

Universidades Lusíada

Oliveira, Leonardo Marcel de
Rodrigues, Guilherme Coelho Colen

**Imputação penal e integração de sentido
normativo no signo do estado social e
democrático de direito : sobre os limites da
tentativa punível em casos de crimes praticados
por agentes soropositivos submetidos a terapia
antiretroviral (tarv)**

<http://hdl.handle.net/11067/7986>
<https://doi.org/10.34628/49Q3-Y746>

Metadados

Data de Publicação

2025

Resumo

A presente investigação se propõe compreender os impactos no direito penal decorrentes do conceito interdisciplinar “Indetectável = Intransmissível” (I=I), que traduz na literatura médica especializada a condição da Terapia Antiretroviral (TARV), na condição de profilaxia destinada a pessoas portadoras do Vírus da Imunodeficiência Humana (HIV), ter o potencial de anular por completo a possibilidade de um indivíduo soropositivo transmitir por meio de relação sexual sem preservativos a um parceir...

This investigation aims to understand the impacts on criminal law arising from the interdisciplinary concept of “Undetectable=Untransmittable” (U=U), which, in the specialized medical literature, describes the condition achieved through Antiretroviral Therapy (ART). ART serves as prophylaxis for individuals living with the Human Immuno deficiency Virus (HIV), with the potential to completely eliminate the possibility of an HIV-positive individual transmitting the virus to an HIV-negative partner...

Editor

Universidade Lusíada Editora

Palavras Chave

Infecções por HIV - Direito e legislação, etc., Crime

Tipo

article

Revisão de Pares

Não

Coleções

[ULL-FD] LD, s. 2, suplemento (2025)

**IMPUTAÇÃO PENAL E INTEGRAÇÃO DE SENTIDO
NORMATIVO NO SIGNO DO ESTADO SOCIAL E
DEMOCRÁTICO DE DIREITO.
SOBRE OS LIMITES DA TENTAVA PUNÍVEL EM CASOS DE
CRIMES PRATICADOS POR AGENTES SOROPOSITIVOS
SUBMETIDOS A TERAPIA ANTIRETROVIRAL (TARV)**

*CRIMINAL IMPUTATION AND THE INTEGRATION OF NOR-
MATIVE MEANING IN THE SIGN OF THE SOCIAL AND DEMO-
CRATIC STATE OF LAW.*

*ON THE LIMITS OF PUNISHABLE ENDEAVOUR IN CASES OF
OFFENCES COMMITTED BY HIV-POSITIVE PEOPLE UNDERGOING
ANTIRETROVIRAL THERAPY (TARV)*

Leonardo Marcel de Oliveira¹

Guilherme Coelho Colen²

DOI: <https://doi.org/10.34628/49Q3-Y746>

Resumo: a presente investigação se propõe compreender os impactos no direito penal decorrentes do conceito interdisciplinar “Indetectável = Intransmissível” (I=I), que traduz na literatura medica especializada a condição da Terapia Antiretroviral (TARV), na condição de profilaxia destinada a pessoas portadoras do Vírus da Imunodeficiência Humana (HIV), ter o potencial de anular por completo a possibilidade de um indivíduo soropositivo transmitir por meio de relação sexual sem preservativos a um parceiro sorodivergente, por efeito de reduzir a carga viral ao ponto de torna-la indetectável e, portanto, intransmissível. A partir de recurso ao consorcio de estudo PARTNER (Partners of People on ART - A New Evaluation of the Risks), publicado na revista The Lancet, fundamenta-se a condição de ser o conceito “Indetectável = Intransmissível” (I=I) aceito como válido na comunidade científica, tendo como certo que o adequado manejo da TARV é, em

¹ Mestre e Doutorando em Direito Penal. Advogado criminal.

² Doutor em Direito.

potência, pode tornar ausente qualquer possibilidade de transmissão do infectado a outrem não infectado por meio da prática de ato sexual. Por conseguinte, o objeto da investigação diz respeito ao papel central do crime impossível como limitação da tentativa nos casos de condutas consistentes em prática de ato sexual de agente soropositivo com pessoa sorodiscordante, vez que em acusações onde imputa-se ao agente portador do vírus HIV a prática de crime tentado em virtude de ter realizado ato sexual que não tenha infectado a vítima, estando o referido autor regularmente em TARV, acrescenta-se ao grupo de casos uma complexidade, porquanto a comprovação de existência de carga viral dentro do conceito “Indetectável = Intransmissível” (I=I) por exame próprio será uma barreira à tipicidade da tentativa.

Palavras-chave: Imputação; Tentativa; Crime impossível; Terapia antirretroviral.

Abstract: *This investigation aims to understand the impacts on criminal law arising from the interdisciplinary concept of “Undetectable=Untransmittable” (U=U), which, in the specialized medical literature, describes the condition achieved through Antiretroviral Therapy (ART). ART serves as prophylaxis for individuals living with the Human Immunodeficiency Virus (HIV), with the potential to completely eliminate the possibility of an HIV-positive individual transmitting the virus to an HIV-negative partner during unprotected sexual relations. This is achieved by reducing the viral load to an undetectable – and therefore untransmittable – level. Based on the PARTNER study (Partners of People on ART – A New Evaluation of the Risks), published in The Lancet, this paper supports the scientific validity of the U=U concept, establishing that the proper management of ART can eliminate the possibility of HIV transmission during sexual activity. Consequently, this research focuses on the central role of the “impossible crime” doctrine as a limitation on the attempt crime in cases where the conduct consists of sexual activity between an HIV-positive individual and a serodiscordant partner. In accusations against HIV-positive individuals for attempted crimes due to sexual acts that did not result in transmission, provided the individual is regularly undergoing ART, the scientific evidence demonstrating viral load levels consistent with the U=U concept creates a barrier to establishing the typicity of the attempted crime.*

Keywords: HIV; Antiretroviral therapy (ART); Impossible crime; Attempt limitation.

Sumário: 1. Introdução e delimitação do objeto de estudo. 2. A tentativa e o crime impossível como sua limitação. 3. Breve menção da compreensão doutrinária e jurisprudencial sobre a imputação de tentativa no quadro de situação relacionadas ao grupo de casos objeto de análise. 4. Proposta de imputação penal baseada em uma política criminal no âmbito do Estado democrático de direito. 5. Conclusão. 6. Referências.

Summary: 1. introduction and delimitation of the object of study. 2. attempt and the impossible crime as its limitation. 3. brief mention of the doctrinal and jurisprudential understanding of the imputation of attempt in the context of situations related to the group of cases analysed. 4) Proposal for criminal imputation based on a criminal policy within the framework of the democratic rule of law. 5 Conclusion. 6 References.

1. Introdução e delimitação do objeto de estudo

No final do século XX, a premência do Vírus da Imunodeficiência Humana (HIV) se apresentou como um problema de saúde pública de escala internacional. Nesse recorte temporal, emergiu como resultado das pesquisas realizadas em função da sua compreensão e enfrentamento o primeiro medicamento antirretroviral destinado ao tratamento do HIV, nomeadamente o AZT (zidovudina).³ Após o desenvolvimento do referido medicamento, foram realizados os primeiros atos de testagem em estudos em relação a sua eficácia em ensaios clínicos nos Estados Unidos da América. Publicadas no *New England Journal of Medicine*⁴ no ano 1987, as conclusões da investigação do teste farmacológico revelaram melhorias otimistas dos pacientes submetidos ao AZT. O medicamento demonstrou ter a capacidade de diminuir nos pacientes significativamente a progressão do vírus HIV para AIDS, sendo, portanto, posteriormente aprovado para uso nos EUA pela *Food and Drug Administration* (FDA).⁵

O escopo de um tratamento é evidenciado pela própria nomenclatura que o informa, vez que a TARv atua operando efeitos capazes de reduzir a carga viral do HIV no organismo humano. Em virtude dos avanços científicos contemporâneos, essa abordagem de tratamento para o Vírus da imunodeficiência humana foi objeto de um movimento verdadeiramente revolucionário. Depois do marco inicial de desenvolvimento e introdução da denominada terapia antirretroviral (TAR), as décadas de pesquisas posteriormente continuadas permitiram a criação de novas drogas e métodos destinados ao tratamento que não só um aumento da sobrevivência das pessoas acometidas pelo vírus HIV, porquanto também consiste em abordagem cujos efeitos melhoram substancialmente a qualidade de vida daqueles a ela submetidos.

Sobre o tema, em tempo relativamente recente, se fez publicar na revista *The Lancet* a segunda parte de um estudo denominado *PARTNER* (*Partners of People on ART - A New Evaluation of the Risks*). Investigação conduzida por uma equipe internacional de pesquisadores de diversas nacionalidades, o estudo *PARTNER* consistiu em pesquisa empírica e observacional conduzida em 75 diferentes centros clínicos de 14 países da

³ PAUL A. Volberding *et al.* *New England Journal of Medicine*. Volume 333 • Number 7 • August 17, 1995. Pages: 401-407. DOI: 10.1056/NEJM199508173330701

⁴ RICHMAN, D. D.; *et al.*, *The toxicity of azidothymidine (AZT) in the treatment of patients with AIDS and AIDS-related complex*. *The New England Journal of Medicine* 17: 192-197, 1987.

⁵ *The New York Times*. “U.S. approves drugs to prolong lives of AIDS patients” By Irvin Molotsky, Special To the New York Times March 21, 1987

Europa, tendo como objetivo avaliar a eficácia dos atuais tratamentos terapêuticos para o vírus HIV em relação exclusivamente ao risco de transmissão por meio de relação sexual entre casais sorodiscordantes.

A empreitada científica dividiu-se em duas diferentes partes. No *PARTNER1*⁶, realizado entre os anos de 2010 e 2014, foram incluídos na amostra 888 casais (337 homossexuais e 551 heterossexuais), onde foram documentados mais de 58.000 atos sexuais sem preservativo, sem nenhuma transmissão do HIV dentro dos casais. O *PARTNER2*⁷ destinou-se exclusivamente a 972 casais homossexuais masculinos, registrando quase 77.000 relações sexuais desprotegidas, também sem nenhuma transmissão vinculada. Os achados obtidos a partir do consorcio foram publicados na revista *Lancet*, onde se sustenta a partir da conclusão o conceito “*Indetectável = Intransmissível*” (*I=I*), indicando que indivíduos regularmente em TAR comprovadamente resulta a supressão viral ao ponto de tornar-se indetectável e, igualmente, intransmissível por meio de relação sexual desprotegida.⁸

Essas conclusões, contudo, transcendem o imediato valor humanitário intrínseco que apresentam. Isto em virtude de terem implicações significativas igualmente para ciência pena, tal como será apresentado. A partir de uma visão interdisciplinar, a presente investigação tem como objeto compreender os impactos do conceito “*Indetectável = Intransmissível*” (*I=I*) no âmbito da imputação de responsabilidade penal em um grupo de casos específico. Refere-se a análise do enquadramento penal de crime nos casos em que o autor, portador do HIV e submetido a TARV, mantém relações sexuais com outrem no sentido de transmitir a moléstia, sem que se verifique, afinal, a transmissão do vírus ao sorodiscordante.

⁶ ODALE, A.; DORELL, S.; RODRIGUEZ, D.; et al. *Risk of HIV Transmission Through Condomless Sex in Serodifferent Couples When the HIV-Positive Partner is Using Suppressive Antiretroviral Therapy: PARTNER Study*. *The Lancet*, Londres, v. 393, n. 10189, p. 2428-2438, 2016. Disponível em: [https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736\(19\)30490-4/fulltext](https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(19)30490-4/fulltext). Acesso em: 30 dez. 2024.

⁷ RODALE, A.; HILL, K.; KASTRUP, C.; et al. *HIV Transmission Risk Through Condomless Sex in Gay Couples With Suppressive ART: PARTNER2 Study*. *The Lancet HIV*, Londres, v. 5, n. 9, p. e438-e447, 2018. Disponível em: [https://www.thelancet.com/journals/lanhiv/article/PIIS2352-3018\(18\)30132-3/fulltext](https://www.thelancet.com/journals/lanhiv/article/PIIS2352-3018(18)30132-3/fulltext). Acesso em: 30 dez. 2024.

⁸ Nesse sentido, consta-se que “Os resultados dos estudos PARTNER, além de evidências de outros estudos em casais sorodiferentes, indicam que o risco de transmissão do HIV através do sexo sem preservativo no contexto da TARV supressora por via viral é efetivamente zero tanto para homens gays quanto para casais heterossexuais. Esses resultados apoiam a mensagem U=U (indetectável é igual a intransmissível), além de promover os benefícios dos testes e tratamentos precoces.” *Ib. Idem*. P.1.

No caso brasileiro, doutrina e jurisprudência tem entendimento predominante que a conduta de transmissão do HIV configura-se como **lesão corporal**, prevista no art. 129, § 2º, II, do Código Penal, que dispõe sobre a modalidade qualificada do referido crime. A fundamentação reside no dano irreversível à saúde da vítima, que passa a conviver permanentemente com o vírus. Ressalte-se que há também ênfase em relação a avaliação do dolo do agente no caso concreto, existindo, nesse panorama, situações concretas nas quais a conduta foi considerada como tentativa de homicídio.

Deve-se ressaltar, entretanto, que não se tem como objeto tomar a conjuntura anteriormente delineada e proceder uma crítica propriamente em relação ao crime cuja capitulação deve recorrer ao intérprete na aplicação do direito. A rigor, tem-se a relevância da compreensão jurisprudencial para descortinar a problematiza que o conceito “*Indetectável = Intransmissível*” (*I=I*) representa em termos de imputação de quaisquer crimes tentados, desse que compreendidos em semelhança com as características anteriormente mencionadas.

Toda a questão gira das implicações que a conclusão apresentada pela literatura científica especializada impõe um substancial complexidade em relação a operação de imputação de tentativa de crime no grupo de casos delineado. Isto se dá porque o crime impossível, instituição que traduz a limitação do enquadramento penal da tentativa de crime, destaca-se como elemento central da aplicação concreta do direito penal.

Nesse panorama, será evidenciado inicialmente os apontamentos relacionados a a operação de imputação da tentativa no âmbito da tipicidade, bem como o crime impossível como instituição fundamental que estabelece a sua limitação. Fundamentalmente, a seção enunciada tem o objetivo de discorrer sobre os diferentes fundamentos que sustentam as instituições da tentativa e do crime impossível, sendo apresentado sobre a primeira o desvalor da ação como elemento de justificação de sua existência; depois, sobre o crime impossível, a condição que esvazia o interesse de incriminar a tentativa por escolha político criminal do legislador, e a sua condição de representar o compromisso do direito penal racionalizado cuja finalidade é fundamento consiste na tutela de bens jurídicos.

Posteriormente, uma seção conterà uma breve colação de julgado a como amostra de como julgados dos tribunais realizam a imputação nos casos delimitados. O objetivo é enfrentar de forma crítica a operação que se adora no quadro de situações específicas a imputação de tentativa. Nesse ponto, trata-se de compreender como a ignorância ou desconsideração do conhecimento especializado sobre a condição de o agente submetido a TARv, em potência, não ser capaz de transmitir a outrem o vírus do HIV por ato sexual repercute como postura na qual há um “salto” na análise do

crime impossível, dando possibilidade a uma aplicação arbitrária do direito.

Por último, o texto apresenta a adequada forma de proceder a atribuição de responsabilidade penal dentro da conjuntura que se apresenta como base desta empreitada. O problema que orienta o estudo pode ser sintetizado na seguinte infração: como a impossibilidade em potência de transmissão do HIV por pacientes submetidos a TARv com carga viral indetectável e, conseqüentemente, intransmissível, repercute na adequada compreensão do crime impossível como limite da operação de imputação da tentativa em no caso de enquadramento penal enquadramento penal nos casos em que o autor, portador do HIV, mantém relações sexuais com outrem sem que haja transmissão do vírus ao sorodiscordante.

A hipótese que se estabelece como solução provisória para o problema a ser confirmara traduz em compreender, baseando-se no conhecimento atual da ciência especializada, que aponta como resultado em potencia do TAR em pacientes de HIV a partir do padrão do conceito *I=I* (*Indetectável = Intransmissível*), ou seja, a carga viral do submetido a profilaxia atinge níveis baixos ao ponto de tornar a infecção por relação sexual a pessoa sorodivergente sem possibilidade concreta, implica em considerar no grupo de casos delineados que relação sexual, o conceito de “absolutamente”, previsto no art. 17 do Código Penal ao tratar do crime impossível, encontra-se plenamente caracterizado nos casos em que o sujeito ativo, sendo paciente em Terapia Antirretroviral (TARV) e apresentando carga viral reduzida a níveis indetectáveis devido à adesão eficaz ao tratamento, demonstra risco de transmissão efetivamente inexistente. Assim, a conduta é inequivocamente atípica, independentemente da modalidade de dolo que tenha orientado a ação. O instituto do crime impossível fundamenta-se na inviabilidade concreta de ofensa ao bem jurídico tutelado, como a incolumidade física ou a vida. Portanto, em situações nas quais o ato sexual não poderia, em hipótese alguma, resultar na transmissão do HIV, desaparece qualquer justificativa para intervenção penal, reforçando o caráter atípico da conduta em análise.

O método que pressupõe o critério de realização do estudo consiste em hipotético-dedutivo.

2. A tentativa e o crime impossível como sua limitação

Conceitualmente, a tentativa traduz o caminho para consumação e a sua precoce interrupção antes que esta última se verifique⁹. A tentativa, como instituição da teoria do crime, desempenha a função de possibilitar

⁹ PALMA, Maria Fernanda. *Da “Tentativa Possível” em Direito Penal*. Coimbra: Almedina, 2006. P. 18.

a imputação de responsabilidade penal em casos de crimes dolosos cuja execução é iniciada pelo agente e o resultado não se consuma em razão de fatores ou circunstâncias alheias à sua vontade de consumação. Assim, é por meio da regulação normativa da tentativa que torna evidente a relevância do desvalie da ação para o Direito Penal, pois, não obstante não ocorra efetivamente o resultado típico, que em potência repercutiria como lesão ao bem jurídico tutelado pela norma penal, há por parte do Estado o interesse em criminalizar o comportamento do autor, desde que manifestamente exista o dolo em relação ao referido resultado e tenha iniciado efetivamente a execução do comportamento.

Ao considerarmos o pano de fundo que apresenta a intervenção penal nos casos de tentativa de crime, note-se que é o valor protegido pela norma, o bem jurídico, o motivo para considerar legítima a sua existência. Não obstante, diferentemente dos crimes consumados, no caso da tentativa o bem jurídico é na verdade um parâmetro para revestir a vontade do agente de relevância jurídico-penal. Ocorre que o enquadramento penal da tentativa, ao ser reconduzido ao desvalie da ação¹⁰, não diz respeito propriamente ao mundo exterior, mas ao âmbito subjetivo do comportamento. Nesse sentido, não se pune um que, com animus necandi, desfere contra outrem golpes com um objeto cortante, causando-lhe escoriações, mas não a morte, por lesão corporal, pois, nesse caso, o dolo de consumação era do crime de homicídio. Conclui-se, portanto, que a tentativa é modalidade de manifestação do crime cujo fundamento da intervenção penal reside no desvalie da ação.

No caso brasileiro, o art. 14, inciso II, do Código Penal regula a tentativa, dispondo que “*diz-se o crime tentado quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente*”¹¹. Nesse contexto, em face da forma que os preceitos penais da parte especial expressam os comportamentos incriminados e da vigência do princípio da legalidade, a técnica penal tem na tentativa uma norma de extensão que permite por uma aplicação sistemática do direito penal a tipicidade das condutas que não alcançam o resultado típico sejam sancionadas, desde que eviden-

¹⁰ Sobre a compreensão da dimensão pessoal do injusto e profundo tratamento das questões relacionadas a relevância penal do desvalor da ação, consulte-se: WELZEL, Hans. *Derecho Penal aleman. Parte General*. 11ª Edición. (2ª ed. castellana). Editorial Jurídica de Chile. 1976. P.60; WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*. B de F: Buenos Aires. 2004. B de F: Buenos Aires. 2004. P.1-2.

¹¹ *Código Penal Brasileiro BRASIL. Código Penal*. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 30 dez. 2024.

ciem os requisitos pertinentes a instituição.

A tipicidade na tentativa, portanto, configura-se de forma indireta ou mediata, necessitando de uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico que integre as disposições gerais e específicas do Código Penal. Não obstante, além dos próprios requisitos que pressupõe a responsabilidade penal do agente no caso de tentativa de crime, tal como o dolo em relação a consumação e o início dos atos de execução, existe também uma limitação decorrente de expressa previsão normativa, nomeadamente o crime impossível. No Código Penal Brasileiro, o crime impossível está previsto no artigo 17, que dispõe:

“Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime.”

Com efeito, a tentativa de crime, isto é, a conduta que traduz o dolo de consumação e dá início aos atos de execução, não se consumando o crime por circunstâncias alheias a vontade do agente, tem no art. 17 uma barreira que não possibilita o enquadramento penal do comportamento nos o meio utilizado é absolutamente ineficaz ou o objeto é absolutamente impróprio. As hipóteses de crime impossível dividem-se em duas modalidades principais, fundamentadas na incapacidade absoluta de produzir o resultado típico. Ineficiência Absoluta do Meio, que ocorre quando o meio utilizado pelo agente é incapaz, de forma absoluta, de atingir o resultado pretendido. A análise da ineficiência absoluta exige que o meio, por suas características intrínsecas, seja objetivamente inapto para concretizar a lesão ao bem jurídico. Impropriedade Absoluta do Objeto, que se trata de situações em que o objeto material sobre o qual recai a conduta é absolutamente impróprio para sofrer a lesão pretendida, tornando impossível a consumação do crime.

O crime impossível é uma limitação da tentativa que existem em função de uma escolha político criminal do legislador. Muitas vezes uma instituição tratada sem a atenção devida, representa, essencialmente, uma medida que revela um direito penal liberal, onde a racionalidade que decorre exclusivamente do dano social que representa o comportamento lesivo a um bem jurídico tutelado, concreta ou potencialmente ou potencialmente. É fundamental que se tenha em consideração a condição de limitação da incriminação do crime tentado o crime impossível ostenta. Com isso, deve ser ressaltado o que quaisquer exceções uma regra impõe: em todos os casos deve-se aplicá-la quando preenchidos os requisitos, exceto quando presentes os que impõe a exceção.

Mais importante, nesse contexto, ênfase deve ser dada a condição intrínseca se qualquer exceção. Ao estabelecer um quadro reduzido e específico no qual não seta uma regra de direito aplicada, quer dizer que existem fundamentos maiores que em um grupo reduzido de situações se forma uma conjuntura que revela fundamentos maiores para não proceder a concretização da regra daqueles que a pressupõe. Ao considerar tais desdobramentos na tensão entre a punibilidade da tentativa e a limitação imposta pelo crime impossível, evidencia-se, da estrutura normativa do referido art. 17 do Código Penal brasileiro, que a presença dos requisitos da incriminação pelo crime tentado, que, como múltiplas vezes se fez nota, traduzem o fundamento da intervenção penal na medida que presente o desvalie da ação, devem sucumbir nos casos em que é impossível que a vontade que o agente imprimiu concretamente ao iniciar os atos de execução era impossível, seja nos casos de escolher de escolher um meio ineficaz ou do objeto sobre o qual recai a ação se apresentar como impróprio, nos dois casos em absoluto.

Ao alinhar os fatores envolvidos no enquadramento penal da tentativa e as suas limitações decorrentes do crime impossível, a conclusão necessária é que o intérprete, ao proceder a aplicação sistemática do código penal brasileiro, deve recorrer na análise da limitação só crime impossível ao que materialmente se apresenta como limitação a punibilidade da tentativa. Isso significa em termos conclusivos que o desvalor da ação não é parâmetro algum para que se considere ou não a existência de crime impossível, senão manipular as normas a partir do fundamento que as pressupõem. A mais evidente é a própria disposição expressa da norma: deve-se proceder uma avaliação fenomenológica em relação aos meios utilizados e ao objeto cuja ação do autor se projetou. Adicionalmente, pressuposto de qualquer aplicação, considerar que o crime impossível apresenta dois grupos de casos, mas existe motivos político criminais que devem conduzir a interpretação. A tentativa se apresenta como legítima na medida que o desvalie da ação do agente é interesse legítimo a intervenção penal do Estado, vez que o autor manifesta concretamente um comportamento buscando a lesão de um bem jurídico; o crime impossível, limitação da tentativa, se sustenta materialmente como uma exceção a punibilidade dessa referida ação desvalioso, apresentando como fundamento maior a racionalidade do dano social, marca de um direito penal democrático, isto é, por mais que se evidencie na ação desvalor por conta do dolo de consumação colocado em marcha, a vontade que se transforma em fenômeno ao ser executará no mundo exterior mas se apresenta como absolutamente inócua em relação a possibilidade de lesão ao bem jurídico, finalidade do direito penal e fundamento da pena, retira qualquer legitimidade de intervenção penal. O

crime impossível, portanto, apresenta-se, no mais puro sentido, como uma separação de um direito penal racionalizado, sustentado a partir do pressuposto do dano social que traduz a violação concreta ou em potencial aos bens jurídicos, pois, punir uma tentativa impossível seria essencialmente impor ao agente uma pena por motivos de apreciação moral de seu comportamento, o que não é pertinente ao atual estágio de desenvolvimento civilizatório que se fundamentam os Estados democráticos.

3. Breve menção da compreensão doutrinária e jurisprudencial sobre a imputação de tentativa no quadro de situação relacionadas ao grupo de casos objeto de análise

Serão a seguir mencionados brevemente recortes de entendimentos doutrinários relacionados a imputação de responsabilidade penal nos casos em que o agente soropositivo mantém relações penais com outrem, isto é, com pessoa sorodiscordante. A importância da menção é para a investigação exclusivamente fornecer um esboço do que se relaciona ao entendimento ordinário sobre a questão posta, e por efeito constatar-se que o debate sobre os limites das tentativas decorrentes da ênfase do crime impossível em função dos possíveis efeitos esterilizantes da carga viral do agente submetido a TARV. Por esse motivo, serão negligenciadas considerações individuais sobre as menções na presente seção, porquanto reservadas ao item próprio, nomeadamente o que segue o presente.

As considerações de A. SCHMID, ao tratar da imputação nos casos delineados são as seguintes:

“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.”

J. SANTOS, em suas considerações diz-nos 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.” “Tomemos, agora um exemplo um tanto polêmico: alguém infectado pelo vírus da AIDS mantém relações sexuais com outra pessoa sadia, transmitindo-lhe a doença.(...) 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”*¹².

Em relação aos julgadora da jurisprudência brasileira sobre o tema, a seguir serão colacionados pontuais pronunciamentos selecionados sobre a questão relacionada ao estudo que foram. Não se teve propriamente um critério ou metodologia para coleta da amostra, assim como não há menção de um número vultoso de decisões judiciais. Tem-se como fundamento para se adotar tal postura a finalidade da colação, que é simplesmente mencionar o teor para que se possa identificar a ausência de discussão referente a temática do crime impossível quanto a imputação de tentativa de crime doloso. A seguir, portanto, são eles apresentados:

Recursos de apelação criminal. Artigo 129, § 2º, inciso II, do código penal. Lesão corporal gravíssima. Transmissão dolosa do HIV. Três vítimas. Violência contra a mulher. Lei Maria da penha. Sentença condenatória. Recurso da defesa. Inépcia da denúncia. Negativa de prestação jurisdicional. Não ocorrência. Pedido de absolvição. Impossibilidade. Palavras das vítimas, testemunhos e laudos periciais. Coerência. Recurso do Ministério Público. Concurso material entre os crimes. Aplicabilidade. Recusos conhecidos. Preliminares rejeitadas. Recurso de defesa não provido e recurso ministerial provido

1. A peça acusatória descreveu a situação fática que ensejou os eventos criminosos, com todas as circunstâncias que os envolveram e com a indicação do réu como o autor dos fatos, além dos tipos penais em que se inserem as condutas praticadas, de modo que não há se falar em inépcia da denúncia.

2. A conduta de transmissão dolosa do HIV se subsume ao tipo penal previsto no artigo 129, § 2º, inciso II, do Código Penal (ofender a saúde de outrem, resultando em enfermidade incurável), não havendo se falar em atipicidade da conduta.

3. Não há como analisar a alegada negativa de prestação jurisdicional se a Defesa sequer indica qual seria o tema levado ao Judiciário que não foi objeto de apreciação pelo Juízo sentenciante.

4. Em crimes praticados no âmbito doméstico e familiar, a palavra da vítima assume especial relevância, pois normalmente são cometidos longe de testemunhas oculares, aproveitando-se o agente do vínculo que mantém com a ofendida. Na espécie, os depoimentos das vítimas foram consonantes entre si e condizentes com os demais testemunhos e com os laudos periciais, o que atesta a validade da palavra das ofendidas.

5. Os documentos dos autos comprovam que o réu sabia da sua con-

¹² SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal. Parte Geral*. 3ª ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008.

dição de portador do HIV quando se relacionou com as vítimas e tentou transmitir o vírus dolosamente, obtendo sucesso contra duas delas e não consumando o crime em relação à terceira vítima por circunstâncias alheias à sua vontade, sendo incabível a absolvição.

6. Ausentes os requisitos objetivos e subjetivos previstos no artigo 71 do Código Penal (continuidade delitiva), aplica-se o concurso material de crimes, pois praticados com desígnios autônomos.

7. A sentença apelada, após fixar a pena para os crimes de lesão corporal gravíssima consumados, exasperou a reprimenda pela continuidade delitiva sem antes individualizar a pena para o crime de tentativa de lesão corporal gravíssima. Contudo, esta não se apresenta como a melhor técnica, uma vez que fica impossibilitada a aferição de eventual superveniência de prescrição, bem como a aplicação do concurso material. Assim, atendendo ao princípio da celeridade processual, procede-se à adequação da pena nesta instância revisora.

8. Recursos conhecidos. Preliminares rejeitadas. No mérito, recurso da Defesa não provido e recurso do Ministério Público provido para, mantida a condenação do réu como incurso nas sanções do artigo 129, § 2º, inciso II, do Código Penal (lesão corporal gravíssima), por duas vezes, e do artigo 129, § 2º, inciso II, combinado com o artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal (tentativa de lesão corporal gravíssima), todos combinados com os artigos 5º e 7º da Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), aplicar o concurso material entre os crimes, aumentando a pena de 04 (quatro) anos, 06 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão para 08 (oito) anos, 03 (três) meses e 10 (dez) dias de reclusão, no regime inicial fechado.¹³

A seguir, por tratar de forma mais precisa da questão, apresenta-se o trecho do voto, extraídos dos julgados colacionados – e não propriamente a ementa. Assim,

“Habeas corpus impetrado em favor de C.E.C.C contra acórdão da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que, provendo parcialmente recurso em sentido estrito, excluiu da acusação a qualificadora inserta no artigo 121, parágrafo 2º, inciso III do Código Penal, mantendo a pronúncia do paciente por tentativa de homicídio simples, em razão de ter mantido relações sexuais com V. O., sem precauções, omitindo ser portador de doença letal transmissível, Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (AIDS).”

¹³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação Criminal nº 938947-2010/011516183APR. Relator: Roberval Casemiro Belinati. 2ª Turma Criminal. Julgado em: 28 abr. 2016. Publicado em: 9 maio 2016.

4. Proposta de imputação penal baseada em uma política criminal no âmbito do estado democrático de direito

A técnica penal aponta que a imputação de responsabilidade penal por tentativa de crime encontra-se subordinada a uma aplicação sistemática do Código Penal. No âmbito da teoria do crime, da tipicidade decorrerá a operação de enquadramento de um comportamento como crime, na modalidade de tentativa a um dos tipos penais da parte especial. Ocorre que todos os preceitos são informados com uma descrição modelar de uma conduta dolosa, e nos crimes materiais um resultado consumado, que deve em todos os termos ser preenchida para tipicidade, onde se aponta a relevância penal do comportamento. Portanto, afirmou-se que a tentativa é uma norma de extensão porque não fosse a disposição do art. 17 seria impossível a tipicidade das empreitadas dolosas e não consumadas de crime. Diferentemente dos moldes da imputação ordinária dos crimes consumados e daqueles dolosos, mas sem resultado em sua descrição, a tipicidade é na tentativa mediata ou indireta. A partir da norma de extensão, considera-se aperfeiçoado o tipo penal referente ao dolo de consumação do agente nos crimes materiais, mesmo prejudicado o resultado que se apresenta como seu elemento constitutivo, porquanto assim determina a própria norma, sendo afirmada a vigência do referido princípio.

Não obstante, ao se proceder a imputação de tentativa de crime, deve-se, obrigatoriamente e em todos os casos, dar-se a relevância ao caso particular em relação a exceção imposta pelo art. 17, pois o crime impossível, instituição que apresenta as modalidades, representa no aplicado sistemático das normas penais uma barreira a tipicidade da tentativa por via mediata. Em relação ao grupo de casos que se apresenta para discussão, não é propriamente a ignorância em relação a propriamente essa operação elementar ronque se assenta como fonte da qual decorre o erro de se atribuir responsabilidade penal por tentativa automaticamente. Visualiza-se como mais importante fator um problema se apresenta como uma importante variável para atual situação de crise do direito penando, que seria o seu fechamento ou postura ortodoxa – e vaidosa. Em síntese, em toda essa mencionada dimensão pode se resumir a falta de abertura da ciência penal a outras disciplinas. O segundo, julga-se, como compreensão da presente investigação, a insuficiente e adequada técnica em termos de imputação na seara da tipicidade, sobretudo em relação à integração de sentido dos elementos normativos dos tipos penais, que é muitas vezes ausente.

Sobre o primeiro aspecto, não será dispensado grandes dimensões em relação a posição adotada, vez que não somente na seara do direito penal, senão em ciência, nos termos mais amplos possíveis, que é impera-

tivo que se tenha como pressuposto de quaisquer das suas segmentações estudos e produção de conhecimento de maneira interdisciplinar. O problema, em verdade, é que muitas vezes juristas confundem fazer impor a sua compreensão de um objeto ou fenômeno com ter razão, assim como ter razão com motivo de orgulho legítimo para um cientista. Normalmente, essa crítica se destina aos atores que produzem o conhecimento, isto é, aos que trabalham e produzem dogmática. Não obstante, ela é igualmente presente, ou de forma mais incisiva, nos aplicadores do direito. Refere-se anteriormente aos juízes e magistrados. Primeiro por poderem de forma legítima aplicar o direito penal de forma a integrar o seu sentido a partir de uma verdadeira consideração interdisciplinar mesmo que a dogmática muitas vezes assim não imponha, desde que de forma rigorosa e, se fora da norma, exclusivamente em benefício do acusado.

Não há possibilidade de existência um direito penal democrático sem que sua aplicação não seja concretamente informada por conhecimento científico de disciplinas auxiliares. Dizer o contrário seria olvidar que a consequência jurídica da disciplina que se faz referência é a pena; ou mesmo, no mais das vezes, o significado dessa afirmação: um sofrimento abissal compulsório aplicado a uma pessoa humana. Ocorre que a regulação legal são signos linguísticos que invariavelmente vão exigir integração de sentido pelo intérprete. Quando se trata de matéria de outra área da enciclopédia do conhecimento e tal operação é feita de forma a desconsiderar o seu conhecimento validade pela comunidade científica, configura-se precisamente uma situação em que uma pena é aplicada em razão de uma visão pessoal ou opinião pessoal. Por efeito de ser um ato parcial e da fundamentação das decisões ter também uma dimensão material, frisa-se, apresenta-se como interpretação inconstitucional.

Feitas as considerações anteriores envolvendo a dimensão dogmática da tentativa e do crime impossível como a sua exceção, assim como a estruturação normativa das referidas instituições no direito brasileiro, passando, ainda, pelo critério que a técnica penal aponta como legítimo para enquadramento penal da tentativa na tipicidade pelo intérprete, com consideração no papel de barreira à tipicidade que detém o crime impossível na operação, concluímos a sessão anterior com notas relacionadas a necessidade obrigatória de considerar, quando necessário for, conhecimentos concorrentes ao direito penal para integrar sentido a normas penais em termos de imputação em casos particulares.

Todos esses fatores foram colocados no sentido de formar a base necessária para sustentar a hipótese que se defende em relação a problema que se põe como fim de desenvolvimento do presente estudo. Os casos agrupados para hipoteticamente serem apreciados tratado no artigo é es-

truturado com base em situações em que o agente é portador do HIV e prática conduta consistente em manutenção dolosa de prática sexual com outrem que, à luz do Direito Penal, repercutem como comportamentos que potencialmente despertam dignidade penal, sendo a única relevância do estudo compreender aqueles que podem exigir uma interpretação como tentativa de crime.

Dentro do que é tratado sobre o tema, acrescenta-se igualmente como variável fundamental a atual compreensão extrais do conhecimento científico especializado que apresenta os casos de portadores de HIV sob Terapia Antirretroviral (TAR) eficaz, comprova-se que a carga viral pode ser reduzida a níveis indetectáveis, eliminando a possibilidade de transmissão sexual (princípio I=I: *Indetectável = Intransmissível*), avaliação emerge de avanços científicos, em especial dos resultados dos estudos PARTNER, que demonstraram que indivíduos com carga viral indetectável, devido à adesão adequada ao TAR, não transmitem o HIV por via sexual. Esse marco científico serve como ponto de partida para discutir a aplicação do instituto do crime impossível no Direito Penal brasileiro.

A tipificação penal da transmissão dolosa do vírus HIV foi objeto de aprofundada discussão na jurisprudência brasileira, especialmente no que concerne ao conflito de normas aplicáveis, envolvendo a solução entre os crimes de perigo de contágio de moléstia grave (art. 131 do Código Penal) e lesão corporal de natureza gravíssima (art. 129, §2º, II, do Código Penal). A doutrina e jurisprudência brasileiras majoritariamente adotam esta última interpretação para solução dos casos concretos. Em relação ao enquadramento penal da tentativa, dimensão única que envolve o presente estudo, a jurisprudência apresenta conclusão de que deve ser avaliado o caso concreto, sendo a imputação de tentativa de lesão corporal de natureza gravíssima (art. 129, §2º, II c/c art. 14, inciso II, do Código Penal), existindo também casos de imputação de tentada de homicídio, por dolo eventual art. 121 c/c art. 14, inciso II, do Código Penal.

Considerando o fundamento dogmático e normativo que se apresentou em relação a tentativa, a operação de imputação dos crimes tentados e as questões relacionadas ao crime impossível como limite, a solução de casos em que se apresenta a estrutura de um comportamento em que um autor soropositivo mantém relações sexuais com um sorodivergente sem que exista a infecção deve ser objeto de uma revisão, considerando avaliação emerge de avanços científicos, em especial dos resultados dos estudos PARTNER, que demonstraram que indivíduos com carga viral indetectável, devido à adesão adequada ao TAR, não transmitem o HIV por via sexual.

No caso brasileiro Brasil, a previsão expressa do crime impossível encontra-se regulada pelo art. 17 do Código Penal, apresenta-se como uma

barreira legal à tipicidade. Com efeito, qualquer operação de imputação de crime na modalidade de tentativa deve no caso concreto superar a inexistência das circunstâncias cuja redação delimita de forma objetiva, em duas hipóteses principais, que configuram o crime impossível, nomeadamente a ineficácia absoluta do meio e impropriedade absoluta do objeto. Ocorre que a análise e compreensão do instituto nos casos apresentados como hipótese envolve uma complexidade totalmente fora do quadro ordinário em virtude da atual compreensão da literatura científica especializada sobre os efeitos da Terapia Antirretroviral (TAR), onde comprova-se empiricamente que a adequada submissão a profilaxia pelo enfermo reduz a carga viral a níveis indetectáveis, eliminando, assim, a possibilidade de transmissão por via de ato sexual.

Como referenciado, o crime impossível se apresenta como uma limitação à tentativa. O seu fundamento não se encontra relacionado ao desvalor da ação do agente, vez que a tentativa é por ele limitada, sendo necessário que já se configure o desvalor da ação. A rigor, o crime impossível se edifica como um mandamento normativo que decorre do fundamento associado a situação na qual se tem como configurado um cenário concreto onde é impossível que o agente tenha como resultado esperado de seu comportamento a consumação, isto é, a lesão ao bem jurídico. Materialmente, portanto, o referido conceito traduz o dano social e interesse de tutela de bens jurídicos como fundamento e finalidade do direito penal¹⁴. Isto se dá porque uma conduta dolosa que é inócua em relação ao bem jurídico é um permanece como comportamento desvalioso se impossível a consumação, embora seja despedido de relevância penal. A concreta ausência de consumação em potência da lesão do bem jurídico remove a possibilidade legítima de intervenção penal, permanecendo, portanto, a reprovação de cunho eminentemente moral.

Ao avaliar a imputação da tentativa dentro do quadro delineado, doutrina e jurisprudência enfatizam a dimensão do aspecto subjetivo para capitulação jurídica e conclusão da existência de crime. Não obstan-

¹⁴ Sobre o dano social como pressuposto de legitimidade da intervenção penal, afirma Roxin que *"E neste ponto que a concepção político-criminal se mostra útil. Parte ela da finalidade do direito penal, de proteger os bens jurídicos do indivíduo e da coletividade contra riscos socialmente intoleráveis. A teoria da imputação objetiva compreende a ação típica de modo consequente como a realização de um risco não permitido, delimitando os diversos âmbitos de responsabilidade. Ela fornece, assim, um parâmetro de interpretação que se orienta imediatamente segundo o injusto material, segundo a intolerável lesividade social do comportamento do autor. Com isso, permissão e não permissão de um risco designam os limites entre a liberdade dos cidadãos e a faculdade interventiva estatal."* ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. P.71.

te, como resultado do esvaziamento de uma integração de sentido que valoriza o imperativo conhecimento das ciências especializadas, a ausência ou inadequada avaliação da existência ou não de crime impossível da abertura a uma aplicação arbitrária e ilegítima de uma pena. Isto é uma conclusão que se apresenta como muito bem esclarecida a partir da consideração da instituição, a realidade concreta e o conceito I=I: *Indetectável* = *Intransmissível*. Ele repercute de forma profunda na imputação penal da tentativa nos casos elencados. Toda a relevância deve ser atribuída a sua limitação legal, o crime impossível. Previsto no art. 17 do Código Penal Brasileiro, estabelece:

“Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime”.

Com efeito, na conjuntura analisada, a integração de sentido do elemento normativo *absolutamente*, que descreve o crime impossível no art. 17, estará suprida nos casos em que o sujeito passivo, enquanto paciente submetido a TARV e, adicionalmente, com resultado de seu adequado manejo que reduz a carga viral a níveis indetectáveis, é de efetivamente zero. Nesse caso, não há que se falar em crime, sendo a conduta do agente atípica, seja qual for o dolo que motivou a realização da conduta. Como referenciado, o crime impossível diz respeito ao fundamento que se prende a concreta impossibilidade de lesão ao bem jurídico tutelado. Nessa conjuntura, se por via de ato sexual era impossível a transmissão, que seria meio de impor a ofensa a incolumidade física ou a vida, esvazia-se qualquer legitimidade de intervenção penal do estado, sendo a conduta, frisa-se, atípica.

Algumas considerações e ressalvas, entretanto, devem ser objeto de exposição em sede de conclusão do estudo com confirmação de sua hipótese. Por tratarem de assuntos diversos, serão a seguir colocadas de forma tópica:

1. A quantidade de RNA do HIV presente no plasma sanguíneo é o Exame de Carga Viral. Ele utiliza técnicas de biologia molecular para detectar e medir o número de cópias do Ácido Ribonucleico viral por mililitro de sangue¹⁵. Somente existirá crime impossível quando existe prova material da condição de o agente, autor da conduta, estava submetido a TARV e, ao tempo da ação, realizou a prática sexual com carga viral em níveis indetectáveis e, portanto, intransmissíveis.

¹⁵ Santa Casa de Misericórdia de Porto Alegre. *HIV, PCR Quantitativo em Tempo Real*. Disponível em: <https://www.santacasa.org.br/laboratorio-de-biologia-molecular/hiv-pcr-quantitativo-em-tempo-real>. Acesso em: 30 dez. 2024.

2. Por se tratar de uma questão que implicada na atipicidade da conduta, nas situações em que a prova material legítima em relação a carga viral indetectável ao tempo da prática da ação esteja de imediato pré-constituída, apresentada em juízo, se não iniciada a ação penal e o Ministério Público oferece denúncia a inicial acusatória deve ser sumariamente rejeitada por falta de pressuposto da ação, conforme o art. 395, inciso III, do CPP;

3. Nos casos em que há acusação e processo vigente cuja estrutura tem identidade com a dos grupos de casos analisados, não estando a prova constituída por fatores como ignorância do acusado ou de seu representante legal, impossibilidade financeira ou quaisquer outros motivos, é imperioso que o magistrado de ofício, conforme o art. 156, inciso II, do CPP, determine a realização antes de proferir sentença;

4. Como referenciado, no contexto de pesquisas como o Estudo PARTNER, a análise filogenética foi empregada para compreender a existência de eventuais casos de soroconversão resultaram de transmissão por vírus do qual era portador o parceiro junto ao qual o estudo acompanhava. Por mais que não seja dimensão que diz respeito a análise do presente estudo, por se tratar de caso cuja consumação ocorreu por ter efetivamente a transmissão do vírus ao ofendido, cita-se para ressaltar a importância prática que essencialmente apresenta estudos interdisciplinares como o presente para a seara penal, assim como também se destina ao advogado defensor a crítica feita em relação a resistência em abertura a disciplinas auxiliares. Excetuada a situação na qual a vítima soroconvertida tenha tido relações sexuais expostas unicamente com o acusado e não tenha jamais sido exposta a outra situação em que é possível que tenha havido infecção, a única prova definitiva do nexo de causalidade (ou de sua ausência) encontra-se na realização do referido exame. Dizer que um soropositivo manteve relação sem preservativo com um sorodiscordante que tempo depois testou positivo em testagem e, deste ponto, afirmar que fora o segundo a transmitir a ele o vírus é manifestação na mais pura essencial de um critério que se afastando da cientificidade e objetividade de uma conclusão, nomeadamente o critério da presunção. Basta ressaltar que na maioria dos casos a pessoa infectada é ofendido fez a testagem de descoberta pela primeira vez.

5. Por último, uma nota. Junto a importância de produzir conhecimento interdisciplinar é acompanhada pela dificuldade de fazê-lo. Os autores declaram sobre o estudo que ambos não têm formação em quaisquer das ciências médicas e não tiveram no escrito auxílio que alguém nelas competentes, sequer para revisão. O estudo foi feito com seriedade científica, e sua leitura deve ser feita de igual forma. A maioria dos ter-

mos e conceitos são simplesmente aplicados de forma literal, tal como se apresenta nos *pappers* ou de fontes concorrentes utilizadas. Ao se afirmar sobre o conceito base a condição de consenso científico, transmitiu-se o que se consta no estudo base da pesquisa. A ausência de outros estudos, tanto se posicionando de acordo como de forma divergente em relação ao tema decorreu da dificuldade de identificá-los. Afirma-se como tal por ausência de êxito em nossas pesquisas – mas, certamente, devem existir. Portanto, duas ressalvas devem ser feitas em relação ao conceito Indetectável = Intransmissível” (I=I), base da pesquisa, e a afirmação de que ele se apresenta como um consenso. A primeira é que se trata de uma afirmação emprestada do artigo que se apresenta como base do estudo, não fizemos uma revisão bibliográfica sobre o tema, o que obviamente relativiza fortemente a legitimidade da afirmação. Não obstante, a segunda é que o estudo escolhido como marco teórico, denominado de PARTNER, foi uma pesquisa observacional prospectiva conduzida em 75 centros clínicos de 14 países europeus, com o objetivo de avaliar o risco de transmissão sexual do HIV entre casais sorodiscordantes, nos quais o parceiro HIV positivo estava em terapia antirretroviral (TAR) com supressão viral. A pesquisa foi dividida em duas fases: a primeira, denominada PARTNER1, realizada entre setembro de 2010 e maio de 2014, incluiu casais heterossexuais e homossexuais; a segunda, PARTNER2, estendeu-se até abril de 2018, focando exclusivamente em casais homossexuais masculinos. Ressalte-se que a empreitada, aparentemente, se apresenta como pesquisa original em relação metodologia empírica e amplitude da amostra em relação ao tema. Ademais, é uma publicação da revista *The Lancet*, um dos veículos científicos com maior tradição e legitimidade no mundo. Em relação a possíveis equívocos no uso e emprego dos conceitos de área não jurídica, pede-se desculpas antecipada aos leitores, sobretudo aos eventuais próprios das áreas pertinentes - eles certamente podem existir.

5. Conclusão

O presente estudo percorreu em seu desenvolvimento os problemas teóricos e de aplicação concreta do direito relacionada à imputação de responsabilidade penal em casos envolvendo pessoas soropositivas submetidas à Terapia Antirretroviral (TARV), explorando o impacto do conceito “Indetectável = Intransmissível” (I=I) na delimitação do crime impossível como limitação ao enquadramento penal da tentativa, ressaltando-se a estrutura do direito positivo brasileiro.

Na introdução, delimitou-se a problemática central, evidenciando como o avanço científico no tratamento do HIV impõe questões de complexidade adicional que não podem ser compreendidas a partir de uma

análise superficial quanto a imputação de tentativa, ressaltando a ênfase que deve ser dada ao crime impossível no quadro de análise delimitado como objetivo da investigação. Em seguida, breve menção onde se destaca a evolução do tratamento do vírus HIV, seguida da análise, em especial, dos achados que foram obtidos nos estudos PARTNER, publicado na revista *The Lancet*, que comprovaram a inexistência de risco de transmissão sexual em indivíduos com carga viral indetectável, fornecendo o alicerce técnico-científico para a argumentação que posteriormente se realizou.

A parte vestibular do desenvolvimento explorou as bases normativas e dogmáticas da tentativa e a condição do crime impossível como limite ao enquadramento penal dos crimes tentados, conforme dispõe expressamente o direito penal brasileiro no artigo 17 do Código Penal. Sustentou-se, nesse panorama, a compreensão do crime impossível como fundamental limitação expressa à imputação penal, que deve ser considerada de forma acentuadamente rigorosa no grupo de casos objeto de análise.

A análise e discussão resultaram a compreensão de como a desconsideração das evidências científicas no contexto judicial pode levar a erros de julgamento e arbitrariedades. Sustentou-se, na sustentação da hipótese, a imperiosa necessidade de ter em consideração a latente possibilidade de atipicidade da tentativa dos indivíduos soropositivos submetidos a TARV eventualmente destinatários de procedimento penal por acusação que diz respeito a tentativa de crime doloso em razão de terem realizado ato sexual com soro divergente por efeito da condição em potência de não ser possível a transmissão do vírus pelos efeitos da referida profilaxia, sendo toda a discussão restrita aos casos de estrutura pertinente aos relacionados a discussão.

Conforme amostra ilustrativa trazida a colação, a discussão interdisciplinar, assim como a repercussão do conhecimento da literatura especialidade das ciências relacionadas a medicina não são adequadamente tratadas ou até mesmo ignoradas pela doutrina e jurisprudência, sendo a implicação que os avanços relacionados a TARV despercebidos e, junto a eles, a profunda relevância da instituição que se apresenta como limitação à imputação penal da tentativa, nomeadamente o crime impossível.

Baseando-se no conhecimento atual da ciência especializada, a hipótese que foi inicialmente estabelecida para solucionar o problema traduziu considerar a condição em potencia do TAR em pacientes de HIV a partir do padrão do conceito $I=I$ (*Indetectável = Intransmissível*), ou seja, a carga viral do submetido a profilaxia atinge níveis baixos ao ponto de tornar a infecção por relação sexual a pessoa sorodivergente sem possibilidade concreta, implica em solucionar no grupo de casos delineados

que relação sexual, o conceito de “absolutamente”, previsto no art. 17 do Código Penal ao tratar do crime impossível, encontra-se plenamente caracterizado nos casos em que o sujeito ativo, sendo paciente em Terapia Antirretroviral (TARV) e apresentando carga viral reduzida a níveis indetectáveis devido à adesão eficaz ao tratamento, demonstra risco de transmissão efetivamente inexistente. A conclusão foi pela confirmação da hipótese.

6. Referências

BRANDÃO, Cláudio - *Tipicidade penal: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático*. Coimbra: Almedina, 2012. p. 105.

BRASIL. Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 30 dez. 2024.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Boletim Epidemiológico HIV/AIDS 2022*. Brasília: Ministério da Saúde, 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/boletins-epidemiologicos>. Acesso em: 30 dez. 2024.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *Apelação Criminal nº 938947-2010/011516183APR*. Relator: Roberval Casemiro Belinati. 2ª Turma Criminal. Julgado em: 28 abr. 2016. Publicado em: 9 maio 2016.

PALMA, Maria Fernanda - *Da “Tentativa Possível” em Direito Penal*. Coimbra: Almedina, 2006.

PAUL, A.; VOLBERDING et al. In *New England Journal of Medicine*. Volume 333, número 7, p. 401-407, 17 ago. 1995. DOI: 10.1056/NEJM199508173330701.

RICHMAN, D. D.; FISCHL, M. A.; GRIECO, M. H.; GOTTLIEB, M. S.; VOLBERDING, P. A.; LASKIN, O. L.; LEEDOM, J. M.; GROOPMAN, J. E.; MILDVAN, D.; HIRSCH, M. S. et al. *The toxicity of azidothymidine (AZT) in the treatment of patients with AIDS and AIDS-related complex*. In *The New England Journal of Medicine*, v. 17, p. 192-197, 1987.

RODALE, A.; DORELL, S.; RODRIGUEZ, D.; et al. *Risk of HIV transmission through condomless sex in serodifferent couples when the HIV-positive partner is using suppressive antiretroviral therapy: PARTNER study*. *The Lancet*, Londres, v. 393, n. 10189, p. 2428-2438, 2016. Disponível em: [https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736\(19\)30490-4/fulltext](https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(19)30490-4/fulltext). Acesso em: 30 dez. 2024.

RODALE, A.; HILL, K.; KASTRUP, C.; et al. *HIV transmission risk through condomless sex in gay couples with suppressive ART: PARTNER2 study*. *The Lancet HIV*, Londres, v. 5, n. 9, p. e438-e447, 2018. Disponível em: [https://www.thelancet.com/journals/lanhiv/article/PIIS2352-3018\(18\)30132-3/fulltext](https://www.thelancet.com/journals/lanhiv/article/PIIS2352-3018(18)30132-3/fulltext). Acesso em: 30 dez. 2024.

ROXIN, Claus - *Derecho Penal. Parte general: fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. T. I. Madrid: Civitas, 1997.

ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 71.

Santa Casa de Misericórdia de Porto Alegre. *HIV, PCR Quantitativo em Tempo Real*. Disponível em: <https://www.santacasa.org.br/laboratorio-de-biologia-molecular/hiv-pcr-quantitativo-em-tempo-real>. Acesso em: 30 dez. 2024.

SANTOS, Juarez Cirino dos - *Direito Penal. Parte Geral*. 3ª ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008.

WELZEL, Hans - *El Nuevo Sistema del Derecho Penal: una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Tradução e notas por José Cerezo Mir. 2ª reimpressão. Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de F, 2004. p. 6 e ss.