

## Caso da HIV\*

Christian Jäger 

**Dificuldade:** ★ ★ ★☆☆

**Fatos:** *A*, que – como bem sabe – é soropositivo, dorme com *B* sem nada mencionar sobre sua condição. Em vez disso, *A* apenas utiliza um preservativo por precaução. Posteriormente, um teste de HIV revela que *B* é soropositivo e que foi infectado por *A*. Punibilidade de *A*?<sup>1</sup>

### **Resolução:**

I – Homicídio tentado conforme §§ 212, 22, 23 StGB.

1. A punibilidade da tentativa e não ocorrência do resultado morte são evidentes.

2. Isso não implica necessariamente, contudo, em uma imputação por homicídio, uma vez que *A* tomou precauções contra a transmissão do vírus utilizando um preservativo, razão pela qual se deve presumir um intento de evitá-la.

II – Deve-se considerar, no entanto, a punibilidade pelo crime de lesão corporal perigosa por meio dos §§ 223, 224 I 1 e 5 StGB.

1. Em primeiro lugar, a infecção pelo vírus da Aids constitui uma lesão corporal, pois implica um desvio negativo do estado físico normal, mesmo que a doença ainda não tenha se manifestado. A conduta preenche também as qualifi-

---

\* Publicação original: Fall 3 (HIV-Fall). In: JÄGER, Christian. *Examens-Repetitorium Strafrecht Allgemeiner Teil*. 10. Auflage. München: C.H. Beck, 2021. p. 42-44. Tradução de Lucas Minorelli e Felipe Augusto Ribeiro de Miranda.

1 Nota dos tradutores (NT): O caso se assemelha bastante àquele julgado pelo BGH em 04.11.1988 (BGH 36, 1). Para mais detalhes em língua portuguesa, conferir MARTELETO FILHO, Wagner. *Dolo e risco no direito penal*. Fundamentos e limites para a normatização. São Paulo: Marcial Pons, 2020. p. 453-457.

adoras do § 224 I 1 e 5 StGB, uma vez que vírus são “outras substâncias nocivas para a saúde” no sentido do n. 1, e a prática de relações sexuais por uma pessoa infectada com HIV representa um tratamento que coloca a vida em perigo no sentido do n. 5 (segundo o BGH2, o resultado perigoso, ou seja, a infecção, não pode ser separado do ato em tese inofensivo, qual seja, a relação sexual). Também restou provado que A causou a infecção.

2. O elemento subjetivo do tipo tem como requisito, no entanto, que A tenha agido com dolo de causar a lesão corporal. Embora seja admitida a punibilidade por dolo eventual, não é o que ocorre no presente caso, uma vez que A adotou medidas preventivas ao usar o preservativo. A adoção das referidas medidas por parte de A justificam a presunção de que ele confiava na não ocorrência da infecção.

Portanto, resta excluída a responsabilidade penal por lesão corporal perigosa consumada nos termos dos §§ 223, 224 StGB, uma vez que ausente a figura do dolo.

III – De acordo com o que foi dito, a punibilidade pelo crime de *lesão corporal perigosa em sua modalidade tentada conforme §§ 223, 224, 22, 23 StGB* também não se sustenta, pois A – como visto outrora – não agiu com a condição necessária para a sua prática.

Como analisado anteriormente, por mais que a infecção pelo vírus da Aids configure uma lesão corporal perigosa, A não agiu com o dolo necessário em relação ao resultado, considerando as medidas protetivas que adotou.

**Atenção:** Veja que, no caso de uma tentativa, você deve avaliar primeiro os elementos objetivos do tipo penal, incluindo aqui quaisquer qualificadoras relacionadas ao resultado típico. Tenha isso em mente desde já!<sup>3</sup>

IV – Por consequente, nesse caso específico o máximo que pode ser considerado a título de responsabilidade penal é a imputação por *lesão corporal culposa, nos termos do § 229 StGB*.

2 NT: *Bundesgerichtshof* é o Tribunal Federal de Justiça da Alemanha, equivalente a Superior Tribunal de Justiça brasileiro.

3 De forma pormenorizada, JÄGER, *Examens-Repetitorium Strafrecht Allgemeiner Teil*, nm. 405.

1. O resultado da lesão corporal encontra-se presente (*vide supra*).
2. De acordo com os fatos, A também se tornou a causa do resultado.
3. No entanto, é questionável que A tenha violado o dever objetivo de cuidado, o que não será o caso se ele tiver agido dentro do risco permitido<sup>4</sup>.

– O caráter proibido do risco criado pode ser questionado, visto que o risco de infecção pelo vírus em um único contato heterossexual<sup>5</sup> paira entre 0,1 e 1%<sup>6</sup>, e que esse risco ainda é reduzido pelo uso de um preservativo. Desse modo, a relevância jurídica do risco criado pode não existir.

É preciso levar em conta, no entanto, que a infecção em toda relação sexual depende exclusivamente do acaso. E se considerarmos também que o uso de preservativos não garante uma proteção absoluta (sobretudo porque o vírus não conhece a janela de fertilidade<sup>7</sup>), não é possível mais dizer que o perigo criado é irrelevante.

– Além disso, alguns autores consideram que a criação do risco seria permitida no caso do exemplo, pois as campanhas educativas do Estado praticamente recomendam relações sexuais com o uso de preservativos (“Não dê nenhuma chance para a Aids” [*“Gib Aids keine Chance”*])<sup>8</sup>.

Contudo, esse entendimento contraria a posição dominante, no sentido de que as campanhas públicas não representam uma carta branca para as pessoas infectadas pelo vírus, mas sim destinadas a esclarecer para as pessoas não infectadas como se deve proteger de uma infecção<sup>9</sup>. Portanto, não é possível falar de um

---

4 O caso mostra com nitidez que a imputação objetiva e a violação do dever de cuidado não podem ser separadas, como sustenta Roxin e Greco (*Strafrecht AT I*, § 24, nm. 12), pois a violação do dever de cuidado só se justifica pela criação de um risco proibido. Nesse sentido, apenas as restrições à imputação objetiva por meio dos grupos de casos referidos antes podem ser separadas do aspecto da violação do dever de cuidado para fins de análise.

5 NT: Aqui onde é feita menção à relação heterossexual, lê-se a relação em que há penetração peniana em uma vagina, hipótese na qual o risco de contaminação pelo vírus é inferior quando comparada a uma relação sexual anal.

6 Conferir SCHERF, *AIDS und Strafrecht*, p. 139 ss.; ROXIN/GRECO, *Strafrecht AT I*, § 12, nm. 83 e nota de rodapé 209.

7 NT: O termo “*Empfängniszeiten*” é aqui traduzido como “janela de fertilidade” em razão do sentido empregado à expressão na frase. Acredita-se que o autor tenha se referido à possibilidade do acaso, tanto da infecção quanto da concepção de uma criança por meio da relação sexual. O termo, no entanto, é conceituado no § 1600d Nr. 3, do Código Civil alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch* ou BGB), como o período correspondente entre o 300º e o 181º dia antes do nascimento de uma criança. A definição legal desse período tem como finalidade estabelecer critérios para a presunção de paternidade e, fosse esse o contexto, poderia ser melhor traduzido como “momento da concepção”.

8 *Vide*, por exemplo, KNAUER, *AIFO* 1994, p. 1465 ss. com mais referências.

9 Por isso, esse entendimento foi vigorosamente rejeitado; RENGIER, *Jura* 1989, p. 231; também se opondo de forma convincente à posição minoritária: SCHÜNEMANN, *Die Rechtsprobleme von AIDS*, p. 488, com mais referências.

risco permitido no caso de relações sexuais protegidas por parte de uma pessoa já infectada.

4. Por conseguinte, seria no máximo concebível que o nexo da imputação fosse interrompido pelo consentimento em relação à prática sexual. Essa hipótese, entretanto, deve ser rejeitada para o presente caso, uma vez que o autor obteve relações sexuais mediante fraude, pois a vítima não foi informada da dimensão do perigo ao qual seria exposta.

5. Ademais, inexistem causas aparentes de justificação ou exculpação.

6. **Conclusão:** A é punível por lesão corporal culposa, nos termos do § 229 StGB.

**Atenção:** Na prática, já é possível identificar quem transmitiu o vírus para a vítima, pois ele carrega por aproximadamente seis meses a informação genética do transmissor para só depois se adequar ao novo portador, quando já não é mais possível identificar com a certeza necessária o portador anterior. No exame teórico, contudo, a prova da infecção deve ser assumida se os fatos do caso assim exigirem!

Além disso, é digno de nota que o conceito de heterocolocação em perigo consentida ainda não foi reconhecido pelos tribunais, que preferem recorrer à figura do consentimento justificante. Isso é problemático, pois o último pressupõe o consentimento em relação ao resultado, e não apenas para o perigo.<sup>10</sup>

## Referências

JÄGER, Christian. *Examens-Repetitorium Strafrecht Allgemeiner Teil*. 10. Auflage. München: C.H. Beck, 2021.

KNAUER, Christoph. Die Strafbarkeit des HIV-Infizierten beim Vollziehen sexueller Kontakte mit getroffenen Schutzmaßnahmen. *AIDS-Forschung*, [s.l.], v. 9, p. 463 ss., 1994.

---

10 Para maiores detalhes sobre o consentimento, conferir JÄGER, *Examens-Repetitorium Strafrecht Allgemeiner Teil*, nm. 202 ss.

RENGIER, Rudolf. AIDS und Strafrecht. *Juristische Ausbildung*, [s.l.], v. 11, p. 225-232, 1989.

ROXIN, Claus; GRECO, Luís. *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Grundlagen – Der Aufbau der Verbrechenslehre*. 5. Auflage. München: C.H. Beck, v. I, 2020.

SCHERF, Klaus. *Aids und Strafrecht: Schaffung eines Gefährdungstatbestandes zur Bestrafung ungeschützten Geschlechtsverkehrs*. Baden-Baden: Nomos Verlag, 1992.

SCHÜNEMANN, Bernd. Die Rechtsprobleme der AIDS-Eindämmung – Eine Zwischenbilanz. In: SCHÜNEMANN, Bernd; PFEIFFER, Gerd (hrsg.). *Die Rechtsprobleme von AIDS*. Baden-Baden: Nomos Verlag, 1988. p. 373-509.

#### Sobre o autor:

**Christian Jäger** | E-mail: str3-jaeger@fau.de

Doutor em Direito (Uni-München/Alemanha). Professor Titular de Direito Penal, Direito Processual Penal, Direito Penal Econômico e Direito Penal da Medicina (FAU Erlangen-Nürnberg/Alemanha).

Recebimento: 17.11.2022

Aprovação: 01.06.2023

## Anexo – Legislação estrangeira citada

### StGB (*Strafgesetzbuch*, Código Penal alemão)

#### § 22. Conceito de tentativa

Tenta um fato punível quem de acordo com sua representação dos fatos se dispõe imediatamente à realização do tipo penal.

#### § 23. Punibilidade da tentativa

(1) A tentativa de um crime sempre é punível; a tentativa de um delito somente é punível quando a lei expressamente determiná-la<sup>11</sup>.

11 NT: ao contrário do Código Penal brasileiro, que trabalha somente com crimes, o Código Penal alemão opera com os conceitos de crime (fato punível com pena privativa de liberdade mínima não inferior a 1 ano) e delito (fato punível com pena privativa de liberdade inferior ou multa), nos termos do § 12 StGB.

- (2) A tentativa pode ser punida de modo mais benigno que o crime consumado (§ 49 I).
- (3) Se o autor desconhece, por uma falta de compreensão grave, que a tentativa segundo a classe do objeto ou do recurso com os quais deveria cometer o fato de nenhuma maneira poderia consumá-lo, pode o tribunal prescindir de aplicar a pena ou diminuí-la conforme sua faculdade discricionária (§ 49 II).

### **§ 212. Homicídio**

- (1) Quem, não sendo um assassino, mata um ser humano, será punido com pena privativa de liberdade não inferior a cinco anos<sup>12</sup>.
- (2) Em casos especialmente graves, será admitida a pena privativa de liberdade perpétua.

### **§ 223. Lesão corporal**

- (1) Quem inflige a outrem maus-tratos corporais ou causa dano à saúde, será punido com pena privativa de liberdade de até cinco anos ou multa.
- (2) A tentativa é punível.

### **§ 224. Lesão corporal perigosa**

- (1) Quem pratica lesão corporal

1. por meio da administração de veneno ou outras substâncias nocivas para a saúde,

2. por meio de uma arma ou outros instrumentos perigosos,

3. por meio de ataque pelas costas,

4. em concurso com outro partícipe, ou

5. por meio de um tratamento que coloca a vida em perigo, estará sujeito à pena privativa de liberdade de seis meses até dez anos; em casos menos graves, a pena privativa de liberdade será de três meses até cinco anos.

---

12 NT: O StGB distingue os crimes de homicídio (*Totschlag*, § 212 StGB) e assassinato (*Mord*, § 211 StGB), sendo este o equivalente funcional do homicídio qualificado (art. 121, § 2º) do Código Penal brasileiro.

(2) A tentativa é punível.

### **§ 228. Consentimento**

Quem, com consentimento do lesionado, comete lesão corporal, somente age antijuridicamente caso o ato, apesar de consentido, viole os bons costumes.

### **§ 229. Lesão corporal culposa**

Quem, por negligência, cause a lesão corporal de outra pessoa será punido com privativa de liberdade de até três anos ou multa.