicidade* como eixo do sistema.<sup>58</sup> Afinal, padeceram ambas na coincidência de se apoiarem no conceito ontológico de ação. E padeceram também por terem estruturado sistemas extremamente formalistas e classificatórios. O dogmatismo exacerbado proporcionou conflitos entre os fundamentos de aplicação do sistema penal e os fins da pena, uma vez que o injusto se formava na mera realização da norma e na sua contrariedade ao ordenamento, o que permitia a punição de condutas que não representavam a criação ou o incremento de risco a um bem jurídico penalmente relevante.<sup>59</sup> Por essa razão, Claus Roxin, na década de 1970,<sup>60</sup> anunciou que

[q]uase todas as teorias do delito que se deram até a data são sistema de elementos, isto é, desintegram a conduta delituosa numa pluralidade de características concretas (objetivas, subjetivas, normativas, descritivas, etc.) que se incluem nos diferentes graus da estrutura do delito e que se reúnem, deste modo, como mosaico para a formação do fato punível.<sup>61</sup>

Sua crítica voltou-se ao abuso do formalismo e, por efeito, ao divórcio entre a dogmática penal (aprisionada à lógica sistêmica do *dever ser*) com a realidade social. Contra isso, propôs a reformulação do conceito de delito e de seus componentes essenciais (tipicidade, ilicitude, culpabilidade) a partir das respectivas funções político-criminais.<sup>62</sup> Sua importante contribuição foi a de aliviar a dogmática penal de suas aporias teóricas, reduzindo-lhe as contradições com a política criminal, a partir do seu enfoque sistêmico-funcional: a configuração do Direito Penal não resumido mais a um sistema de imputação cujo único objetivo consistia em enquadrar o fato no sistema, porém, sim, uma construção afinada às missões que a ele se atribuíam ou que se pretendiam que fossem alcançadas.<sup>63</sup> Ou seja, repensar as categorias do delito sob a perspectiva de suas respectivas funções político-criminais.<sup>64</sup> Afinal, escreveu Roxin,

---

<sup>58</sup> BUSATO, P. C. Modernas teorias do delito: funcionalismo, significado e garantismo, op. cit., p. 189.

<sup>59</sup> Ibid, p. 190.

<sup>60</sup> "Claus Roxin estabeleceu as bases do que hoje se pode denominar de *sistema funcionalista* ou *sistema racional-final* em palestra proferida no dia 13 de maio de 1970, em Berlim, cujo teor foi posteriormente publicado no livro **Política criminal e sistema jurídico-penal**" (GALVÃO, Fernando. **Direito penal**, op. cit. p. 193.).

<sup>61</sup> ROXIN, Claus apud ANDRADE, V. R. P. de. **A ilusão de segurança jurídica**, op. cit. p. 151.

<sup>62</sup> Num sentido semelhante, Knut Amelung afirmou que a função da teoria do injusto não seria a de identificar condutas proibidas, porém aquelas condutas merecedoras de penas (apud TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 155).

<sup>63</sup> BUSATO, P. C. Modernas teorias do delito: funcionalismo, significado e garantismo, op. cit. p. 191.

<sup>64</sup> Idem. **Direito penal e ação significativa**, op. cit. p. 80.

[o] Direito penal é muito mais a forma, através da qual as finalidades político-criminais podem ser transferidas para o modo da vigência jurídica. Se a teoria do delito for construída neste sentido, teleologicamente, cairão por terra todas as críticas que se dirigem contra a dogmática abstrata-conceitual, herdada dos tempos positivistas.<sup>65</sup>

Essa sua concepção foi alcunhada de *funcionalismo teleológico*. De acordo com esse perfil funcionalista, o tipo cumpre uma função delimitadora negativa da intervenção jurídico-penal, a tipicidade penal já não se configura como simples adequação do fato à previsão típica e a antijuridicidade assume a função de resolução de conflito entre os interesses sociais e interesses individuais (superando, pois, a noção de contrariedade entre o ordenamento e a ação finalisticamente realizada, sem causa de justificação).<sup>66</sup>

O outro perfil da corrente funcionalista foi chamado de *funcionalismo sistêmico* e encontrou em Günther Jakobs o seu grande expoente. Para Jakobs, o tipo de injusto “seria representado pelo conjunto de caracteres que assinalam legalmente a intolerabilidade social de determinada atividade, que só pode ser descartada com a incidência de uma norma permissiva.”<sup>67</sup> Fundamentado na concepção de Niklas Luhmann do direito como instrumento de estabilização social, garantidor do cumprimento de expectativas, Jakobs desenvolveu sua teoria da prevenção-integração pela qual atribuiu à pena a função imediata (manifesta) de assegurar a própria manutenção da identidade social, por meio da proteção da vigência da norma.<sup>68</sup> A proteção dos bens jurídicos persiste; porém, como resultado mediato.<sup>69</sup> Imediatamente, a missão do direito penal torna-se a manutenção da estrutura básica da sociedade, em sua concepção autopoietica.<sup>70</sup>

No plano sociológico, sua doutrina não foi inédita: Luigi Ferrajoli assinalou que a teoria sistêmica de Jakobs nada acrescentou à teoria de *deviance* de Émile Durkheim, quem já havia concebido a pena como um fator de estabilização social, reafirmando os sentimentos coletivos e solidificando a solidariedade contra os desviantes;<sup>71</sup> no mesmo

---

<sup>65</sup> ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 82.

<sup>66</sup> Id. Ibid. p. 30; BUSATO, P. C. *Modernas teorias do delito: funcionalismo, significado e garantismo*, op. cit. p. 193.

<sup>67</sup> TAVARES, J. **Teoria do injusto penal**, op. cit. p. 145.

<sup>68</sup> JAKOBS, Günther. **Sociedade, norma e pessoa: teoria de um direito funcional**. Tradução de Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003. p. 3-4. (Coleção Estudos de Direito Penal).

<sup>69</sup> DIP, Ricardo; MORAES JR., Volney Corrêa Leite de. **Crime e castigo: reflexões politicamente incorretas**. Campinas: Millennium, 2002. p. 51.

<sup>70</sup> BUSATO, P. C. **Direito penal e ação significativa**, op. cit. p. 167.

<sup>71</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Chouk, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 222.

sentido, Juarez Cirino dos Santos nos recorda de que Hegel já havia descrito, dois séculos antes, o “crime como negação do direito e [a] pena como negação da negação”, ou seja, como reafirmação do direito;<sup>72</sup> Manuel Cancio Meliá lembra que a fundamentação sociológica de Jakobs quanto à finalidade da pena em muito se aproxima à concepção de Francesco Carrara.<sup>73</sup>

O fato de não se constituir uma novidade teórica não representou, contudo, motivo para preocupação tais quais outros fatores. As críticas à doutrina jakobsiana enfrentam sua defesa de um direito penal radicalmente funcionalizado para a prevenção geral positiva. Luigi Ferrajoli já mostrou que doutrinas como a de Jakobs confundem direito com moral ao promoverem o conformismo das condutas e ao conferirem às penas funções de integração social por meio do reforço geral da fidelidade ao Estado.<sup>74</sup> E nessa confusão sistêmica – coesão do sistema político-social –, despercebida pelos autores funcionalistas radicais, corroem-se seus fundamentos teóricos. As críticas enfrentam também a tendência de um tal discurso conduzir o sistema jurídico-penal a legitimar e se submeter a um Estado total, em descompasso com ao almejado modelo democrático defendido, majoritariamente, pelos Estados de hoje. Muñoz Conde já alertou:

com o entendimento da pena como prevenção integradora pretende-se, em última instância, alcançar um consenso da maioria que, como a experiência histórica demonstra, pode desembocar em claro processo de facistização social, que o indivíduo desaparece devorado por essa máquina terrível que é o leviatã estatal.<sup>75</sup>

Anos mais tarde, essa tendência se transformou em evidência, quando Jakobs, ao argumentar pelo direito penal do inimigo, buscou fundamentação dos discursos de Jean-Jacques Rousseau, cujas intenções contrarrevolucionárias levaram-no ao rascunho de um contrato social total.<sup>76</sup>

---

<sup>72</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. **Teoria da pena**: fundamentos políticos e aplicação judicial. Curitiba: ICPC; Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 4-5.

<sup>73</sup> “O fim da pena não é que se faça justiça; nem que o ofendido seja vingado; nem que seja ressarcido o dano por ele sofrido; nem que o delinqüente expie seu delito; nem que se obtenha sua correção. Todas essas coisas – adverte Carrara, na mesma linha que agora Jakobs – podem ser conseqüências acessórias da pena e podem ser, algumas delas, desejadas; mas, a pena seria também incriticável ainda que faltassem todos esses resultados. O fim primário da pena seria, melhor, o restabelecimento da ordem externa da sociedade” (PEÑARANDA RAMOS, Enrique; SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Un nuevo sistema del derecho penal**: consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 1999. p. 31-33).

<sup>74</sup> FERRAJOLI, L. **Direito e razão**, op. cit. p. 221.

<sup>75</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. **Direito penal e controle social**. Tradução de Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 28-29.

<sup>76</sup> FRANÇA, Leandro Ayres. **Inimigo ou a inconveniência de existir**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 188-204.

Dispensados, porém, alguns excessos da proposta funcionalista, **é inegável** que o sistema valorativo-funcional defendido por seus autores parece bem atender às demandas contemporâneas, em especial pelo seu compromisso com a prática da justiça social e pelo seu dinamismo em atendê-la conforme suas reformulações.

Esta reorientação científica refletiu-se na teoria da imputação objetiva.

## 10 A TEORIA DA IMPUTAÇÃO OBJETIVA

De forma simples, pode-se definir a imputação objetiva como a vinculação entre a conduta de uma determinada pessoa e a violação da norma jurídica, no plano estritamente objetivo.<sup>77</sup> A preocupação quanto a ela é antiga, tendo já Platão e Aristóteles trabalhado com o viés filosófico desta questão. No entanto, sua introdução nas discussões jurídico-penais deveu-se a Karl Larenz, quem, em 1926, reassumiu o tema na sua dissertação que aproximou a imputação na teoria de Georg W. F. Hegel do Direito Penal. E o seu maior desenvolvimento científico verificou-se no campo doutrinário que, derrocando a ideia de realidades ontológicas absolutas, concentrou-se em submeter a dogmática penal a parâmetros normativos de valoração político-criminal: o funcionalismo.

A teoria que dela nasceu, em suas peculiares vertentes,<sup>78</sup> não pretendeu impor um conceito jurídico de imputação sobre o conhecido conceito natural da causalidade; porém, seus teóricos acrescentaram a esta critérios limitadores,<sup>79</sup> *i.e.*, a teoria da imputação objetiva configurou-se como o reforço normativo da atribuição de um resultado penalmente relevante a uma conduta.<sup>80</sup> Isso porque

a mera relação de causalidade material não satisfaz plenamente todos os requisitos objetivos do tipo incriminador. A legitimidade da adequação típica exige que a imputação

---

<sup>77</sup> GALVÃO, F. **Direito penal**, op. cit. p. 269.

<sup>78</sup> Os variados aspectos da imputação objetiva, defendidos por muitos e diferentes autores, “não faz deles um conglomerado arbitrário de perspectivas heterogêneas de solução de problemas, eis que tais critérios dizem, em seu conjunto, que características deve ter o vínculo entre o comportamento e o resultado, para que se esteja diante de uma ação de matar, lesionar ou danificar que realize o tipo objetivo” (ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. 2. ed. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 130-131.). E prossegue: “Estes pontos de vista, que ainda poderiam ser complementados por outros, não resultam do acaso, mas fundam-se nos princípios político-criminais de uma proteção de bens jurídicos dentro dos limites do estado de direito, que é aquilo para que serve o nosso direito penal” (p. 131.).

<sup>79</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral, 1. 17. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 320.

<sup>80</sup> Id. Ibid. p. 320.

objetiva seja enriquecida com considerações explicitamente normativas, de modo a selecionar, na realidade material, apenas o que possa interessar ao direito penal.<sup>81</sup>

Essa é a razão de se formular a imputação objetiva em dois requisitos: a relação causal de uma conduta com seu resultado (primeira exigência, referente ao juízo de desvalor de ação) e a verificação da relevância jurídica dessa relação causal material (segunda exigência, referente ao juízo de desvalor de resultado). No que toca a essa relevância jurídica, é importante destacar que ela é o produto de uma operação restritiva da incidência proibitiva:<sup>82</sup> não é a ideia de *attributio* como a ação de dar ou de distribuir uma responsabilidade, como a etimologia de *atribuição* confere; as melhores propostas teóricas da imputação objetiva comungam no estabelecimento de requisitos para o exercício de uma *imputatio* mais limitado, preciso e adequado.

Roxin, destacado autor nessa construção teórica, prescreveu três requisitos básicos: (i) a criação ou a majoração de um risco jurídico-penal relevante, não coberto pelo risco permitido; (ii) a realização desse risco proibido no resultado; (iii) o ingresso desse resultado no âmbito de proteção da norma penal. A partir dos dois primeiros, podem ser extraídos os seguintes critérios negativos de imputação:

a) Atuação dentro dos limites do *risco permitido*:<sup>83</sup> se o agente atua dentro das balizas do risco socialmente tolerado, não se legitima a imputação objetiva. A exclusão da imputação decorre da inexistência de desvalor da conduta do autor. Se, ao contrário, a conduta do agente cria ou incrementa a probabilidade de ocorrência do resultado, extrapolando os limites do risco permitido para a situação concreta, a imputação torna-se legítima. Aqui se insere a discussão quanto aos princípios da *adequação social* e da *confiança*: o primeiro permite que condutas que se movem nos limites da ordem ético-social, ainda que formalmente se enquadrem na previsão típica, não se subsumam a ela; o segundo prevê que as pessoas organizam suas atividades sobre o pressuposto de que todos atuam de maneira adequada ou expectada, o que é bastante evidente na dinâmica do trânsito de automóveis, na divisão do trabalho e na ação dolosa de terceiro.

b) Diminuição de um risco não permitido: na hipótese de um acidente com várias vítimas no qual uma delas, ciente de possuir o vírus HIV, realiza procedimentos de

---

<sup>81</sup> GALVÃO, F. **Direito penal**, op. cit. p. 272.

<sup>82</sup> TAVARES, J. **Teoria do injusto penal**, op. cit. p. 222-223.

<sup>83</sup> O risco permitido deriva de uma situação de perigo relevante ao bem jurídico que, de modo geral e independentemente do caso concreto, é socialmente tolerado. A permissão decorre do reconhecimento de que a proibição traria consequências desvantajosas à sociedade; tomem-se estes exemplos de atividades sociais que se realizam sobre riscos permitidos: trânsito motorizado, produção industrial, operações financeiras, prática de esportes radicais, intervenções médicas, pesquisas científicas.



salvamento de outros feridos, o que acarreta em vários contatos sanguíneos, não lhe pode ser imputado qualquer delito. Aqui, porém, exige-se a avaliação razoável do caso concreto, pois não poderia invocar este critério o agente que, após ter transmitido a doença a outrem, tenha verificado ter-lhe preservado a vida, quando a vítima, v.g., ao ser impedido de ingressar nas Forças Armadas em razão da doença evitou também ser convocado à guerra.

c) Alteração de risco existente: a mera modificação do risco permitido existente não constitui comportamento penalmente relevante que justifique a imputação. Se, por razões lícitas e bem intencionadas, um médico sugere a seu paciente que realize a cirurgia eletiva no hospital X em vez de no hospital Y e a intervenção cirúrgica do hospital X contamina o paciente, não pode ser também imputada ao médico a transmissão do HIV.

d) Consentimento do ofendido: o consentimento pode ocorrer na dispensa do uso de preservativo por alguém que sabe que o seu parceiro sexual porta o vírus HIV. Em geral, admite-se que a concordância do titular do bem jurídico com a conduta ilícita que lhe atinge impede a imputação objetiva. No entanto, exige-se que o bem lhe seja disponível (na tradição paternalista do Direito Penal, a vida, e.g., permanece indisponível) ou que, na ponderação dos bens em conflito, sacrifique-se o bem de menor valor.<sup>84</sup>

e) Autocolocação em perigo: enquanto no consentimento o perigo decorre da conduta de terceiro, na autocolocação em perigo é a própria vítima quem exerce o domínio sobre a produção de lesão ao bem jurídico. É o caso do compartilhamento de seringas para uso de drogas ou das festas de *barebacking*.<sup>85</sup> Entendemos serem atípicas essas condutas.

Assim, arrolados os mais importantes critérios negativos de imputação, se um agente atua fora dos limites do risco permitido e cria ou incrementa um risco não permitido, tal como o caso de J. G. J., réu do processo que iniciou este estudo, resta apenas verificar em que âmbito de proteção da norma penal ingressa o resultado a que deu causa. Sem a pretensão de repetir os argumentos já apresentados por Schmidt, em seu artigo,<sup>86</sup> é válido

---

<sup>84</sup> GALVÃO, F. **Direito penal**, op. cit. p. 318-319, 323.

<sup>85</sup> *Bareback* é uma expressão inglesa que descreve o ato de montar um cavalo sem sela. O termo foi emprestado para representar a escolha consciente e deliberada de dispensar o uso de preservativos para a penetração sexual. Ganhou destaque na indústria pornográfica de filmes gays e nas ofertas de serviços de prostituição como fator distinto e ousado. Também foi unido com uma carga lendária: há relatos de festas em que os convidados, ansiosos por maior prazer combinado com adrenalina dos riscos, fazem sexo com vários parceiros e sem preservativos, em que “os organizadores convidam portadores de HIV que não são identificados para os outros participantes” (COUTINHO, Leonardo. A roleta-russa da AIDS: nas festas do chamado *barebacking*, o risco de contrair a doença ajuda a aumentar o prazer. **Veja**, n. 1.767, 04 set. 2002). A sugestão desses comportamentos autodestrutivos, no entanto, revela ser menos uma constatação sanitária real do que fruto de percepções estereotipadas e preconceituosas das relações homossexuais.

<sup>86</sup> SCHMIDT, A. Z. Aspectos jurídico-penais da transmissão da AIDS, op. cit. p. 221.

apontar os critérios de Johannes Wessels com os quais aquele autor trabalhou para resolver a imputação típica ao agente que transmite o HIV/AIDS: a *dominabilidade do acontecer causal* e a *previsibilidade objetiva e inevitabilidade* do resultado típico.

## 11 O DOMÍNIO DA AÇÃO PELO AUTOR

A etimologia latina do termo *auctor* traz a peculiaridade de demandar a esse agente um complemento de ação: *autor* é quem gera, origina, faz nascer, funda, causa, inventa, compõe, produz, pratica.<sup>87</sup> Não por outra razão escreveu Zaffaroni que *autor* é uma expressão relacional e que requisita um complemento (autor de quê?).<sup>88</sup> Essa indissociação torna impensável um autor (em alemão, *Täter*) sem seu ato (*Tat*), o que nos conduz a uma conjectura óbvia de que não se pode falar em autoria se o autor não tiver o *domínio da ação* (*Tatherrschaft*). Assim, se a dominância constitui pressuposto objetivo de uma autoria, somente nos é admissível imputar a alguém uma ação dolosa quando lhe for possível o governo (*Herrschaft*) de um curso causal suscetível de ser orientado até “a mutação mais ou menos determinada do mundo físico”.<sup>89</sup> A previsibilidade, ainda que seja condição inerente ao deliberado governo do curso causal, é insuficiente para cumprir plenamente o controle de eventos capazes de produzir o resultado desejado: aquele que deseja a morte de outrem e traça o plano mental de que poderá concretizar seu intento transmitindo HIV/AIDS à eventual vítima cumpre com a previsibilidade natural de sua deliberação, porém não tem a si garantido o domínio do curso causal para o fim desejado.

Não nos adiantemos, porém. Já vislumbramos que a integridade da tipicidade objetiva (adequação da conduta ao tipo penal) depende, pois, de um sujeito que dispõe da possibilidade objetiva de dominar o fato.<sup>90</sup> Todavia, é necessária uma compreensão mais vertical dessa questão, que pode ser executada a partir do resgate de quatro regras que equacionam o domínio da ação:<sup>91</sup>

1ª Nos cursos causais que, no estado das ciências e das tecnologias disponíveis, não podem ser dominados por iniciativa humana, o dolo pode ser excluído – sendo

---

<sup>87</sup> HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss de língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

<sup>88</sup> ZAFFARONI, Eugénio Raul et al. **Direito penal brasileiro: teoria do delito: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade**. Rio de Janeiro: Revan, 2010. v. 2, p. 252.

<sup>89</sup> Id. Ibid. p. 251.

<sup>90</sup> Id. Ibid. p. 253.

<sup>91</sup> Id. Ibid. p. 253-257.

desnecessária a sua apreciação no tipo subjetivo –, pois não se apresenta, no próprio tipo objetivo, uma direção causal capaz de ser governada pelo autor. À hipótese, acima citada, do agente que pretende matar outrem pela transmissão de HIV/AIDS, não cabe a adequação típica como crime de homicídio, pela impossibilidade daquele em garantir o curso causal conforme previsto e planejado, em um contexto terapêutico que transformou a doença em uma enfermidade crônica, não mais fatal. A imputação por homicídio também se exclui quando a pessoa contaminada recusa o tratamento médico adequado, porque aqui já há uma interrupção do nexo de causalidade iniciado pelo autor (art. 13, § 1º, do Código Penal<sup>92</sup>) ou, como preferem os funcionalistas, há um *desvio essencial*. Vamos um passo além: tampouco caberia a imputação por lesões corporais gravíssimas a quem tenciona ofender a integridade física de outro com enfermidade incurável (AIDS), uma vez que, conforme provam as pesquisas referidas no item 5, a probabilidade média de transmissão do vírus encontra-se abaixo de 2% em caso de coito anal receptivo entre heterossexuais e não ultrapassa 0,4% nos casos de coito vaginal. A reduzida incidência compromete o requisito de domínio do curso causal da ação pretendida.

2ª Quando o autor reúne as condições de conhecimento e de adestramento especiais necessárias para assumir o domínio do fato, o curso causal torna-se dominável pelo agente. Conforme essa regra, o médico ou o técnico hematologista que, ciente de que uma determinada bolsa de sangue se encontra contaminada, resolve transfundir seu conteúdo a um desafeto, em quantidade suficiente que aumente significativamente a probabilidade da infecção, pode ser responsabilizado por lesões corporais gravíssimas – aqui, tampouco se trata de homicídio – se, em decorrência dessa operação, a vítima desenvolver a enfermidade crônica da AIDS. Perceba-se a distinção entre essa hipótese (maior domínio do ato) e os casos que chegam aos tribunais, nos quais as contaminações decorrem de relações amorosas.

3ª Quando os meios são notoriamente inadequados para a obtenção dos fins com eles perseguidos, não há que se falar em domínio da ação. Diferentemente dos regramentos anteriores que trataram de causalidades não domináveis por qualquer agente ou daquelas que exigem conhecimento ou talento específico para seu domínio, esse terceiro preceito especifica a ausência de dominância decorrente da seleção de meios inidôneos para se

---

<sup>92</sup> “Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

Superveniência de causa independente

§ 1º - A superveniência de causa relativamente independente exclui a imputação quando, por si só, produziu o resultado; os fatos anteriores, entretanto, imputam-se a quem os praticou.”

alcançar o resultado. Para não incidir nas envelhecidas exemplificações daqueles que rogam pragas e feitiços às suas vítimas, retomemos aquele caso julgado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, em que uma mãe, em momento de delírio por abstinência ou uso de entorpecente, cortou-se, colheu o próprio sangue e forçou seu filho a tomá-lo, com a intenção de matá-lo. Já bem sabemos que o dolo homicida, ou mesmo o dolo lesivo, seria tipicamente inadequado pela impossibilidade de a agente dominar o fato que considerava certo; mas, nem mesmo se o dolo fosse colocar em perigo a saúde do filho (perigo de contágio de moléstia grave), não poderia se reconhecer a tipicidade objetiva de tal conduta pela grosseira inconsequência entre meio e fim. A conclusão não seria diferente, na hipótese de uma mulher contaminada com AIDS que, talvez inspirada na personagem de Hera Venenosa (Poison Ivy), distribui beijos nos lábios de seus amantes com a intenção de lhes transmitir essa enfermidade.

4ª A impossibilidade de imputação objetiva de um delito doloso por falta de dominância do fato não impede a possibilidade de tipicidade culposa do ato. Não por outra razão, passamos a analisar o elemento da capacidade de previsibilidade do resultado.

## 12 A PREVISIBILIDADE DO RESULTADO A PARTIR DE *STANDARDS* SOCIAIS MÍNIMOS

Se, de uma determinada ação, subtrairmos do agente o dolo, porém lhe preservarmos o domínio do fato, teremos a configuração de *culpa temerária*: uma percepção de criação de um perigo proibido tão vigorosa que a exterioridade da conduta do autor pode representar um plano criminal dirigido a um resultado predeterminado – o que somente não se confirma em análise subjetiva, vez que a *culpa*, como “programação defeituosa da causalidade por não responder ao cuidado devido”, apenas pode ser demonstrada quando se conhece a finalidade da previsão que acabou por causar o resultado.<sup>93</sup>

Se, de outra ação, subtrairmos do agente o dolo e também o domínio do fato, deparar-nos-emos com a hipótese de *culpa simples* (não temerária), consciente ou inconsciente. Culpa essa que já não mais corresponde, dogmaticamente, a um descompasso entre a previsibilidade e a causalidade, mas sim à violação do dever de cuidado, a qual faz nascer um perigo proibido.<sup>94</sup> Assim, enquanto para a imputação dolosa se exigia o domínio do curso causal pelo autor, a imputação culposa demanda a análise da *capacidade*

---

<sup>93</sup> ZAFFARONI, E. R. et al. **Direito penal brasileiro**, op. cit. p. 323-325.

<sup>94</sup> Id. Ibid. p. 325.

*individual de previsão* do resultado a partir *standards* mínimos empiricamente verificáveis de padrões sociais de prudência.

Anteriormente, já descartamos a possibilidade de tipificar como homicídio doloso a conduta de transmitir o HIV, ainda que se alegasse o ânimo de assassinio. A imputação culposa tampouco prospera pela mesma razão de que se depende de um resultado (morte) cuja imprevisibilidade estende-se cronológica e indefinidamente, e pode ser evitável com o uso de medicamentos.

Sobre a possibilidade de imputação por lesões corporais culposas, se o que nos interessa ponderar é a capacidade individual de previsão a partir *standards* mínimos de prudência, a possibilidade de uma tal imputação depende da coleção de elementos que o caso concreto pode fornecer ao terceiro observador-julgador. Parecia-nos acertada a proposta de que a um homem infectado que desconhecesse sua condição, apesar de sua vida “desregrada” lhe sugerir a possibilidade de soropositividade, poderia ser imputada culpa simples na transmissão do HIV.<sup>95</sup> Como trataríamos, porém, o caso da cantora alemã Nadja Benaissa,<sup>96</sup> se ele tivesse ocorrido em terras brasileiras? Se levado em conta o seu histórico profissional, tem-se uma jovem de 28 anos, que foi membro de uma importante banda pop europeia (No Angels) por uma década, tendo largado o grupo musical, entre outras relevantes razões, para dar mais atenção à filha. Se os bastidores de sua vida é o que nos interessa, Nadja será descrita como uma filha de imigrantes (pai marroquino, mãe sérvio-germânica), que perdeu a virgindade aos quatorze anos, fez uso de maconha, *ecstasy*, cocaína e *crack* durante sua adolescência, e, nesse mesmo período, engravidou. As duas descrições referem-se à mesma pessoa, quem até hoje desconhece de quem contraiu HIV (a AIDS ainda não se desenvolveu nela) e quem foi condenada por ter mantido relações sexuais com três homens, sabendo-se portadora do vírus, sem nada ter-lhes dito (reserva mental que é criminalizada na Alemanha). Somos levados a crer que à primeira descrição não haveria imputação; e que ao “desregramento” da segunda, a imputação culposa bem calharia. Por isso, é importante ressaltar a necessidade de extrema cautela para que não se desenvolva uma interpretação exclusivamente baseada no histórico e no comportamento do autor, sob pena de se preterir o *fato injusto*.

Há outro caso que se adéqua à possibilidade de imputação por lesões corporais culposas: aquele de ocupantes de cargos diretivos ou de autoridades públicas que autorizam

---

<sup>95</sup> SCHIMIDT, A. Z. Aspectos jurídico-penais da transmissão da AIDS, op. cit. p. 231.

<sup>96</sup> BOOTH, Hannah. “I knew I was HIV positive”: but Nadja Benaissa didn’t tell the men she slept with: and in Germany – where she was a member of the country’s most successful girl band – that is a crime: Hannah Booth on a very public downfall. **The Guardian**. 19 mar. 2011.

o uso de sangue que sabem – ou têm suficientes condições de o saber – contaminado. Em 1985, autoridades do governo francês, com o objetivo de formar um estoque autossuficiente e independente do mercado internacional (relata-se forte relutância em importar sangue de outros países, em especial dos Estados Unidos), descuidaram com a não adoção das melhores tecnologias de tratamento sanguíneo (razões de ordem econômica e de animosidade profissional) e com a seleção dos doadores (as autoridades incluíram a população carcerária, grupo social considerado de alto risco no que toca à probabilidade de contaminação por HIV). No mesmo período, escândalos de igual natureza – liberação de sangue contaminado – foram noticiados no Japão, no Canadá e nos Estados Unidos. Da década de 1990, relata-se o grave precedente de *venda de sangue* da província de Henan, na China: autoridades do governo chinês implantaram centros comerciais de coleta de sangue nessa região rural, os quais pagavam os agricultores por suas doações; com o fracionamento do sangue, coletava-se o plasma e o restante do conteúdo era reinjetado no doador, através de equipamento único. A epidemia de AIDS na região alcançou a casa das centenas de milhares em poucos anos e as autoridades pouco fizeram a esse respeito – ironicamente, uma das razões mais importantes dessa campanha do governo chinês foi o temor do sangue estrangeiro, no momento em que se revelavam casos de contaminação em todo o mundo. Com essas medidas, buscava-se um lucrativo empreendimento comercial e a proteção do sangue chinês da praga que vinha do exterior (vide nota 19).

Questiona-se, caso burocratas ou autoridades públicas brasileiros adotem semelhante conduta de autorizar o uso de sangue contaminado ou que nada ou pouco façam a respeito quando tenham notícia da transmissão de enfermidade a inúmeras vítimas, se a imputação mais correta seria a de lesões corporais culposas. Ao que indicam os argumentos aqui traçados, somente a análise da capacidade individual e, também incluímos, funcional de previsão poderia imputar objetivamente esse crime ao autor da conduta.

Inaplicável, por sua vez, qualquer imputação objetiva culposa por perigo de contágio de moléstia grave para quem, sem o devido cuidado, contamina outra pessoa, uma vez que inexistente sua previsão da forma culposa.

### **13 A TEORIA DA AÇÃO SIGNIFICATIVA**

A partir da ideia de humanização na reformulação do sistema de imputação, o professor Tomás Salvador Vives Antón recentemente propôs a estruturação da ação e da norma a partir de um inédito viés: o significado. Inspirado em duas revolucionárias orientações filosóficas – a filosofia da linguagem de Ludwig Wittgenstein e a teoria da ação comunicativa de Jürgen Habermas –, o seu conceito significativo de ação merece nossa

atenção porque é única a sua proposta metodológica. A superar o suporte cartesiano da tradicional dogmática penal, o qual reuniu no conceito de ação um fato físico (o movimento do corpo) e um mental (a vontade), a metodologia proposta por Vives Antón ocupa-se, em primeiro plano, da interpretação (de ordem social) e, em segundo plano, da intenção subjetiva (individual), o que destaca a dimensão social da atuação humana: a ação não é o que o autor faz (substrato), mas sim o significado do que ele faz (sentido).<sup>97</sup> Para elucidar essa distinção, tome-se o exemplo trazido por Paulo César Busato, responsável por transportar a proposta da ação significativa às discussões dogmáticas latino-americanas, do indivíduo que estende a mão para cima: enquanto isso pode caracterizar mero movimento físico, o mesmo movimento, realizado por um guarda de trânsito, representa a ordem de que o fluxo de veículos deve se interromper.

Por isso, fala-se na análise global do acontecimento: “A ação só pode ter sentido jurídico desde que interpretada em conjunto com seu entorno. Logo, as valorações jurídicas só podem considerar a ação dentro do marco de seu significado.”<sup>98</sup>

O conceito de ação significativa afasta-se tanto da ideia ôntica de ação (causalismo e finalismo) quanto da ideia normativa de ação (funcionalismo) para situar-se na compreensão, ou seja, na transmissão de sentido produzido pela inter-relação entre sujeito e objeto.

Uma compreensão humanista da ação exige que abandonemos a ideia de uma *explicação* científica que conceba a ação como produto das forças causais, mas a *compreensão* de como os seres humanos atuam quando efetivamente o fazem. Esta diferenciação procede da filosofia alemã de princípios do século XX concretamente do filósofo alemão Dilthey que distinguiu entre *verstehen* (compreender) e *erklären* (explicar). A ideia é que a conduta humana – como algo oposto aos fenômenos naturais – só pode ser compreendida e não explicada em termos científicos.<sup>99</sup>

Há uma ressalva, porém: “só é possível dotar a ação de sentido jurídico-penal no Estado onde as figuras típicas tenham correspondência às aspirações sociais.”<sup>100</sup> Isso porque a ação que interessa ao Direito Penal é a ação que, conforme orientações político-criminais, interessa ser coibida pela ameaça da pena – ameaça que se concretiza pelos tipos penais, protetores dos bens jurídicos escolhidos pelas próprias pretensões político-criminais. É um

---

<sup>97</sup> BUSATO, P. C. **Direito penal e ação significativa**, op. cit. p. 155-156.

<sup>98</sup> Id. Ibid. p. 162.

<sup>99</sup> FLETCHER, George Patrick. *Conceptos básicos del derecho penal*. Tradução de Francisco Muñoz Conde. p. 90 apud BUSATO, P. C. **Direito penal e ação significativa**, op. cit. p. 199-200.

<sup>100</sup> BUSATO, P. C. **Direito penal e ação significativa**, op. cit. p. 190.

desenvolvimento dogmático dialético, pois o controle social exercido pelo Direito Penal é *determinante da e determinado pela* ação significativa:

determinante porque a identificação socialmente desvalorada deriva do sentido jurídico-penal da ação e determinado porque a aspiração de estabelecimento de normas no sentido do exercício efetivo daquele controle social depende da existência prévia de um sentido, um significado como eixo da norma, do contrário se apresenta o fenômeno de ultrapassagem social da norma, relegando esta a um vazio de reconhecimento social, deixando de produzir o pretendido controle.<sup>101</sup>

Nutrida no campo político criminal, a proposta dogmática de Vives Antón demanda a análise do delito em quatro categorias:<sup>102</sup>

a) Na *pretensão de relevância*, demanda-se uma correta compreensão da fórmula linguística definidora da conduta no texto legal e também a comprovação de que os movimentos corporais realizados pelo sujeito sejam efetivamente aqueles que se acomodam à regra de ação seguida para tipificá-los (pretensão conceitual de relevância). Assim, importa saber quando podemos entender um processo determinado como uma conduta típica relevante para o Direito Penal; o que já nos sugere que não cabem, na concepção de Vives Antón, critérios gerais, senão somente práticas, interpretações e novas práticas. E mais: a conduta do agente deve cumprir com a periculosidade ou a danosidade que induziu o legislador a sancioná-la com penas criminais (pretensão de ofensividade).

b) A *pretensão de ilicitude*, por sua vez, corresponde à análise da ação como a realização do proibido ou a não realização do mandado; ou seja, a verificação se a ação executada pelo sujeito infringe a norma ou se a intenção que rege a execução de uma ação ofensiva para um bem jurídico não se ajusta às exigências do ordenamento. Paulo César Busato explicita que a pretensão de ilicitude se concentra em verificar a

existência ou não de um compromisso com a violação de um bem jurídico, que corresponde ao tipo subjetivo – assim entendido o dolo e a imprudência – e, de outro lado, a consideração a respeito da exclusão da ilicitude pela presença de permissividades do sistema, que podem ser permissões fortes (causas de justificação) ou permissões fracas (excusas ou causas de exclusão de responsabilidade pelo fato).<sup>103</sup>

---

<sup>101</sup> Id. Ibid. p. 190.

<sup>102</sup> Para uma responsável abordagem sobre a concepção de Vives Antón, vide MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. La 'concepción significativa de la acción' de T. S. Vives y su correspondencia sistemática con las concepciones teleológico-funcionales del delito. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**. 01-13, 1999. Este trabalho foi traduzido para a língua portuguesa pelo professor Dr. Paulo César Busato: MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. **A concepção significativa da ação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

<sup>103</sup> BUSATO, P. C. Modernas teorias do delito: funcionalismo, significado e garantismo, op. cit. p. 200.



c) Na *pretensão de reprovação* encontra-se o juízo de culpabilidade, no qual se verifica se o agente possui a capacidade de ser reprovado (imputabilidade) e se tinha consciência de sua ação.

d) A *pretensão de necessidade de pena*, por fim, concretiza o princípio da proporcionalidade da aplicação da pena, pela análise das condições objetivas de punibilidade e de causas pessoais de exclusão da pena.

Assim, a imputação de transmissão do HIV a partir desta proposta se torna bastante simples: excluem-se os tipos de homicídio e de lesões corporais já na pretensão de relevância, uma vez que os movimentos executados pelo autor não são suficientes para, respectivamente, ofender o bem jurídico vida e cumprir certamente com a periculosidade de dano ao corpo e à saúde.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O somatório de maior atenção à revolução terapêutica do HIV/AIDS nos recentes anos com uma atualizada revisão das exigências dogmático-penais para a adequação típica da conduta de transmissão dessa enfermidade leva-nos a confirmar a hipótese inicial de que há absoluta divergência entre a realidade da doença e as composições jurisprudenciais e doutrinárias sobre a questão. Seja por pleno desconhecimento da patologia e de seu tratamento, seja pelo descaso com uma responsável análise da construção da tipicidade e das exigências para a correta imputação, seja até mesmo pelos constantes repetecos das produções jurídicas, fato é que há um grave descompasso que foi, inicial e parcialmente, corrigido pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal quando afastaram, na decisão que deu o pontapé a este estudo, a possibilidade de imputação por homicídio.

A fórmula aqui depositada contou com o pressuposto – hoje, notório – de que a contaminação por AIDS não mais configura uma doença fatal, mas uma enfermidade crônica. A esse conhecimento, foram vencidas as teorias do causalismo e do finalismo – importantes, porém não mais adequadas – e, em seus lugares, foram invocadas as teorias da imputação objetiva e da ação significativa para a identificação das possíveis imputações típicas àquele que transmite o HIV/AIDS. E as conclusões – firmes, mas sempre reticentes – alcançadas foram:

Primeiramente, a transmissão da AIDS pode configurar um *crime impossível* pela impropriedade do meio utilizado (quando Hera Venenosa beija os lábios de seus amantes querendo transferir-lhes a doença). Pode configurar uma *conduta atípica*: quando a atuação se dá dentro dos limites do risco permitido; quando há diminuição de um risco

não permitido; quando há alteração de risco já existente; quando há consentimento do ofendido ou autocolocação em perigo.

Para a imputação objetiva de um delito doloso, exige-se a criação ou majoração de um risco não permitido, além de um curso causal passível de ser dominado pelo autor, conforme as condições de conhecimento e de adestramento especiais necessárias para o agente, a adequação dos meios por ele utilizados e um estado das ciências e das tecnologias disponíveis que permita esse governo da ação. Disso, excluem-se as possibilidades de imputação de *homicídio doloso*, de *lesões corporais seguidas de morte* e de *lesões corporais gravíssimas* (salvo, para estas lesões, aquela hipótese do médico ou técnico hematologista). No tocante à impossibilidade geral de imputação por lesões, divergimos da doutrina majoritária: quando o agente tenta transmitir a doença, porém se frustra no intento, ou quando omite a sua doença ou constrange a vítima, conseguindo transmitir a enfermidade, não vislumbramos tentativa de lesão corporal qualificada e lesão corporal qualificada, respectivamente; tal como o que ocorre com o dolo homicida, o resultado típico lesivo pretendido não é controlável pelo autor infectado e os estudos patológicos comprovam a reduzida probabilidade do governo do curso causal na execução de sua vontade.

A imputação de um delito culposos, por sua vez, demanda a análise da capacidade individual de previsão do resultado, a partir de *standards* mínimos empiricamente verificáveis de padrões sociais. A hipótese de imputação por homicídio culposos afasta-se de pronto, porque aqui também a imprevisibilidade do resultado (morte) estende-se cronológica e indefinidamente, podendo ser evitável com o uso de medicamentos. Quanto à adequação típica por lesões corporais culposas, necessário ponderar sobre a capacidade individual de previsão, com a cautela de não se construir uma imputação com base exclusivamente em um direito penal de autor (a ideia de verificar o “desregramento” de vida do autor é uma postura incerta e, talvez, preconceituosa).

Respeitadas as regras de domínio da ação, encontramos a única possibilidade de tipificar a conduta daquele que dolosamente transmite o HIV como perigo de contágio de moléstia grave. A imputação pelo crime do art. 132 (perigo para a vida ou saúde de outrem) parece-nos equivocada, por sua preterição na aplicação do princípio da especialidade (vide nota 15).

Não se pretende, com essas conclusões, patrocinar a impunidade daqueles que, dolosa ou culposamente, transmitem o HIV a outrem. São outros os intentos: apresentar ao leitor as novidades terapêuticas, valorizar uma responsável abordagem dogmática da imputação penal e, muito importante, afastar qualquer possibilidade de se utilizar o Direito Penal como instrumento de estigmatização e moralização social.

## REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica**: do controle da violência à violência do controle penal. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- BARRE-SINOUSI, F. et al. Isolation of a T-lymphotropic retrovirus from a patient at risk for acquired immune deficiency syndrome (AIDS). **Science**, n. 220, p. 868-871, may 1983.
- BHASKARAN, K. et al. Changes in the risk of death after HIV seroconversion compared with mortality in the general population. *JAMA*, Chicago, Ill., n. 300 (1), p. 51-59, jul. 2008.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal 1** – parte geral. 17. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. São Paulo: Saraiva, 2012.
- \_\_\_\_\_. **Tratado de direito penal 2** – parte especial: dos crimes contra a pessoa. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- BOILY, M. C. et al. Heterosexual risk of HIV-1 infection per sexual act: systematic review and meta-analysis of observational studies. **Lancet Infect Dis**, n. 9, 2009.
- BOOTH, Hannah. “I knew I was HIV positive”: but Nadja Benaissa didn’t tell the men she slept with: and in Germany – where she was a member of the country’s most successful girl band – that is a crime: Hannah Booth on a very public downfall. **The Guardian**, 18 mar 2011.
- BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 31 dez. 1980 .
- \_\_\_\_\_. Lei nº 9.313, de 13 de novembro de 1996. Dispõe sobre a distribuição gratuita de medicamentos aos portadores do HIV e doentes de Aids. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 14 nov. 1996.
- \_\_\_\_\_. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 8 ago. 2006.

BRASIL. Secretaria de Vigilância em Saúde. Departamento de DST, AIDS e hepatites virais. **Boletim epidemiológico: AIDS e DST**, Brasília, v. 7, n. 1, jan./jun. 2010.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Protocolo de assistência farmacêutica em DST/HIV/Aids;** recomendações do Grupo de Trabalho de Assistência Farmacêutica. Brasília: Ministério da Saúde, 2010. (Série A. Normas e manuais técnicos).

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Departamento de Vigilância Epidemiológica. **Doenças infecciosas e parasitárias: guia de bolso**. 6. ed. rev. Brasília: Ministério da Saúde, 2005.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Guia de vigilância epidemiológica**. 7. ed. Brasília: Ministério da Saúde, 2009.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Programa Nacional de DST e AIDS. **Recomendações para terapia anti-retroviral em adultos infectados pelo HIV**. 7. ed. Brasília: Ministério da Saúde, 2008.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 98.712-SP**. Relator Min. Marco Aurélio. Primeira Turma. Julgamento: 05/10/2010.

\_\_\_\_\_. **Habeas corpus nº 131.480-SP**. Relator Min. Og Fernandes. Sexta Turma. Julgamento: 19/10/2010.

BUSATO, Paulo César. **Direito penal e ação significativa: uma análise da função negativa do conceito de ação em direito penal a partir da filosofia da linguagem**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

\_\_\_\_\_. Modernas teorias do delito: funcionalismo, significado e garantismo. In: \_\_\_\_\_. **Reflexões sobre o sistema penal do nosso tempo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**; volume II - parte especial: dos crimes contra a pessoa a dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos (arts. 121 a 212). 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

CENTERS for disease control and prevention. AIDS: the early years and CDC's response, **Morbidity and Mortality Weekly Report**, Atlanta, GA, v. 60, n. 2, supl. jan. 2011.

\_\_\_\_\_. Kaposi's sarcoma and Pneumocystis pneumonia among homosexual men — New York City and California, **Morbidity and Mortality Weekly Report**. Atlanta, GA, n. 30, 1981.

\_\_\_\_\_. Pneumocystis pneumonia — Los Angeles, **Morbidity and Mortality Weekly Report**, Atlanta, GA, n. 30, 1981.

COUTINHO, Leonardo. A roleta-russa da AIDS: nas festas do chamado *barebacking*, o risco de contrair a doença ajuda a aumentar o prazer. **Veja**, São Paulo, n. 1.767, 04 set. 2002.

CRUM, N. F. et al. Comparisons of causes of death and mortality rates among HIV-infected persons: analysis of the pre-, early, and late HAART (Highly Active Antiretroviral Therapy) eras. **J Acquir Immune Defic Syndr**, v. 41, n. 2, p. 194-200, mar. 2006.

DELMANTO, Celso et al. **Código penal comentado**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

DIP, Ricardo; MORAES JR., Volney Corrêa Leite de. **Crime e castigo**: reflexões politicamente incorretas. Campinas: Millennium, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FRANÇA, Leandro Ayres. **Inimigo ou a inconveniência de existir**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

\_\_\_\_\_; SAAVEDRA, Giovanni Agostini. **O tipo e o injusto**. No prelo.

GALLO, R. C. et al. Frequent detection and isolation of cytopathic retroviruses (HTLV-III) from patients with AIDS and at risk for AIDS, **Science**, n. 224, 1984.

GALVÃO, Fernando. **Direito penal**: parte geral. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GREEN, T. C. et al. Patterns of drug use and abuse among aging adults with and without HIV: a latent class analysis of a US Veteran cohort. **Drug Alcohol Dependence**, Limerick, Irlanda, v. 110, n. 3, Aug. 2010.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss de língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

JAKOBS, Günther. **Sociedade, norma e pessoa**: teoria de um direito funcional. Tradução de Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003. (Coleção Estudos de Direito Penal).

JAGGY, C. et al. Mortality in the Swiss HIV Cohort Study (SHCS) and the Swiss general population. **The Lancet**, London, n. 362, p. 877-8, sept. 2003.

JAIN, M. K. et al. Changes in mortality related to human immunodeficiency virus infection: comparative analysis of inpatient deaths in 1995 and in 1999-2000. **Clinical Infectious Diseases**, Chicago, Ill., n. 36, p. 1030-1038, apr. 2003.

JENSEN-FANGEL, S. et al. Low mortality in HIV-infected patients starting highly active antiretroviral therapy: a comparison with the general population. **AIDS**, London, v. 18, n. 1, p. 89-97, jan. 2004.

JESUS, Damásio E. **Direito penal**. São Paulo: Saraiva, 2001.

JOINT UNITED NATIONS PROGRAMME ON HIV/AIDS (UNAIDS) AND WORLD HEALTH ORGANIZATION (WHO). **AIDS epidemic update**. Geneva, 2009.

KASPER, Dennis L. et al. **Harrison medicina interna**. 16. ed. Rio de Janeiro: McGraw-Hill Interamericana do Brasil, 2006.

KOHLI, R. et al. Mortality in an urban cohort of HIV-infected and at-risk drug users in the era of highly active antiretroviral therapy. **Clinical Infectious Diseases**, Chicago, v.3, n. 41, p. 864-872, sept. 2005.

KRENTZ, H. B.; KIEWER, G.; GILL, M. J. Changing mortality rates and causes of death for HIV-infected individuals living in Southern Alberta, Canada from 1984 to 2003. **HIV Medicine**, n. 6, p. 99-106, mar. 2005.

LEWDEN, C.; SALMON, D.; MORLAT, P. Causes of death among human immunodeficiency virus (HIV)-infected adults in the era of potent antiretroviral therapy: emerging role of hepatitis and cancers, persistent role of AIDS. **International Journal of Epidemiology**, Oxford, England, v. 34, n. 11, p. 121-130, 2005.

LIMA, V. D. et al. Continued improvement in survival among HIV-infected individuals with newer forms of highly active antiretroviral therapy. **AIDS**, London, v. 21, n. 6, mar. 2007.

MARTÍNEZ, E. et al. Incidence and causes of death in HIV-infected persons receiving highly active antiretroviral therapy compared with estimates for the general population of similar age and from the same geographical area. **HIV Medicine**, n. 8, p. 251-258, 2007.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. **A concepção significativa da ação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

\_\_\_\_\_. La 'concepción significativa de la acción' de T. S. Vives y su correspondencia sistemática con las concepciones teleológico-funcionales del delito. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**, 01-13, 1999.

MAY, M et al. Impact of late diagnosis and treatment on life expectancy in people with HIV-1: UK Collaborative HIV Cohort (UK CHIC) Study. **British Medical Journal**, London, n. 3 43, 2011.

MILLS, E. J.; BAKANDA, C.; BIRUNGI, J. et al. Life expectancy of persons receiving combination antiretroviral therapy in low-income countries: a cohort analysis from Uganda. **Annals of International Medicine**, Philadelphia, Pa, n. 155, 2011.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código penal interpretado**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

\_\_\_\_\_. **Manual de direito penal**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MOCROFT, A. L. et al. Changing patterns of mortality across Europe in patients infected with HIV-1. **The Lancet**, London, n. 352, 1998.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Direito penal e controle social**. Tradução de Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MZILENE, M. O.; LONGO-MBENZA, B.; CHEPHE, T. J. Mortality and causes of death in HIV-positive patients receiving antiretroviral therapy at Tshepang Clinic in Doctor George Mukhari Hospital. **Pol Arch Med Wewn**, n. 118 (10), 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PACHECO, A. G et al. Increase in non-AIDS related conditions as causes of death among HIV-infected individuals in the HAART era in Brazil. **PLoS ONE**, San Francisco, CA, v. 3, n. 1, 2008.

PALELLA, F. J.; BAKER, R. K.; MOORMAN, A. C. et al. Mortality in the highly active antiretroviral therapy era: changing causes of death and disease in the HIV outpatient study. **Journal of Acquired Immune Deficiency Syndromes**, Hagerstown, n. 43, 2006.

PALELLA JR, F.J.; DELANEY, K. M.; MOORMAN, A. C. et al. Declining morbidity and mortality among patients with advanced Human Immunodeficiency Virus infection. **New England Journal of Medicine**, Waltham, Mass., n. 338, 1998.

PEÑARANDA RAMOS, Enrique; SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Un nuevo sistema del derecho penal**: consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho, 1999.

PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte especial (arts. 121 a 234). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**; volume 2 - parte especial: arts. 121 a 183. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. 2. ed. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

\_\_\_\_\_. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Teoria de pena**: fundamentos políticos e aplicação judicial. Curitiba: ICPC; Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SCHIMIDT, Andrei Zenkner. Aspectos jurídico-penais da transmissão da AIDS. **Revista Brasileira de Ciências Criminas**, São Paulo, v. 10, n 37, p. 209-234, jan./mar. 2002.

SHAKESPEARE, William. **The tragedy of Hamlet, prince of Denmark**. New York, London: Simon & Schuster Paperbacks, 2009.

SONTAG, Susan. **Illness as metaphor; and, AIDS and its metaphor**. New York: Anchor Books, Doubleday, 1990.

STERNE, J. A. C.; HERNÁN, M. A.; LEDERGERBER, B. et al. Long-term effectiveness of potent antiretroviral therapy in preventing AIDS and death: a prospective cohort study. **The Lancet**, London, n. 366, 2005.

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

THE ANTIRETROVIRAL THERAPY COHORT COLLABORATION. Life expectancy of individuals on combination antiretroviral therapy in high-income countries: a collaborative analysis of 14 cohort studies. **Lancet**, n. 372 (9635), 26 jul. 2008.

\_\_\_\_\_. Mortality of HIV-infected patients starting potent antiretroviral therapy: comparison with the general population in nine industrialized countries. **International Journal of Epidemiology**, Oxford, England, n. 38, 2009.

THE NOBEL Prize in Physiology or Medicine 2008. Disponível em: <[http://www.nobelprize.org/nobel\\_prizes/medicine/laureates/2008/](http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/medicine/laureates/2008/)>. Acesso em: 20 nov. 2011.

US FOOD AND DRUG ADMINISTRATION. **HIV/AIDS historical time line 1981-1990**

Disponível em: <<http://www.fda.gov/ForConsumers/ByAudience/ForPatientAdvocates/HIVandAIDSActivities/ucm151074.htm>>. Acesso em: 21 nov. 2011.

VAN-SIGHEM, A.; DANNER, S.; GHANI, A. C. et al. Mortality in patients with successful initial response to highly active antiretroviral therapy is still higher than in non-HIV-infected individuals. **Journal of Acquired Immune Deficiency Syndromes**, Hagerstown, MD, n. 40, 2005.

WAWER, M. J.; GRAY, R. H.; SEWANKAMBO, N. K. et al. Rates of HIV-1 transmission per coital act, by stage of HIV-1 infection, in Rakai, Uganda. **The Journal of Infectious Diseases**, Cary, NC, n. 191, 2005.

YANG, C. H.; HUANG, Y. F.; HSIAO, C. F. et al. Trends of mortality and causes of death among HIV-infected patients in Taiwan, 1984-2005. **HIV Medicine**, n. 9, 2008.

ZAFFARONI, Eugénio Raúl et al. **Direito penal brasileiro**; volume 2 - teoria do delito; introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade. Rio de Janeiro: Revan, 2010.