



SIDIO ROSA DE MESQUITA JÚNIOR - OAB DF 13.132
SHIGS 705, bloco i, casa 47, Brasília, Distrito Federal, 70.350-709
sidiojunior@gmail.com - 61-9268.2161 (WhatsApp) - www.sidiojunior.blogspot.com

EXCELENTÍSSIMO MINISTRO PRESIDENTE DO EGRÉGIO SUPERIOR TRIBUNAL
DE JUSTIÇA¹

SIDIO ROSA DE MESQUITA JÚNIOR, brasileiro, casado, residente no SHIGS 705, bl. i, casa 47, em Brasília-DF, CEP 70.2350-709, seu endereço profissional, Advogado inscrito na OAB/DF sob o n. 13.132, **1º impetrante**, e

VINÍCIUS ALVES DE LIMA, brasileiro, solteiro, inscrito na OAB/DF n. 39.644 e com endereço profissional no Residencial Paraty, Praça 3, ap. 404, Setor Sul, Gama-DF, CEP 72.410-239, **2º impetrante**, em favor de

YYY, brasileiro, natural de Brasília-DF, nascido em aaa, filho de bbb, residente na ccc, **paciente**, vêm impetrar

¹ Este é um caso real. Espero que a petição sirva de exemplo do que se deve fazer ou deixar de fazer na impetração de *habeas corpus* perante tribunal superior. Não está perfeito. Mas, o tema é interessante. A ideia é demonstrar que a imputação alternativa, seja ela subjetiva ou objetiva, reduz a ampla defesa e o contraditório e, no mérito, evidenciar que o HPV, parente muito próximo do HIV, não pode ser tratado como doença venérea ou sexualmente transmissível (o sexo é uma das diversas formas possíveis de transmissão).

HABEAS CORPUS
com pedido de liminar

em face do **Presidente da 0ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, autoridade coatora**, expondo e requerendo o seguinte:

Prequestionamentos infraconstitucional e constitucional explícitos

1. A ementa da decisão que recebeu a denúncia e o seu voto condutor evidenciam a discussão explícita da **imputação alternativa** e da incidência do art. 5º, inc. LV, da CF, afetado pela acusação indeterminada ou alternativa, violando o art. 5º, inc. XXXIX da CF e art. 1º do CP (a ementa do acórdão impugnado, a seguir, evidenciará tanto as questões constitucional e infraconstitucional).

Síntese fática e decisão coatora ilegal

2. O paciente conviveu com **XXX**, de aproximadamente Mai2017 a Nov2018 (ela afirmou em delegacia de polícia que o namoro foi de aproximadamente um ano, terminando em Nov2018).

3. Sua ex-convivente é desequilibrada psicologicamente e, descontente com o término do relacionamento, em 30.4.2019, registrou a Ocorrência n. 000/2019-0, junto à Delegacia Especial de Atendimento à Mulher da Polícia Civil do Distrito Federal, narrando:

Compareceu a esta Especializada a COMUNICANTE/OFENDIDA, XXX, informando-nos que namorou YYY, ora AGRESSOR, por aproximadamente 1 (um) ano, esclarecendo que as partes não chegaram a residir sob o mesmo teto e não possuem filhos em comum, colocando fim ao relacionamento em novembro de 2018. Segundo a DECLARANTE, YYY não

possui perfil agressivo ou violento, não tendo agredido física ou moralmente XXX em ocasiões anteriores. Relata que o AGRESSOR não faz uso de álcool ou substâncias entorpecentes. Informa que durante o relacionamento, ficou sabendo, por "fofocas", que o AGRESSOR possuía HPV, mas todas as vezes em que confrontava YYY, ele negava possuir a doença, chegando a dizer que se tivesse HPV, a OFENDIDA já teria contraído. Afirma que, confiando no então namorado, teve, por diversas vezes, relações sexuais com o AGRESSOR sem o uso de preservativo; Ocorre que, assim que as partes colocaram fim à relação, começaram a aparecer algumas verrugas em sua região genital, de forma que, tão logo percebeu a situação, entrou em contato com YYY, que acabou por confirmar que possuía HPV, pedindo desculpas para a OFENDIDA e dizendo que a ajudaria a arcar financeiramente com o tratamento. Aduz que em 10 de janeiro de 2019, procurou atendimento na Clínica Acesso Saúde, em Taguatinga/DF, quando a médica declarou que XXX estava com os sintomas de HPV, prescrevendo medicação específica devido a coceira no órgão sexual; esclarece que precisou entrar em contato com o AGRESSOR em diversas ocasiões para que ele a ajudasse a pagar a consulta, informando que o ex-namorado de fato acabou arcando com os pagamentos de uma consulta e algumas medicações. Narra que na data de hoje, 30.4.2019, por volta das 12h, YYY, através de mensagem pelo aplicativo WhatsApp, durante diálogo em que a OFENDIDA informava que não tinha o dinheiro para pagar a vacina contra o HPV, YYY ofendeu moralmente, chamando-a de "VINGATIVA". A DECLARANTE ressalta que após o fim do namoro com o AGRESSOR, somente manteve relação sexual com preservativo, esclarecendo que somente com YYY o ato sexual fora sem "camisinha". A VÍTIMA informa que possui algumas gravações de diálogos telefônicos que teve com o ex-namorado, nos quais ele confirma que tem HPV e concorda em auxiliá-la com o tratamento necessário, chegando a descrever os sintomas que XXXA passaria a ter a partir de então. Informada quanto à importância de apresentar o aparelho celular para apreensão e encaminhamento à perícia, declarou não poder dispor do referido objeto, sendo orientada a preservá-los; Neste ato, deseja representar e requerer pela apuração criminal dos fatos, ficando ciente do prazo decadencial de seis meses para entrar com a queixa-crime junto no judiciário, em sendo o caso. Foi informada da impossibilidade do arquivamento do presente procedimento na esfera policial. Quanto às Medidas Protetivas de Urgência, previstas na Lei n. 11.340/2006, desejou requerê-las, conforme termo anexo. Devidamente ORIENTADA e ACONSELHADA sobre a possibilidade de ser acolhida na Casa Abrigo, manifestou não ter interesse em tal proteção. Desde já, a OFENDIDA autoriza sua intimação pessoal sobre os atos processuais relativos ao AGRESSOR por telefone, e-mail, WhatsApp ou outro meio tecnológico

sério e idôneo. Foi cientificada sobre o grupo de empoderamento para mulheres, manifestando interesse em participar. (id. 000, p. 6-7).

4. A mulher que buscava vingança, depôs na delegacia na mesma data do registro da ocorrência policial (id. 000, p. 8-9). Instaurado inquérito policial, em 8.5.2019, o paciente prestou declarações no dia 17.5.2019, informando ter mantido relações sexuais frequentes com a ex-namorada sem camisinha mesmo depois que ela foi informada ser ele portador de HPV e que, após o namoro, a ajudou financeiramente. Ocorre que no dia do registro da ocorrência policial, a informou não ter dinheiro para pagar a vacina contra HPV, exigida por ela, razão do registro da ocorrência (id. 000, p. 1).

5. No dia 1.5.2019 foi instaurado o Processo Cautelar n. ddd, eis que ela representou por medidas protetivas de urgência, o que ensejou a seguinte decisão do 2º Juizado de Violência Doméstica e Familiar de Brasília:

Trata-se de requerimento de medidas protetivas formulado por XXX em face de YYY.

Fundamento e decido.

Não obstante as declarações da vítima perante a autoridade policial, os elementos colhidos até o momento são insuficientes para acolher o pedido.

Para conceder as medidas requeridas, o juízo deve possuir mais elementos para análise do caso, valendo destacar que, conforme declarações da requerente, o ex-namorado não está indo atrás dela ou a perseguindo, havendo apenas dito que ela seria "vingativa", em discussão via "WhatsApp" sobre o custo para tratamento de HPV contraído pela vítima no curso do relacionamento com o ofensor, o que está longe de configurar injúria.

No que concerne ao contágio de doença venérea, a questão não demanda proibição de aproximação, pois as declarações da requerente indicam que não há aproximação entre as partes, visto que as conversas são travadas via "WhatsApp".

Ante o exposto, INDEFIRO o requerimento em plantão judiciário.

Intime-se. Confiro a esta decisão força de mandado. Após, encaminhem-se os autos ao juízo natural, para vista ao Ministério Público e prosseguimento do feito. (id. 000, p. 9)

6. No dia 30.7.2019, o MPDFT ofereceu denúncia contra o paciente, expressando:

No ano de 2018, em Brasília/DF, o denunciado, com vontade livre e consciente, por meio de relações sexuais, expôs sua namorada XXX a contágio de moléstia venérea de que sabia ou deveria saber de que estava contaminado. No mesmo contexto, assumindo o risco de produzir o resultado, o denunciado ofendeu a saúde da vítima, transmitindo-lhe doença venérea por meio de relações sexuais.

Consta que o casal namorou no ano de 2018, o denunciado fez sexo com a vítima sem usar preservativos e omitiu que era portador do vírus HPV.

Durante o namoro, a vítima ouviu “fofocas” de que o denunciado teria tal doença, perguntou a ele, mas o denunciado negou. E continuaram a se relacionar sem camisinha.

O relacionamento terminou em novembro de 2018.

Após o término, a vítima descobriu ser portadora do vírus do HPV, teve lesões na genitália e precisou se submeter a tratamento.

Assim, por estar incurso no art. 130 (perigo de contágio venéreo) e art. 129, § 9º (lesão corporal), do Código Penal, c/c o art. 5º, inciso III, da Lei 11.340/06, requer o Ministério Público:

- 1) a citação de **YYY**, para responder à acusação, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias, bem como a intimação das pessoas abaixo arroladas para prestar depoimento em juízo;
- 2) a condenação do denunciado pelos danos materiais e morais sofridos pela vítima, com fulcro no art. 387, IV, CPP.

ROL:

- 1) XXX – vítima (fl. 7/8). (id. 000)

7. Na mesma data do oferecimento da denúncia foi feita a pesquisa e constatado que **o paciente tem bons antecedentes criminais e é primário** (Id. 000 e 000). A seguir, em 2.8.2019, o 2º Juizado de Violência Doméstica

e Familiar Contra a Mulher de Brasília, decidiu rejeitar a denúncia nos seguintes termos:

Instaurado o Inquérito Policial 001/19 – DEAM para apurar notícia de injúria e perigo de contágio venéreo atribuídos a YYY por YYY ocorridos entre 1º de dezembro de 2018 e 30 de abril de 2019, conforme notícia constante na Comunicação de Ocorrência Policial 001/19 – DEAM, o representante do Ministério Público denunciou o primeiro como incurso nas penas dos artigos 130, *caput*, e 129, § 9º, do Código Penal (id 000).

Contudo, a despeito de imputada ao denunciando a prática de duas infrações constato que estas são evidentemente incompatíveis, pois ao mesmo tempo em que é narrado que YYY expôs sua então namorada XXX a contágio de moléstia venérea que sabia ou deveria saber de que estava contaminado há registro de que no mesmo contexto, assumindo o risco de produzir o resultado, o agente ofendeu a saúde da vítima transmitindo-lhe doença venérea por meio de relações sexuais, conquanto ausente demonstração dessa contaminação.

Tal situação impõe reconhecer a figura da denominada “denúncia alternativa” que ocorre quando a peça vestibular atribui mais de uma conduta penalmente relevante e que, embora prováveis, apenas uma delas pode resultar em efetiva responsabilização tal como ocorre no caso submetido à análise, em que o perigo de contágio e a lesão à saúde decorrente de contágio são incompatíveis e excludentes uma em relação à outra, pois ou o agente causou com sua conduta o risco de contaminação – crime de perigo –, ou produziu o resultado – dano à saúde –, sem possibilidade da aplicação das regras de concurso, o que redundaria na inépcia da denúncia por inobservância do disposto no artigo 41 do Código de Processo Penal pelo prejuízo ao exercício do direito de defesa que deve ser assegurado ao réu conforme escólio de Renato Brasileiro de Lima em sua obra “Código de Processo Penal Comentado”, Ed. JusPODIVM, 3ª edição, pág. 202:

“Imputação alternativa: de acordo com Afrânio Silva Jardim (*Direito Processual Penal, 11ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002. p. 149*), ‘*diz-se alternativa a imputação quando a peça acusatória vestibular atribui ao réu mais de uma conduta penalmente relevante, asseverando que apenas uma delas efetivamente terá sido praticada pelo imputado, embora todas se apresentem como prováveis, em face da prova do inquérito. Desta forma, fica expresse, na denúncia ou queixa, que a pretensão punitiva se lastreia nesta ou naquela ação narrada*’.

(...). A despeito da construção doutrinária em torno da imputação alternativa, é bom destacar que a maioria da doutrina se posiciona

contrariamente a ela, já que, ainda quando houver compatibilidade entre os fatos imputados, seu oferecimento quase sempre acarreta dificuldades ao exercício do direito de defesa. Uma imputação penal alternativa, além de constituir transgressão do dever jurídico que se impõe ao Estado de expor o fato criminoso com todas as suas circunstâncias, qualifica-se como causa de nulidade absoluta por inviabilizar o exercício da ampla defesa.”

Nesse mesmo sentido preleciona Guilherme Nucci in “Código de Processo Penal Comentado” Ed. RT, 10ª edição, pág. 163:

“Denúncia ou queixa alternativa: entendemos ser inviável essa modalidade de denúncia ou queixa. Se o órgão acusatório está em dúvida quanto a determinado fato ou quanto à classificação que mereça, deve fazer sua opção antes do oferecimento, mas jamais apresentar ao juiz duas versões contra o mesmo réu, deixando que uma delas prevaleça ao final. Tal medida impossibilita a ideal e ampla defesa pelo acusado, que seria obrigado a apresentar argumentos em vários sentidos, sem saber, afinal, contra qual conduta efetivamente se volta o Estado-acusação. É, também, o magistério de José Henrique Rodrigues Torres: ‘O fato imputado deve ser certo e determinado, exatamente para que o acusado possa defender-se com segurança. Não se pode transformar a denúncia em uma metralhadora giratória, cujo gatilho é acionado pela álea do conjunto probatório’.”

Tal entendimento é, ademais, endossado pelo Superior Tribunal de Justiça, pois em análise de semelhante questão relacionada a ação penal na qual era imputada concomitantemente a um indivíduo a prática de roubo e de receptação do único objeto reconheceu a existência de prejuízo ao exercício do direito de defesa do réu por entender não ser viável, em havendo descrição de condutas flagrantemente incompatíveis entre si, o processamento da ação penal para que apenas uma prevaleça a depender da prova obtida durante a instrução:

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. 1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. EXAME EXCEPCIONAL QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 2. ROUBO E RECEPÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE O AUTOR DO ROUBO RESPONDER POR RECEPÇÃO. UTILIZAÇÃO DO BEM. MERO EXAURIMENTO. 3. DÚVIDAS QUANTO À CONDOTA PRATICADA. ROUBO OU RECEPÇÃO. INVIABILIDADE DE DENÚNCIA ALTERNATIVA. OFENSA À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. 4. DENÚNCIA POR ROUBO. AUSÊNCIA DE PROVA DA AUTORIA. CONDENAÇÃO POR RECEPÇÃO. SOLDADO DE RESERVA. NÃO OCORRÊNCIA. 5. NOVA DEFINIÇÃO JURÍDICA. CIRCUNSTÂNCIAS TRAZIDAS

DURANTE A INSTRUÇÃO MUTATIO LIBELLI. DISCIPLINA DO ART. 384 DO CPP. NÃO OBSERVÂNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. NULIDADE PARCIAL DA SENTENÇA. 6. DOSIMETRIA RELATIVA AOS DEMAIS ROUBOS. VIOLAÇÃO DO VERBETE 444/STJ. RÉU QUE NÃO ESTUDA NEM TRABALHA. FATOR QUE, POR SI SÓ, NÃO SE PRESTA A DESABONAR A CONDUTA SOCIAL. 7. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. TRAUMA SOFRIDO, SITUAÇÃO COMUM ÀS VÍTIMAS DE CRIMES. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS CONCRETOS. INVIABILIDADE. 8. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. 1. (...). 2. Não é possível cumular na denúncia a prática de roubo e de receptação da mesma coisa. De fato, acaso o bem tenha sido roubado pelo paciente, não pode responder pela receptação dele, porquanto o uso do bem roubado pelo próprio agente nada mais é que post factum impunível, ou seja, mero exaurimento, razão pela qual não pode responder também pelo delito do art. 180 do Código Penal. 3. (...). Não se mostra consentânea com o processo penal constitucional a possibilidade de o promotor, em caso de dúvida, formular duas narrativas, de maneira alternativa, para que ao fim da instrução, possa o Juiz escolher uma ou outra infração, porquanto ficaria sua defesa prejudicada, haja vista a imprecisão da denúncia. 4. (...). (STJ, HC 179927/RJ, 5ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 11.4.2013)

Por tal fundamento REJEITO A DENÚNCIA de id 000 com fundamento no artigo 395, inciso I, do Código de Processo Penal.

Dê-se ciência ao Ministério Público. (id. 000)

8. Não obstante ser a decisão que rejeitou a denúncia (transcrita) impecável, o MPDFT interpôs recurso em sentido estrito, com fulcro no art. 581, inc. I, do CPP, fazendo emergir **a decisão guerreada nesta ação mandamental, assim ementada:**

EMENTA: PROCESSO PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. INÉPCIA DA DENÚNCIA. ART. 41 DO CPP. REJEIÇÃO DENÚNCIA. NÃO CABIMENTO. RECURSO PROVIDO.

1. A extinção da ação penal por inépcia formal da denúncia é medida de caráter excepcional.

2. É dever do órgão acusatório expor o fato criminoso com todas as suas circunstâncias para que seja viabilizado o exercício do direito ao contraditório, nos termos do art. 41 do CPP

3. No processo penal o acusado defende-se dos fatos que lhe são imputados, pouco importando a classificação que lhes seja atribuída, até

mesmo porque o magistrado não fica vinculado à classificação do crime feita na denúncia (*narra mihi factum dabo tibi jus*).

4. Na presente hipótese, não é cabível a rejeição da denúncia sob exame, pois presentes os requisitos do art. 41 do CPP, os pressupostos processuais, as condições da ação, bem como o lastro probatório mínimo a evidenciar a presença de justa causa que autorize o prosseguimento do processo criminal.

5. Recurso provido. (id. 000)

9. O voto que foi condutor da decisão ementada (acima), da lavra do Desembargador de Justiça J. J. Costa Carvalho, é sucinto, ***ficando adstrito à tese de que a denúncia deve narrar fatos, sendo irrelevante a capitulação legal, in litteris:***

Prevalece, ainda, o entendimento de que no processo penal o acusado defende-se dos fatos que lhe são imputados, pouco importando a classificação que lhes seja atribuída, até mesmo porque o magistrado não fica vinculado à classificação do crime feita na denúncia (*narra mihi factum dabo tibi jus*). (id. 000, p. 7)

10. *Data venia*, a ***imputação alternativa*** restringe o contraditório e viola a ampla defesa. Outrossim, a decisão ilegal se olvida da disposição expressa no CPP, *in verbis*:

Art. 41. A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, **a classificação do crime** e, quando necessário, o rol das testemunhas.

11. A norma, especialmente a de conteúdo criminal, não contém palavras vãs. Conforme demonstrará é absurda a pretensão acusatória, dificultando significativamente a defesa. De todo modo, é sabido que os tribunais e esse egrégio Tribunal da Cidadania entende ser secundária a capitulação legal. Porém, nem mesmo os fatos estão devidamente claros na denúncia.

Dolo de dano ou dolo de perigo?

12. O dolo e a negligência devem ser provados, sendo que a denúncia não demonstra isso confundindo a defesa ao imputar 1 crimes incompatíveis, eis que o crime de perigo é subsidiário. *In casu*, dolo de dano no crime de perigo o qualificará, a saber:

Perigo de contágio venéreo

Art. 130 - Expor alguém, por meio de relações sexuais ou qualquer ato libidinoso, a contágio de moléstia venérea, de que sabe ou deve saber que está contaminado:

Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa.

§ 1º - Se é intenção do agente transmitir a moléstia:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

§ 2º - Somente se procede mediante representação.

13. O dolo de perigo leva ao crime do art. 130 do Código Penal. Ainda que o paciente tivesse a intenção de transmitir o HPV, caso a sua ex-convivente não tivesse contraído o vírus, poderia se pensar no crime qualificado (Nelson Hungria propôs doutrinariamente que a hipótese deveria ser a de lesão corporal), eis que se trata de crime de consumação precipitada (formal).² No entanto, algumas correções merecem ser feitas.

14. É necessário o dolo de perigo para caracterização do crime do art. 130 do Código Penal, ainda que seja a intenção do agente transmitir a doença. Só que a transmissão não é automática, dependendo de muitos fatores.

15. O voto condutor nega a incidência de ***denúncia alternativa, ab absurdo***, sustentando:

² HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 5, p. 406.

Com a devida vênia do d. magistrado *a quo*, entendo que ***os fatos narrados na denúncia não são incompatíveis entre si, tendo sido ambos praticados, em tese, pelo recorrido com dolos distintos***, não se tratando, pois, de “denúncia alternativa”, em que se propõe que o acusado responda por apenas algum dos crimes a ele imputados. (id. 000, p. 7)

16. Pedir para que o paciente seja condenado pelo crime de lesão corporal leve (crime de dano) e contágio de doença venérea (crime de perigo) é inaplicável porque o princípio da subsidiariedade impõe o afastamento deste em privilégio àquele. Com efeito, o MPDFT incorre *in contradictio in terminis* que inviabiliza o recebimento da denúncia, isso por força do art. 395, inc. I, do CPP, o que foi corretamente efetivado na origem. No entanto, a 1ª Turma Criminal do TJDFT alterou a situação ao receber a denúncia, impedindo que o paciente possa saber efetivamente de qual crime é acusado, uma vez que o concurso de crimes, na espécie, é impossível.

Transmitir HPV (o vírus da discórdia) não é transmitir doença venérea

17. O ***Human Papiloma Virus*** (HPV) é extremamente comum e contagioso, não apresentando sintomas na maioria dos casos. “*Nem mesmo o uso da camisinha pode prevenir totalmente o contágio, que pode acontecer durante a relação sexual ou sexo oral*”.³ Em face do elevado percentual de adultos contaminados, é notório – e o que é notório prescinde de provas – que a Medicina informa que o contágio é praticamente impossível em algumas variantes do vírus e quando a pessoa está assintomática, situação que perdurou com o paciente durante toda convivência com XXX.

³ BBC NEWS. Brasil. 5 coisas que você deveria saber sobre o vírus sexualmente transmissível que afeta 80% dos adultos. 15.2.2017. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/geral-38959399>>. Acesso em: 25.8.2021, às 22h45.

18. O Ministério da Saúde publicou um Guia prático sobre o HPV, no qual se verifica que existem mais de 150 tipos diferentes de HPV, sendo que “Na maioria dos casos, o HPV não apresenta sintomas e é eliminado pelo organismo espontaneamente”. E, observe-se que o HPV não é transmitido unicamente por via sexual:

6. Como o HPV é transmitido?

O vírus HPV é altamente contagioso, sendo possível contaminar-se com uma única exposição, e a sua transmissão acontece por contato direto com a pele ou mucosa infectada. A principal forma é pela via sexual, que inclui contato oral-genital, genital-genital ou mesmo manual-genital. Portanto, o contágio com o HPV pode ocorrer mesmo na ausência de penetração vaginal ou anal. Também pode haver transmissão durante o parto. Embora seja raro, o vírus pode propagar-se também por meio de contato com a mão.

Como muitas pessoas portadoras do HPV não apresentam nenhum sinal ou sintoma, elas não sabem que são portadoras do vírus, mas podem transmiti-lo.⁴

19. Tratar o HPV como doença sexualmente transmissível é equivalente a tratar, também a transmissão do HIV (*Human Immunodeficiency Virus*) como crime do art. 130 do Código Penal. No entanto, conforme ensina a Família Delmanto:

A SIDA (*Síndrome de Imunodeficiência Adquirida*) não pode ser considerada, rigorosamente, moléstia venérea. A sua transmissão pode se dar por inúmeras formas, tanto por pessoas contaminadas quanto não contaminadas; além da via sexual, pela própria gravidez, pelo uso de material cirúrgico e odontológico contaminados, pelo emprego de seringas usadas, por transfusão sanguínea, pelo ato de efetuar tatuagem ou

⁴ BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. Guia prático sobre o HPV: guia de perguntas e respostas para profissional de saúde. Brasília: MS, 2014. Disponível em: <<https://portalarquivos2.saude.gov.br/images/pdf/2014/marco/07/guia-perguntas-respostas-MS-HPV-profissionais-saude2.pdf>>. Acesso em: 26.8.2021, às 14h32.

acupuntura com agulhas infectadas, por agressões com objetos cortantes ou perfurantes contaminados etc.⁵

20. Veja-se que o Decreto n. 16.300, de 31.12.1923, dispunha: “Art. 185. Para os efeitos deste regulamento serão consideradas doenças venereas a syphilis, a gonorrhéa e o cancro molle ou cancro venereo simples”. Revogado pelo Decreto de 5.9.1991, causa espanto que possamos ampliar o rol pela lacônica expressão: *doença sexualmente transmissível*.⁶ Não é sem propósito que Alberto Silva Franco *et al.* informam: “**Perante nossa lei, na falta de texto expresso, não cremos seja possível ampliar o catálogo das moléstias venéreas**”.⁷

21. Ainda que deixemos a classificação de doenças venéreas ou sexualmente transmissíveis para as ciências médicas, o HPV, em face das múltiplas possibilidades de transmissão não pode ser assim tratado.

22. *Permissa venia*, quando o paciente conheceu a ex-namorada ela já poderia ser portadora de HPV, o que faria incidir o crime impossível,⁸ eis que o Ministério da Saúde informa:

3. Como o HPV se manifesta?

Na maioria dos casos, o HPV não apresenta sintomas e é eliminado pelo organismo espontaneamente.

O HPV pode ficar no organismo durante anos sem a manifestação de sinais e sintomas. Em uma pequena porcentagem de pessoas,

⁵ DELMANTO, Celso *et al.* *Código penal comentado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 282.

⁶ COSTA, Álvaro Mayrink da. *Direito penal: parte especial*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 272.

⁷ FRANCO, Alberto Silva *et al.* *Código penal e sua interpretação jurisprudencial: parte especial*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1197. c. 1, t. 2, p. 2185.

⁸ JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal: parte especial*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 2, p. 151.

determinados tipos de HPV podem persistir durante um período mais longo, permitindo o desenvolvimento de alterações das células, que podem evoluir para as doenças relacionadas ao vírus. Essas alterações nas células podem causar verrugas genitais, lesão pré-maligna de câncer (também chamada de lesão precursora), vários tipos de cânceres, como os do colo de útero, vagina, vulva, ânus, pênis e orofaringe, bem como a Papilomatose Respiratória Recorrente (PRR).⁹

23. Nestor Távora e Rosmar Alencar citam Afrânio Silva Jardim para tratar da **imputação alternativa** (objetiva e subjetiva) e, ao exemplo da decisão que rejeitou a denúncia, aduzem que ela “torna fluida e variável a acusação, em flagrante instabilidade a prejudicar a atuação da defesa”.¹⁰ No caso vertente, não sendo considerado o caso de **imputação alternativa objetiva**, estamos diante de mais grave violação do direito à ampla defesa, eis que se confunde o paciente, não se esclarecendo se ele é acusado de crime de dano ou de perigo, quando evidentemente, os crimes dos quais é acusado são incompatíveis.

24. Demercian e Maluly corroboram expondo:

A descrição alternativa ou deficiente do fato delituoso representa, por si, lesão ao contraditório. O acusado não pode exercer na sua amplitude o seu direito de defesa se a própria acusação não é clara e bem definida. A ação penal iniciada nesses moldes é **nula de pleno direito e o defeito insanável e improrrogável da peça acusatória pode ser reconhecido, a qualquer tempo, através de pedido de ordem de habeas corpus**,

⁹ BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. Guia prático sobre o HPV: guia de perguntas e respostas para profissional de saúde. Brasília: MS, 2014. Disponível em: <<https://portalarquivos2.saude.gov.br/images/pdf/2014/marco/07/guia-perguntas-repostas-MS-HPV-profissionais-saude2.pdf>>. Acesso em: 26.8.2021, às 14h32.

¹⁰ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 11. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016. p. 286.

acarretando a nulidade de todos os atos subsequentes que com ela guardem relação (art. 573, §§ 1º e 2º, do Código de Processo Penal).¹¹

25. Observe-se que o órgão acusador não arrola testemunha. Tem-se apenas a vítima e a certeza de que ela contraiu HPV. No entanto, dizer que o paciente foi quem transmitiu é exagero e se pretende uma suposta **verdade sabida**, o que é incabível. Di Pietro, sobre a processualística administrativa disciplinar, que se orienta pelos princípios da processualística criminal, ensina:

Verdade sabida é o conhecimento pessoal e direto da falta pela autoridade competente para aplicar a pena. É o conceito que consta do art. 271, parágrafo único, do Estatuto Paulista...

Esse dispositivo estatutário não mais prevalece, diante da norma do art. 5º, inc. LV, da Constituição, que exige o contraditório e ampla defesa nos processos administrativos. Mesmo antes da atual Constituição, já se entendia que o princípio da ampla defesa, previsto no artigo 153, § 16, para o processo penal, era aplicável às esferas civil e administrativa.¹²

26. Veja-se que relações sexuais consentidas se transformam em violência doméstica e familiar, invocando o MPDFT, o seguinte preceito legal:

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

(...)

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

27. O paciente, à ocasião dos fatos estava apaixonado pela sua convivente. Não tinha qualquer sintoma de ser portador de HPV, portanto, pensava

¹¹ DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. *Curso de processo penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: 2009. p. p. 112.

¹² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 546.

estar curado, fazendo incidir o erro de tipo, haja vista que não tinha dolo.

Nesse sentido, Damásio E. de Jesus ensinava:

E se o sujeito, infeccionado, julga-se curado por afirmação médica e pratica relações sexuais, responde por algum crime?

Existe erro de tipo escusável, excludente do dolo e da tipicidade do fato (CP, art. 20, *caput*).¹³

28. Feito o tratamento, não tendo qualquer lesão, o paciente acredita não ter transmitido HPV à ex-convivente. Mais ainda, ela informou à autoridade policial que teve relações sexuais após o término do relacionamento com o paciente (entre Nov2018 e Abr2019), utilizando camisinha. No entanto, conforme anteriormente transcrito, o Ministério da Saúde informa que o contágio pode se dar até mesmo na relação sexual com uso de preservativo.

29. O pior de tudo é que, em seu ímpeto de vingança, XXX, iniciou tratamento psicológico em Fev2018, por ocasião do relacionamento e, recentemente, pediu laudo psicológico em que a profissional fez consignar:

Destaca-se que este relatório não deve ser utilizado para finalidades diversas daquelas aqui especificadas, tendo caráter sigiloso. Trata-se de documento extrajudicial. Não me responsabilizo pelo uso dado ao relatório após a sua entrega à Srt.ª XXX em entrevista devolutiva presencial. (id. 100657875, p. 4).

30. Tal laudo só evidencia que a ex-namorada do paciente tem problemas psicológicos graves porque a mãe também é problemática e praticou abandono material ao ponto de ter ela passado fome na infância. Ainda nos primeiros contatos com a Psicóloga, no início de 2018, XXX manifestava *“preocupação e angústia em relação ao histórico de situações de abuso*

¹³ JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal: parte especial*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 2, p. 150.

familiar". (id. 000, p. 1) É com base unicamente na palavra dessa pessoa que o MPDFT deseja a condenação do paciente por dois crimes, um de perigo – crime-meio – e um de dano – crime-fim, ou não havendo dolo para a transmissão, lesão corporal negligente (CP, art. 129, § 6º), o que não está claro na denúncia.

31. Observe-se que os relatos contidos no laudo se comparados com os do boletim de ocorrência transcrito, evidenciam que a ex-namorada faz referência ao aparecimento dos sintomas de lesões por HPV após o término do namoro, tendo registrado a ocorrência policial, em efetiva vingança privada, remontando instituição criminal anterior à escrita, no dia que o paciente lhe informou não poder pagar a vacina contra HPV, 30.4.2019.

32. Sequer há como afirmar que o paciente infectou sua ex-convivente. Por oportuno, é conveniente expor caso análogo:

"Quando recebi a carta com o diagnóstico de HPV, eu não sabia o que era, então procurei na *internet* e descobri que era uma doença sexualmente transmissível. Pensei imediatamente então que meu parceiro tinha me traído", disse Laura Flaherty, de 31 anos, cuja história é muito parecida com a de muitas entrevistadas.

"Eu não sabia nada sobre o assunto. Me senti suja. Levei um tempo para entender que o vírus pode ficar inativo por muito tempo e que é bastante comum. Ninguém próximo a mim sabia disso", acrescentou Flaherty, que foi diagnosticada com câncer do colo do útero em 2016.¹⁴

33. Não esqueçamos que a ex-convivente poderia estar contaminada, portanto, haverá crime impossível. Nesse sentido:

¹⁴ IVES, Laurel. 4 mitos sobre o HPV, vírus de transmissão sexual que afeta maioria das pessoas. BBC News, 23.9.2018. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/geral-45546135>>. Acesso em: 26.8.2021, às 18h48.

Na mesma esteira, haverá crime impossível se a pessoa com a qual o agente mantém a relação sexual ou pratica ato libidinoso já estiver contaminada, situação em que o perigo de contágio não existirá.¹⁵

34. Não há como se afirmar ser o paciente o transmissor se não é possível saber quando a sua ex-convivente contraiu o HPV. Mais ainda, ***a imputação é alternativa ao requerer a condenação por dois crimes incompatíveis*** (art. 129 e art. 130 do CP), eis que um exclui o outro. Nesse sentido:

Os crimes de perigo são sempre subsidiários em relação aos correspondentes crimes de dano. Consequência haverá concurso aparente de normas, que se resolve pela subsidiariedade, sempre que, da exposição de perigo, resultar efetivo dano, ou seja a transmissão da moléstia. Se do ponto de vista subjetivo houve apenas dolo de perigo ou culpa, o agente responderá por lesões corporais culposas tão somente, se o contágio se opera.¹⁶

35. Rogério Sanches e Ronaldo Batista, embora repudiando a *imputação alternativa subjetiva*, admitem a *imputação alternativa objetiva*.¹⁷ Porém, no caso vertente, se há dolo é de perigo. Pior, nem isso porque o paciente pensava estar – e está – curado e o crime de perigo exige dolo. Assim, evidente a atipicidade da conduta. De todo modo, sem saber do que o acusam, o paciente não terá como se defender adequadamente.

36. Guilherme Dezem comentando a posição de Afrânio Silva Jardim, em sentido contrário, sustenta:

¹⁵ CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de direito penal: parte especial*. 12. ed. Salvador: JusPODIVM, 2020. p. 149.

¹⁶ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte especial*. 3. ed. São Paulo: José Bushatsky, 196. v. 1, p. 165.

¹⁷ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Código de processo penal e lei de execução penal comentados: artigo por artigo*. 4. ed. Salvador: JusPODVIM, 2020. p. 223.

De nossa parte, discordamos da posição apresentada por Afrânio Silva Jardim. Não é possível, dentro do processo penal pautado pelo respeito ao devido processo legal, que seja admissível tal modalidade de acusação.

Ora, se durante a investigação preliminar não se conseguiu apurar o crime cometido ou a sua autoria, não se pode admitir que a acusação impute duas condutas ou duas pessoas na esperança de que em juízo a situação se acerte.¹⁸

38. A decisão ilegal sustentar que o fato está determinado, sem expor se há dolo de dano ou dolo de perigo, transforma-se em incabível. Sequer se indica que o HPV contraído pela ex-convivente é o mesmo que o paciente foi acometido no passado (o vírus continua no corpo do paciente, mas temporariamente inativo), até porque, segundo a jurisprudência, “é necessário exame do acusado para a comprovação de que foi ele o causador da transmissão da moléstia à vítima que se positivou infectada”.¹⁹

A imputação alternativa: inexistência de violência doméstica

39. André Estevam esclarece que os crimes dos arts. 130-136 do CP, em regra, são subsidiários.²⁰ Ora, se o dano é negligente (ausência do dever de cuidado), não há dolo para o crime de dano, inexistindo violência doméstica a exigir a iniciativa pública incondicionada.

40. A denúncia, na origem, foi rejeitada pela incompatibilidade pela incidência cumulativa dos arts. 130 e 129 do CP. Essa incompatibilidade

¹⁸ DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de processo penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 282.

¹⁹ MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato Nascimento. *Manual de direito penal: parte especial*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 93.

²⁰ ESTEFAM, André. *Direito penal: parte especial (arts. 121 a 234-B)*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 240.

resta extrema de dúvidas. De outro modo, não demonstrado o dolo de dano e sim o dolo de perigo com dano negligente, evidentemente se afastarão os rigores da Lei n. 11.340, de 7.8.2006.

41. Não se pode determinar quando a ex-convivente do paciente foi contaminada, uma vez que ela já tinha vida sexual ativa desde muitos anos antes da primeira relação sexual com ele. Mais, ainda, sequer se sabe se os 2 foram contaminados pela mesma variante do HPV.

42. Nada há que justifique o pedido da ex-convivente do paciente a manter o sigilo, senão o seu próprio desequilíbrio: não conseguindo superar o término de um relacionamento, o transformou na guerra da própria vida, o que é lamentável. Desse modo, o pedido de id. 000 não encontra qualquer amparo legal, eis que não há violência doméstica em discussão. Basta ela confessar que agiu por paixão e acabará com tudo. Apenas o íntimo desejo de vingança da mulher pode trazer essa luta infame por condenação.

Liminar oportuna

43. O paciente recusou as medidas despenalizadoras permitidas em lei por entender ser ele inocente. Ele nada fez, portanto não pode aceitar medidas constritivas sob o manto de ser um favor legal.

44. O paciente sabe que a sua ex-convivente informa, após o término do relacionamento, ser portadora de HPV. Ela sempre, antes de conhecer o paciente, teve vida sexual ativa. Então, entende ser absurda a pretensão de atribuir a ele uma contaminação que pode ter se dado muitos anos antes do relacionamento amoroso que os envolveu.

45. Conforme ensina Aloysio de Carvalho Filho, tratando da prescrição, ainda que a situação de insegurança pessoal, a intranquilidade que assola o criminoso no tempo, não seja equivalente ao sofrimento da pena, o alongamento no tempo não pode ser eterno.²¹ De todo modo, com a modificação procedimental, desde a reforma de 2008, o risco da pena se eleva drasticamente se não houver a suspensão da ação condenatória até o julgamento da presente ação mandamental.

46. Prejudicado em sua defesa por trazer a denúncia 2 crimes incompatíveis, o paciente merece liminar ao menos para suspender o processo até o julgamento final do *writ*. Eventual indevida condenação, ainda que venha a ser anulada depois, certamente, trará a intensificação sofrimento mental a que está submetido o paciente.

Da inexistência de pendência quanto aos eventuais danos civis

47. Inexistem danos civis a serem reparados, uma vez que a ex-convivente do paciente promoveu ação condenatória, em 13.6.2019, perante o 4º Juizado Especial Cível de Brasília, em 13.6.2019 (n. 111111-11-1-11-111), extinta por acordo adimplido pelo paciente (inteiro teor em anexo).

Pedidos

Ante o exposto requer seja:

(a) concedida a liminar para suspender o processo criminal na origem até o julgamento final do *writ*;

²¹ CARVALHO FILHO, Aloysio de. *Comentários ao código penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 4, p. 213.

(b) conhecida a presente ação mandamental, a concessão da ordem de *habeas corpus*, com fulcro no art. 648, incs. I e VI, do CPP, declarando nulo o recebimento da denúncia, esta ofertada em *imputação alternativa objetiva*, e resgatada a decisão originária que rejeitou a denúncia com fulcro no art. 395, inc. I, do CPP.

Termos em que
pede e espera deferimento.

Brasília, 27 de agosto de 2021

Vinícius Alves de Lima
OAB/DF 39.644

Sidio Rosa de Mesquita Júnior
OAB/DF 13.132