

05/10/2010

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 98.712 SÃO PAULO

RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO
PACTE.(S) : JAYR GALHARDO JÚNIOR
IMPTE.(S) : MARCOS ROBERTO BONI
COATOR(A/S)(ES) : RELATOR DO Hc Nº 131.480 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MOLÉSTIA GRAVE – TRANSMISSÃO – HIV – CRIME DOLOSO CONTRA A VIDA *VERSUS* O DE TRANSMITIR DOENÇA GRAVE. Descabe, ante previsão expressa quanto ao tipo penal, partir-se para o enquadramento de ato relativo à transmissão de doença grave como a configurar crime doloso contra a vida. Considerações.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal em deferir, em parte, o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto do relator e por unanimidade, em sessão presidida pelo Ministro Ricardo Lewandowski, na conformidade da ata do julgamento e das respectivas notas taquigráficas.

Brasília, 5 de outubro de 2010.

MINISTRO MARCO AURÉLIO – RELATOR



HABEAS CORPUS 98.712 SÃO PAULO

RELATOR : **MIN. MARCO AURÉLIO**
PACTE. (S) : **JAYR GALHARDO JÚNIOR**
IMPTE. (S) : **MARCOS ROBERTO BONI**
COATOR(A/S) (ES) : **RELATOR DO HC N° 131.480 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

R E L A T Ó R I O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Adoto, a título de relatório, as informações prestadas pela Assessoria:

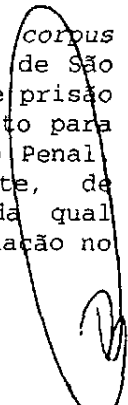
Na decisão que implicou o indeferimento da medida liminar, a espécie ficou assim resumida (folha 336 a 338):

**IMPETRAÇÕES SUCESSIVAS -
EXCEPCIONALIDADE NÃO
CONFIGURADA - LIMINAR
INDEFERIDA.**

1. Eis como a Assessoria retratou esta impetração:

Ao paciente é imputada a prática de tentativa de homicídio, porque, sabendo-se portador do vírus HIV, teria mantido, em épocas distintas, relacionamento amoroso e sexual com três mulheres, de quem, deliberadamente, ocultara a doença. A Juíza de Direito da Comarca de Cosmópolis, Estado de São Paulo, recebeu a denúncia em 18 de dezembro de 2008 e, acolhendo as razões da representação do Ministério Público como fundamento, decretou a prisão preventiva do acusado.

A defesa impetrou *habeas corpus* perante o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, visando à revogação do decreto de prisão preventiva e a desclassificação do delito para o tipo previsto no artigo 131 do Código Penal. Sustentou que a conduta do paciente, de transmitir a outrem moléstia grave da qual estava contaminado, não encontrava adequação no



HC 98.712 / SP

disposto no artigo 121 do Código Penal. A ordem foi indeferida. Houve interposição de recurso ordinário para o Superior Tribunal de Justiça - o de nº 131.480. O Ministro Og Fernandes não concedeu a liminar, assentando confundir-se o pleito alusivo à desclassificação do delito com o mérito da impetração (folha 13).

Este habeas volta-se contra esse ato. O impetrante reitera a tese da impropriedade do enquadramento legal da conduta praticada pelo paciente, afirmando que os fatos se amoldam ao artigo 131 do Código Penal - praticar, com o fim de transmitir a outrem moléstia grave de que está contaminado, ato capaz de produzir o contágio. Pedes a desclassificação do delito. Acrescenta ser insubsistente o decreto de prisão preventiva, por não estar demonstrada a presença dos requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal.

Busca a concessão de liminar para determinar-se a expedição de alvará de soltura em favor do paciente. No mérito, pleiteia a confirmação da providência e a desclassificação do delito imputado para o do artigo 131 do Código Penal.

Diante da deficiência da instrução processual, foram solicitadas informações à autoridade apontada como coatora, ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e ao Juízo da Comarca de Cosmópolis/SP. O Ministro Og Fernandes esclareceu ter indeferido a liminar por não estar suficientemente instruído o processo e o pedido cautelar confundir-se com o mérito da controvérsia (folha 99 a 101). O Tribunal de Justiça enviou os documentos de folha 125 a 331, concernentes à impetração que teve curso naquela Corte. O Juízo Criminal, às folhas 103 e 104, discorreu sobre a tramitação do processo-crime, noticiando haver proferido sentença de pronúncia em 11 de maio de 2009, não tendo facultado ao paciente o direito de recorrer em liberdade. Na oportunidade, o magistrado remeteu cópia da denúncia, do pedido de prisão preventiva e da decisão mediante a qual foi determinada a medida.

Na petição requerendo a prisão cautelar do paciente, o Ministério Público estadual destacou a presença da materialidade do delito e de indícios da autoria. Anotou cuidar-se da prática de três crimes hediondos, a gerar clamor na comunidade. Ressaltou a necessidade de preservar a integridade das testemunhas do crime - pessoas que mantiveram relacionamento estreito com o paciente -,

HC 98.712 / SP

evitando-se a submissão a coações. Acrescentou revelar a conduta do denunciado que, estando este em liberdade, colocaria em risco a comunidade local, "por ser useiro e vezeiro em ocultar a doença que lhe acomete, transmitindo indiscriminadamente o vírus do HIV para as mulheres com que se relaciona" (folha 111). Esses argumentos foram acolhidos pelo Juízo Criminal, determinando-se a custódia para garantir a ordem pública e a conveniência da instrução criminal bem como assegurar a aplicação da lei penal (folha 112). Na sentença de pronúncia, ficou expresso que "o acusado vem respondendo preso ao processo e, assim, deverá permanecer eis que presentes os requisitos ensejadores" (folha 119).

2. A atuação do relator, considerado indeferimento de liminar na origem, presente impetração, pressupõe excepcionalidade maior. Isso não ocorre na espécie. Na decisão formalizada no *Habeas Corpus* nº 131.480, em curso no Superior Tribunal de Justiça, consignou-se não só a deficiência da instrução do processo como também o fato de o pedido de medida acauteladora, no que pretendida a desclassificação, confundir-se com o próprio mérito da impetração. Vale frisar que o pleito alusivo à liberdade do paciente parte, de início, da óptica sobre a boa procedência da desclassificação buscada.

3. Indefiro a liminar.

4. Colham o parecer da Procuradoria Geral da República.

5. Publiquem.

Brasília - residência -, 29 de junho de 2009, às 19h45.

A Procuradoria Geral da República, no parecer de folha 350 a 352, levanta o óbice presente no Verbete nº 691 da Súmula desta Corte, sob pena de supressão de instância. Ressalta não se tratar de hipótese a revelar excepcionalidade suficiente a admitir-se temperamento na aplicação do verbete, considerado o pronunciamento do Superior Tribunal de Justiça de que a medida acauteladora confunde-se com o mérito da impetração. Manifesta-se pelo não conhecimento da ordem.

Consulta ao sítio do Superior Tribunal de Justiça, em 19 de abril de 2010, revela que o *Habeas Corpus* nº 131.480 foi remetido à conclusão em 6 de abril de 2010, com parecer do Ministério Público Federal.

HC 98.712 / SP

Lancei visto no processo em 19 de abril de 2010, liberando-o para ser julgado na Turma a partir de 27 seguinte, isso objetivando a ciência do impetrante.

É o relatório.



HC 98.712 / SP

V O T O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - Reitero a necessidade de compatibilizar-se o Verbete nº 691 da Súmula do Supremo com a Constituição Federal. Para que o *habeas corpus* se mostre adequado, é suficiente apontar-se, como causa de pedir, ato ilegal e ter-se, de alguma forma, cerceada a liberdade de ir e vir quer na via direta, quer na indireta. O presente caso retrata inconformismo quanto à prisão preventiva e, também, à circunstância de haver-se enquadrado o procedimento do paciente, que sabia ser portador de moléstia grave contagiosa, como a revelar tentativa de homicídio. A denúncia foi recebida e já se tem, a esta altura, sinalizada a realização do júri. Então, em prol da segurança jurídica, impõe-se enfrentar a matéria de fundo no que se alude ao enquadramento da prática delituosa no artigo 131 e não 121 do Código Penal e ainda se diz da insubsistência da preventiva. Admito a impetração.

No mais, relativamente à custódia cautelar, vê-se que se mostrou baseada em ameaça do paciente a uma das vítimas caso divulgasse ser ele portador da AIDS. Confirmam não só com a representação tomada de empréstimo como razões de decidir para decretar-se a preventiva, mas também com a própria sentença de pronúncia (folha 275): [...] "Inconformado, o averiguado vem a ameaçando, constando do BO 4179/08, que em 3 de outubro do corrente,

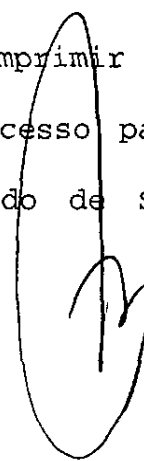
HC 98.712 / SP

ele telefonou para a residência da vítima dizendo que 'quem não presta é a vítima e se ela não ficar com a boca fechada, vai lhe bater'." Na sentença de pronúncia, tem-se a seguinte notícia: "foi então que passou a ser ameaçada pelo réu, que lhe dizia que iria agredi-la caso espalhasse a notícia de que ele era soro positivo". Então, a preventiva fez-se baseada no comportamento do próprio acusado, que se mostrou agressivo com uma das vítimas.

Resta a questão alusiva à submissão do paciente ao Tribunal do Júri. Observem a interpretação sistemática. Descabe cogitar de tentativa de homicídio na espécie, porquanto há tipo específico considerada a imputação - perigo de contágio de moléstia grave. Verifica-se que há, até mesmo, presente o homicídio, a identidade quanto ao tipo subjetivo, sendo que o do artigo 131 é o dolo de dano, enquanto, no primeiro, tem-se a vontade consciente de matar ou assunção de risco de provocar a morte. Descabe potencializar este último a ponto de afastar, consideradas certas doenças, o que dispõe o artigo 131: "Praticar, com o fim de transmitir a outrem moléstia grave de que está contaminado, ato capaz de produzir o contágio". Admita-se, como o fez o próprio acusado, a existência da moléstia grave e o fato de havê-la omitido. Esses elementos consubstanciam não o tipo do artigo 121 do Código Penal, presente até mesmo dolo eventual, mas o específico do artigo 131. Frise-se, por oportuno, que as vítimas mantiveram relação com o paciente, que se mostrou até certo ponto estável.

HC 98.712 / SP

Concedo parcialmente a ordem para imprimir a desclassificação do delito e determinar o envio do processo para distribuição a uma das varas criminais comuns no Estado de São Paulo.



27/04/2010

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 98.712 SÃO PAULO

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Senhor Presidente, ponho-me de acordo com o eminente Relator.

Realmente, há tipo específico, que é o perigo de contágio de moléstia grave, mas não vejo como se estabelecer, então, a imputação de tentativa de homicídio por transmissão dessa moléstia.

Por isso, acompanho o eminente Relator.

27/04/2010

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 98.712 SÃO PAULO

VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Presidente, eu também, neste caso, supero - no que normalmente sou mais rigorosa quanto à Súmula 691 -, mas tenho que o Ministro Relator deixou claríssimo que aqui há um risco iminente: que é ele se submeter ao júri, que é específico, um julgamento específico, por um órgão específico, para um determinado tipo de crime, sendo que o Ministro Relator demonstrou que aqui haveria uma teratologia.

Por essas razões, eu supero a 691 e, neste caso, acompanho o Relator.

27/04/2010

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 98.712 SÃO PAULO

RELATOR : **MIN. MARCO AURÉLIO**
PACTE.(S) : **JAYR GALHARDO JÚNIOR**
IMPTE.(S) : **MARCOS ROBERTO BONI**
COATOR(A/S)(ES) : **RELATOR DO Hc Nº 131.480 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

DEBATE

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.

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 MINISTRO AYRES BRITTO - Então, Senhor Presidente, ainda um pouco desconfortado, do ponto de vista intelectual, com todas essas circunstâncias. Mas o eminente Relator diz bem, a AIDS hoje comporta um tratamento que prolonga e muito a vida daquele que a contrai.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - Estabelecer uma distinção onde o preceito não estabelece no campo

HC 98.712 / SP

penal?

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - É, mas é matéria penal e, de fato, fica meio forçado considerar a classificação jurídica como tentativa de homicídio.

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.

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

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.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - Como o ordenamento é o brasileiro, não o americano.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Então, eu suspendo o voto que avancei, peço vênia ao eminente Relator e aos demais Ministros e vou pedir vista do processo.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Interessante, aqui, ademais, nós desenvolvemos com grande sucesso um coquetel de medicamentos específicos para esse tipo de moléstia.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - O Brasil avançou muito no combate a esse tipo de moléstia.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Lembro-me em São Paulo, quando era desembargador, consegui muitas liminares para que os aidéticos pudessem obter do SUS diretamente, o mais rapidamente possível, esse tipo de medicamento.

###

PRIMEIRA TURMA

EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS 98.712

PROCED. : SÃO PAULO

RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO

PACTE.(S) : JAYR GALHARDO JÚNIOR

IMPTE.(S) : MARCOS ROBERTO BONI

COATOR(A/S)(ES) : RELATOR DO HC Nº 131.480 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decisão: Após os votos dos Ministros Marco Aurélio, Relator, e Dias Toffoli, e da Ministra Cármen Lúcia, que conheciam do pedido de *habeas corpus* e deferiam, em parte, a ordem, pediu vista do processo o Ministro Ayres Britto. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. 1ª Turma, 27.04.2010.

Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes à Sessão os Ministros Marco Aurélio, Ayres Britto, a Ministra Cármen Lúcia e o Ministro Dias Toffoli.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Paulo de Tarso Braz Lucas.

Fabiane Duarte
Coordenadora

05/10/2010

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 98.712 SÃO PAULO

VOTO - VISTA

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO: Trata-se de *habeas corpus*, aparelhado com pedido de medida liminar, impetrado contra decisão singular de ministro do Superior Tribunal de Justiça (HC 131.480). Decisão que indeferiu medida liminar ali requestada.

2. Pois bem, na sessão de 27 de abril de 2010, o relator, Ministro Marco Aurélio, votou pela concessão parcial da ordem, sob o fundamento de que “*descabe cogitar de tentativa de homicídio na espécie, porquanto há tipo específico considerada a imputação – perigo de contágio de moléstia grave*”. No que foi acompanhado pelos Ministros Dias Tofoli e Carmem Lúcia.

3. Para firmar minha convicção sobre o tema da capitulação jurídica da conduta supostamente protagonizada pelo paciente, pedi vista desta ação constitucional. E o que noticiam os autos? Noticiam que J.G.J se acha pronunciado por duas tentativas de homicídio qualificado e uma tentativa de homicídio simples. Delitos que a denúncia assim descreve:

[...]

Apesar do pleno conhecimento da doença fatal que o acometia, o denunciado, no ano de 2001, iniciou um relacionamento amoroso com a vítima D., omitindo-lhe ser portador do vírus HIV.

Mesmo sem ter conhecimento da doença de J., D. sempre exigiu o uso de preservativos durante as relações sexuais, sendo certo que em determinada noite, enquanto dormia, J. manteve com ela relações sem preservativo. Ao acordar, a vítima discutiu com o denunciado e passou a desconfiar de suas atitudes.

[...] já no ano de 2002, J. iniciou namoro com a vítima C.G, a quem também ocultou o fato de ser soropositivo.

No início, as relações sexuais sempre ocorriam com o uso de preservativo, sendo certo que J. dizia a C.G que não tinha nenhuma doença, tentando convencê-la a abdicar da precaução.

[...]

HC 98.712 / SP

Após muita insistência de J., C.G com ele manteve uma relação sexual sem preservativo, quando foi infectada pelo vírus do HIV.

[...]

É sabido, ainda, que entre os anos de 2005 e 2006, o denunciado manteve um relacionamento com A.G, a qual, sabendo ser ele soropositivo, sempre se recusou a manter relações sexuais sem preservativo.

Todavia, já no final do ano de 2006, em uma noite em que o pai da vítima havia viajado e esta, por conseqüência, estava sozinha em casa, J. por lá apareceu e a surpreendeu dizendo que queria fazer sexo sem camisinha, o que a vítima recusou. Por conta da recusa, houve agressões físicas recíprocas, sendo certo que J. tentava manter relações sexuais contra a vontade da vítima, mandando-a deitar e dizendo que não agüentava mais 'transar com camisinha' bem como que 'daquele dia não passava'. A vítima conseguiu se desvencilhar e rompeu o relacionamento" (fls. 30/33).

4. Em seu interrogatório, o paciente disse que:

"[...] manteve relacionamentos sexuais com as vítimas, sabendo ser portador e sem o uso de preservativos. Afirma que as amava e queria sentir o corpo delas. Com a vítima D. manteve uma única relação sem preservativo, ejaculando para fora. Com a vítima C. manteve um ano de relacionamento com o uso de preservativo. Após este período passou a manter alguns relacionamentos sem o preservativo, acreditava que caso ejaculasse para fora não a estaria contaminando. [...] Não revelou a D. e C. que era portador do vírus [...]" (fls. 81-verso)

5. A decisão de pronúncia, a seu turno, está embasada nos depoimentos das vítimas, *verbis*:

"A vítima C.G, ao ser ouvida em Juízo, declarou ter mantido relacionamento amoroso com o réu desde o ano de 2001, sendo certo que no início ele usava preservativos nas relações sexuais mas, após saber que a vítima havia realizado

HC 98.712 / SP

cirurgia de laqueadura, abdicou da cautela. O réu era magro e apresentava feridas na boca, mas sempre enfatizava ter uma saúde perfeita. Durante o relacionamento, notava que parentes e ex-companheiras do réu, olhavam-na de modo estranho, até que a vítima D. , ex-companheira dela, advertiu-a sobre a doença. Cobrou-o a respeito do fato, e ele passou a se recusar a fazer exames, chegando até a levar terceira pessoa para fazê-los em seu lugar. A vítima descobriu que havia sido contaminada. Ainda assim, a vítima aceitou o réu consigo, mas ele passou a ofendê-la, humilhá-la e, enfim, terminar o relacionamento.

[...]

Igualmente, a vítima D. declarou ter vivido em união estável com o acusado, sendo que iniciou o relacionamento em 2000. Em todas as relações que teve com o acusado, ambos se preveniram, no entanto, certa noite, acordou e percebeu que o acusado estava mantendo relações consigo, contra sua vontade e sem preservativo e, como já ouvira boatos de que J. era soropositivo, rompeu o relacionamento.

[...]

Por fim, a vítima A. declarou que viveu em união estável com o acusado, sendo que antes de iniciarem qualquer relação sexual, o réu lhe informou ser portador do vírus HIV, de modo que sempre utilizavam preservativos.

O réu, contudo, chegou a lhe perguntar se teria coragem de ter relações sem preservativos, sendo certo em determinado dia, após uma festa, sob os efeitos de bebidas alcoólicas, o acusado a surpreendeu, novamente, fazendo o mesmo questionamento, mandando-a deitar na cama e pretendendo forçá-la a ter relação sexual sem o uso de preservativo, porém conseguiu se desvencilhar [...].

[...]

“O acusado, sabendo ser portador de doença ainda considerada fatal, manteve relações sexuais com duas das vítimas, sem o uso de preservativos, sem adverti-las sobre seu estado de saúde. Desta forma, claros são os indícios de autoria, a justificar a pronúncia do acusado.” (fls. 118)

HC 98.712 / SP

6. Muito bem. Começo por dizer que a temática do contágio pelo vírus HIV é estranha, em linha de princípio, ao Direito Penal. Direito Penal que só é de intervir naquelas situações em que a transmissão se deu de forma consciente e dolosa, pois

“A norma penal não é o começo da socialização, mas a sua culminação. Não é todo o controle social, nem sequer é sua parte mais importante; é, mais propriamente, como diz Muñoz Conde, a parte visível de um iceberg, em que o que não se vê (as outras instâncias formais e informais de controle) é talvez o que realmente importa, mesmo porque a norma penal não cria valores, nem constitui um sistema autônomo de motivação do comportamento humano. (...) Logo, o direito penal – parte da artilharia pesada do Estado – só tem sentido se se considera como continuação de um conjunto de instituições, públicas ou privadas, cuja tarefa consiste, igualmente, em socializar e educar para a convivência os indivíduos, por meio da aprendizagem e da internalização de certas pautas de comportamentos (...)” (Queiroz, Paulo. Direito Penal. Introdução crítica, São Paulo: Saraiva, 2001, p. 09.)

7. Noutro falar, a criminalização da transmissão do HIV é de ser orientada pelos clássicos princípios penais da subsidiariedade e da lesividade. Pelo que o necessário controle estatal dos casos de contágio do vírus HIV tem nas políticas públicas de conscientização, prevenção e tratamento da doença o seu *locus* central. E eu digo isso porque países que, no final da década de 1980 - diante da expansão e da então força arrasadora da doença - optaram por criminalizar a transmissão (e até mesmo o risco não intencional de contágio) da doença, hoje revêem suas políticas.

8. No Brasil, a criminalização da transmissão intencional do vírus HIV não se dá em tipo penal específico. É falar: não há em nossa legislação figura delituosa que trate, exclusivamente, da transmissão não acidental do vírus da AIDS. E esse quadro se repete em diversos países do ocidente. Segundo o relatório “*Criminalisation of HIV transmission in*

HC 98.712 / SP

Europe: A rapid scan of the laws and rates of prosecution for HIV transmission within signatory States of the European Convention of Human Rights”:

“[...]

In some countries, prosecution for the transmission of HIV could be brought under more than one law, transcending this categorization. The three categories and their variations were:

Transmission of contagious diseases/sexually transmitted infection/ causing injury to health:

Transmission of contagious diseases/ sexually transmitted infection/ causing injury to health

Austria – endangerment by transferable disease

Belgium – causing sickness

Bosnia and Herzegovina – transmission of communicable disease

Croatia – infecting with a venereal disease

Czech Republic – transmission of disease

Estonia – causing health damage

Iceland – spreading contagious disease

Ireland – serious harm

Liechtenstein – endangerment through disease

Lithuania – made ill or injured

Netherlands – cause detrimental effect on someone’s health

Portugal – offend the health

Sweden – causing disease

Switzerland - spreading human diseases

Bodily harm/ Assault/ Grievous bodily harm/ Aggravated assault

Croatia – inflict serious bodily injury

Finland – assault, aggravated assault

France – bodily harm

Germany – bodily injury, dangerous bodily injury, serious bodily injury

HC 98.712 / SP

Hungary – bodily harm.
Liechtenstein - bodily harm, grievous bodily harm.
Netherlands - grievous bodily harm.
Sweden – assault, bodily injury
Switzerland - grievous bodily harm.
United Kingdom - inflicting grievous bodily harm.

Manslaughter / Killing/ Poisoning/ Homicide

Finland – manslaughter, killing, homicide
France – poisoning
Sweden – mortal danger

9. Muito bem. Na doutrina pátria, encontrei entendimentos diversos sobre a capitulação jurídica da conduta em causa. De modo geral, as tentativas dogmáticas de adequação típica da transmissão intencional do HIV seguem as categorias citadas na transcrição acima. Ou seja: perigo de contágio de moléstia grave, lesões corporais gravíssimas e, em menor número, homicídio (consumado ou tentado).

10. Para Guilherme de Souza Nucci (*Código Penal Comentado*, 10. Ed. São Paulo: RT, 2010, p. 658), *“quando o agente buscar transmitir o vírus da AIDS, propositadamente, pela via da relação sexual ou outra admissível (ex: atirando sangue contaminado sobre a vítima), deve responder por tentativa de homicídio ou homicídio consumado (conforme o resultado atingido).”*

11. Posição diametralmente oposta é a de Andrei Zenkner Schimidt, para quem, *“quando o portador do vírus omite conscientemente essa sua condição para as pessoas que praticam, com ele, atos capazes de produzir o contágio, sem a devida proteção, ou quando o infectado obriga, moral ou materialmente, a vítima não-infectada a expor-se a arriscada aventura, ou induz a erro (...) tendo em vista a atuação finalisticamente orientada à transmissão da doença, deve haver imputação do delito de lesão corporal qualificada por enfermidade incurável, na forma do art. 129, § 2º, II, do CP brasileiro.”* (In: Aspectos Jurídico-Penais da transmissão da AIDS. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 37, ano 10, jan/mar. 2002, p. 231.)

12. Refutando também a possibilidade de enquadramento da

HC 98.712 / SP

transmissão dolosa do vírus HIV como homicídio doloso, o professor Juarez Tavares (*Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 290) leciona que:

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

[...]

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

13. Já no entendimento do relator deste *habeas corpus*, Ministro Marco Aurélio, estará o paciente, se provados os fatos, incurso no artigo 131 do Código Penal. Segundo Sua Excelência,

“Descabe cogitar de tentativa de homicídio na espécie, porquanto há tipo específico considerada a imputação - perigo de contágio de moléstia grave. Verifica-se que há, até mesmo, presente o homicídio, a identidade quanto ao tipo subjetivo, sendo que o do artigo 131 é o dolo de dano, enquanto, no primeiro, tem-se a vontade consciente de matar ou assunção de risco de provocar a morte. Descabe potencializar este último a ponto de afastar, consideradas certas doenças, o que dispõe o artigo 131: “Praticar, com o fim de transmitir a outrem moléstia grave de que está contaminado, ato capaz de produzir o contágio”. Admita-se, como o fez o próprio acusado, a existência da moléstia grave e o fato de havê-la omitido. Esses elementos consubstanciam não o tipo do artigo 121 do Código Penal, presente até mesmo dolo eventual, mas o específico do artigo 131. Frise-se, por oportuno, que as vítimas mantiveram relação com o paciente, que se mostrou até certo ponto estável.”

14. O dilema hermenêutico é patente. Em primeiro lugar, porque nos

HC 98.712 / SP

três delitos acima referidos, o dolo é sempre de dano. Ou seja, a vontade do agente extrapola a simples criação de uma situação de risco e alcança a efetiva lesão ao bem jurídico tutelado.

15. Acresce que, se examinarmos o tema da transmissão dolosa do HIV pelos resultados que dela podem advir, conseguiremos enquadrá-la em qualquer um dos três tipos penais retromencionados. Veja-se: a) no caso do artigo 131, a efetiva transmissão da doença grave é considerada o exaurimento do fato típico; b) no caso da lesão corporal gravíssima, o contágio implicará uma debilidade crônica do organismo da vítima. Debilidade que, apesar de amenizada por via medicamentosa, é incurável; c) no caso do homicídio, mesmo atentando-se para a possibilidade de sobrevivência em função de coquetel antirretroviral, a morte da vítima pode ser consequência da doença.

16. Sucede que, dentro da sistemática finalista adotada pelo Código Penal Brasileiro, a adequação típica está vinculada à ação ou omissão orientada para o resultado, devido a que *“o injusto não é produzido pela simples causalidade, mas somente como obra de uma determinada pessoa, tendo em vista seus objetivos, motivos ou deveres para com o fato, que apresentam a mesma importância para o injusto que a lesão efetiva de bens jurídicos.”* (TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 238-239.) Daí porque tenho que a controvérsia é de ser resolvida com a *máxima* do finalismo penal, expressa na chamada *“intenção do agente”*; ou seja, fosse o propósito do agente apenas transmitir o vírus do HIV, o crime seria o do art. 131 do CP; fosse a intenção do réu ofender a integridade física das vítimas, o delito seria o do inciso II do § 2º do art. 129 do CP; enfim, fosse o intento do autor da ação matar as vítimas, estaria configurado o homicídio (tentado ou consumado).

17. Dito isto, avanço para anotar que a desclassificação da conduta submetida ao rito dos crimes dolosos contra a vida só é de operar, segundo a lição de Guilherme de Souza Nucci (São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 88/89):

“[...] em caso de cristalina certeza quanto à ocorrência de crime diverso daqueles previstos no art. 74, § 1º, do Código de

HC 98.712 / SP

Processo Penal (homicídio doloso, simples ou qualificado; induzimento, instigação ou auxílio a suicídio; infanticídio ou aborto). Outra solução não pode haver, sob pena de se ferir dois princípios constitucionais: a soberania dos veredictos e a competência do júri para apreciar os delitos dolosos contra a vida.

A partir do momento em que o juiz togado invadir seara alheia, ingressando no mérito do elemento subjetivo do agente, para afirmar ter ele agido com *animus necandi* (vontade de matar) ou não, necessitará ter lastro suficiente para não subtrair, indevidamente, do Tribunal Popular a competência constitucional que lhe foi assegurada. É soberano, nessa matéria, o povo para julgar seu semelhante, razão pela qual o juízo de desclassificação merece sucumbir a qualquer sinal de dolo, direito ou eventual, voltado à extirpação da vida humana.”

18. Com efeito, considerando o quadro fático assentado pelas instâncias precedentes, tenho que o caso é da excepcional desclassificação das condutas debitadas ao paciente. Isso porque é possível concluir pela ausência de *animus necandi* dele, paciente.

19. Por outra volta, não tenho como aderir à proposta inicial do Ministro relator. Proposta no sentido da imediata desclassificação para o delito de contágio de doença grave (art. 131 do CP). É que o referido tipo penal absorve, como exaurimento da conduta delitiva, tão somente a lesão corporal de natureza leve.

20. Presente esta moldura, voto pela concessão parcial da ordem. Isto para o fim de excluir, no caso, a classificação das condutas imputadas ao paciente como homicídio tentado. Remetendo ao Juízo competente o exame do enquadramento da conduta.

É como voto.

05/10/2010

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 98.712 SÃO PAULO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Senhor Presidente, atuando como relator – já que vai algum tempo do voto proferido –, os fatos são incontroversos. O paciente manteve relação, que se apontou como estável, de dois, três anos com as vítimas e sempre transava com preservativo. Certa noite, por isso ou por aquilo – e há um ditado que não se pode chupar bala com o papel –, ele, aproveitando-se do sono das vítimas, manteve conjunção sem o preservativo.

Indaga-se: que crime haveria cometido? Claro que ele atuou, se procedente a imputação, com dolo. Mas teria a vontade consciente – se teve, está a merecer até a excomunhão maior, o Inferno de Dante – de matar ou a assunção de risco de provocar a morte? Ou teria ele adentrado o campo do dolo de dano? Aqui, também vê-se uma situação jurídica que se resolve pelo critério da especialidade. Há um tipo específico, o do artigo 131 do Código Penal – vamos rememorar apenas para efeito de documentação –, segundo o qual não é nem doença venérea.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO – Contágio de doença grave.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) –

"Art. 131 - Praticar, com o fim de transmitir a outrem" - não sei nem se houve esse fim; claro que ele assumiu o risco - "moléstia grave de que está contaminado, ato capaz de produzir o contágio: (...)".

Não posso plácitar a conclusão de que teria havido a tentativa de homicídio. Seria partir para o campo do extravagante, do excepcional, olvidando até mesmo a existência de um tipo – repito – específico. Esse caso é de laboratório, é para estudo nos núcleos de prática forense. Teria

HC 98.712 / SP

havido.

Peço vênia, Presidente, para persistir e não deixar essa matéria – já que passou batida pelo Juiz-Presidente, sumariante, do tribunal do júri – de importância maior ao crivo de leigos, ao crivo dos jurados.

Concedo a ordem.

05/10/2010

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 98.712 SÃO PAULO

ESCLARECIMENTO

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Senhor presidente, só pra deixar claro. Se me fosse dado desclassificar o delito, eu desclassificaria para "lesão corporal qualificada pela enfermidade incurável"; não propriamente a do art. 131, "perigo de contágio de doença grave".

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Pois não.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Agora, estou entendendo que, pela via do *habeas corpus*, não tenho como desclassificar o crime constante da pronúncia.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - São incontroversos.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - São incontroversos.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - Claro que não posso colocar o paciente num divã e perceber qual teria sido a intenção dele. Mas presumo que tenha sido um prazer maior na relação sexual.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

De qualquer sorte, podemos, pela conduta que ele teve, concluir pelo que ele não fez: ele não pegou uma faca, não pegou uma arma enquanto as vítimas dormiam, nem atentou, fisicamente, contra a vida delas. Ele manteve relação sexual.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Ele forçou a relação, mas sem usar de arma.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

De violência, de arma.

HC 98.712 / SP

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Agora, ele sabia que era portador do vírus.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Sabia que era portador do HIV.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Isso também é estreme de dúvidas. Julgo com esses fatos, para concluir que, no caso, incide o artigo 131, e não o 121 do Código Penal.

05/10/2010

PRIMEIRA TURMA

HABEAS CORPUS 98.712 SÃO PAULO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Eu estaria inclinado a acompanhar o ministro Ayres Britto e desclassificar para a conduta tipificada no art. 129, § 2º, inciso II, que diz o seguinte:

"Art. 129 - Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem".

Há a saúde. Exatamente.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Com a qualificação da doença incurável.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - E aí realmente se resulta, inciso II, § 2º, enfermidade incurável. Quer dizer, nós temos fatos incontroversos nos autos, ou seja, o paciente era portador de HIV. Conscientemente manteve relações sexuais com três vítimas.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Contaminou as três.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Contaminou as três. Também é um fato que está nos autos.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - Poderia não ter contaminado!

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Mas contaminou. Esse é o resultado, porque aqui, o Código Penal, no artigo 129, diz: "se resulta". E resultou. Esse é um fato incontroverso. Portanto, e outro, o que é incontroverso é que, até hoje...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) - Presidente, podemos chegar a um denominador comum, afastando a tentativa de homicídio, e deixar que o Juiz de Direito, competente, julgue

HC 98.712 / SP

– já que não estará vinculado sequer à classificação apontada pelo Ministério Público – segundo os fatos coligidos no processo-crime e a imputação.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Acho que essa é uma solução razoável, porque, realmente, no atual estágio da ciência, a enfermidade é incurável, quer dizer, ela não só é grave, nos termos do artigo 131, como também é incurável.

Então, se Vossa Excelência me permitir, eminente Relator, eu proclamaria o resultado no seguinte sentido: conheceram...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Penso que Vossa Excelência pode proclamar como está na conclusão do meu voto:

Concedo parcialmente a ordem para imprimir a desclassificação do delito e determinar o envio do processo para distribuição a uma das varas criminais comuns no Estado de São Paulo.

E fica consignado que não há vinculação ao móvel da desclassificação, mesmo porque – e o Código de Processo Civil é aplicável subsidiariamente – os motivos, ainda que determinantes da sentença, não fazem coisa julgada.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - E vejo também que Vossas Excelências conheceram do feito porque, na verdade, nós estamos superando a Súmula 691.

Vossa Excelência amolda também a esse entendimento, Ministro?

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Eu tenho dificuldade em desclassificar pela via do **habeas corpus**, mas, em busca de um consenso, de uma decisão colegiada consensual, o Ministro Marco Aurélio não faz a desclassificação para o delito de lesão corporal?

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (PRESIDENTE) - Deixa em aberto.

HC 98.712 / SP

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – A conclusão do voto é para remeter ao Juízo comum.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Ao juízo comum, tirando do júri.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Em busca do consenso, eu adiro ao voto do Relator.

PRIMEIRA TURMA

EXTRATO DE ATA

HABEAS CORPUS 98.712

PROCED.: SÃO PAULO

RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO

PACTE.(S): JAYR GALHARDO JÚNIOR

IMPTE.(S): MARCOS ROBERTO BONI


COATOR(A/S)(ES): RELATOR DO HC Nº 131.480 DO SUPERIOR
TRIBUNAL DE
JUSTIÇA

Decisão: Após os votos dos Ministros Marco Aurélio, Relator, e Dias Toffoli, e da Ministra Cármen Lúcia, que conheciam do pedido de *habeas corpus* e deferiam, em parte, a ordem, pediu vista do processo o Ministro Ayres Britto. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. 1ª Turma, 27.04.2010.

Decisão: A Turma deferiu, em parte, o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator. Unânime. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. 1ª Turma, 05.10.2010.

Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Presentes à Sessão o Ministro Marco Aurélio, a Ministra Cármen Lúcia e o Ministro Dias Toffoli. Compareceu à Sessão o Ministro Ayres Britto para julgar processo a ele vinculado.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot.


Fabiane Duarte
/ Coordenadora