



Universidades Lusíada

Duarte, Diogo Duarte Rodrigues da Silva, 1988-

A punibilidade na transmissão do vírus HIV/ SIDA

<http://hdl.handle.net/11067/2143>

Metadados

Data de Publicação	2016-04-12
Resumo	A história do Direito Penal é caracterizada por uma constante evolução, desde logo porque cada época tem as suas particularidades. O código penal que vigora atualmente em Portugal, foi criado tendo em vista as necessidades específicas da sua época, razão pela qual seja notório que algumas condutas que se fazem sentir na sociedade, possam efetivamente desconhecer o devido reconhecimento legal. É justamente o que parece acontecer com a transmissão do vírus HIV/SIDA. O avanço da tecnologia juntamen...
Palavras Chave	Sida (Doença) - Transmissão, Sida (Doença) - Direito e legislação - Portugal, SIDA (Doença) - Pacientes - Estatuto legal, leis, etc. - Portugal
Tipo	masterThesis
Revisão de Pares	Não
Coleções	[ULL-FD] Dissertações

Esta página foi gerada automaticamente em 2024-11-15T09:24:01Z com informação proveniente do Repositório



UNIVERSIDADE LUSÍADA DE LISBOA

Faculdade de Direito

Mestrado em Direito

**A punibilidade na transmissão
do vírus HIV/SIDA**

Realizado por:

Diogo Duarte Rodrigues da Silva Duarte

Orientado por:

Prof.^a Doutora Maria do Céu Rueff de Saro Negrão

Constituição do Júri:

Presidente: Prof.^a Doutora Maria Eduarda de Almeida Azevedo
Orientadora: Prof.^a Doutora Maria do Céu Rueff de Saro Negrão
Arguente: Prof.^a Doutora Maria Margarida da Costa e Silva Pereira Taveira de Sousa

Dissertação aprovada em: 21 de Julho de 2015

Lisboa

2015



UNIVERSIDADE LUSÍADA DE LISBOA

Faculdade de Direito

Mestrado em Direito

A punibilidade na transmissão do vírus HIV/SIDA

Diogo Duarte Rodrigues da Silva Duarte

Lisboa

Abril 2015



UNIVERSIDADE LUSÍADA DE LISBOA

Faculdade de Direito

Mestrado em Direito

A punibilidade na transmissão do vírus HIV/SIDA

Diogo Duarte Rodrigues da Silva Duarte

Lisboa

Abril 2015

Diogo Duarte Rodrigues da Silva Duarte

A punibilidade na transmissão do vírus HIV/SIDA

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Lusíada de Lisboa para a obtenção do grau de Mestre em Direito.

Área científica: Ciências Jurídico-Criminais

Orientadora: Prof.^a Doutora Maria do Céu Rueff de Saro Negrão

Lisboa

Abril 2015

Ficha Técnica

Autor Diogo Duarte Rodrigues da Silva Duarte
Orientadora Prof.^a Doutora Maria do Céu Rueff de Saro Negrão
Título A punibilidade na transmissão do vírus HIV/SIDA
Local Lisboa
Ano 2015

Mediateca da Universidade Lusíada de Lisboa - Catalogação na Publicação

DUARTE, Diogo Duarte Rodrigues da Silva, 1988-

A punibilidade na transmissão do vírus HIV/SIDA / Diogo Duarte Rodrigues da Silva Duarte ; orientado por Maria do Céu Rueff de Saro Negrão. - Lisboa : [s.n.], 2015. - Dissertação de Mestrado em Direito, Faculdade de Direito da Universidade Lusíada de Lisboa.

I - NEGRÃO, Maria do Céu Rueff de Saro, 1959-

LCSH

1. Sida (Doença) - Transmissão
2. Sida (Doença) - Direito e legislação - Portugal
3. Sida (Doença) - Pacientes - Estatuto legal, leis, etc. - Portugal
4. Universidade Lusíada de Lisboa. Faculdade de Direito - Teses
5. Teses - Portugal - Lisboa

1. AIDS (Disease) - Transmission - Portugal
2. AIDS (Disease) - Law and legislation - Portugal
3. AIDS (Disease) - Patients - Legal status, laws, etc. - Portugal
4. Universidade Lusíada de Lisboa. Faculdade de Direito - Dissertations
5. Dissertations, Academic - Portugal - Lisbon

LCC

1. KKQ3082.A53 D83 2015

Dedico este trabalho a todos aqueles que acreditaram em mim e fizeram parte de todas as minhas escolhas e decisões para a concretização do mesmo.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, quero dirigir os meus agradecimentos a todos os meus professores que foram os grandes promotores da minha formação e sem dúvida os principais responsáveis pelo meu sucesso.

Quero também deixar uma palavra de apreço à minha orientadora, a Professora Doutora Maria do Céu Rueff, pela sua disponibilidade, orientação e aconselhamento científico.

A todos os meus colegas a quem fico eternamente grato pelo apoio e companheirismo prestado ao longo desta jornada.

Em especial, a toda a minha família que de alguma forma manifestou o seu apoio, encorajamento e compreensão no cumprimento desta importante missão.

Por último, a Deus, o maior dos Orientadores, fonte de sabedoria e infinita bondade, por me ter dado saúde, inteligência e capacidade para vencer mais este desafio.

APRESENTAÇÃO

A punibilidade na transmissão do vírus HIV/SIDA.

Diogo Duarte Rodrigues Silva Duarte

A história do Direito Penal é caracterizada por uma constante evolução, desde logo porque cada época tem as suas particularidades. O código penal que vigora atualmente em Portugal, foi criado tendo em vista as necessidades específicas da sua época, razão pela qual seja notório que algumas condutas que se fazem sentir na sociedade, possam efetivamente desconhecer o devido reconhecimento legal.

É justamente o que parece acontecer com a transmissão do vírus HIV/SIDA. O avanço da tecnologia juntamente com a descoberta de medicamentos cada vez mais eficazes, acabou por alterar de forma clara o carácter da doença. De uma doença letal, a SIDA passou a ser considerada uma doença crónica. No entanto, é preciso não esquecer que após a contaminação, uma pessoa infetada com o vírus, passa a depender de medicamentos para retardar o aparecimento das chamadas infeções oportunistas, infeções essas que em última instância podem mesmo provocar a sua morte.

Partindo do pressuposto que não existe ainda nenhum dispositivo legal que se destine especificamente a punir a transmissão do vírus em causa, resta apenas considerar os diversos entendimentos da doutrina e jurisprudência no sentido de tentar adequar estes comportamentos a tipos de crime já existentes. Isto é, ao confrontarmos as exigências do princípio da legalidade com uma possível transmissão do vírus, é facilmente perceptível que o nosso ordenamento jurídico parece não fazer referência a este facto típico em particular, razão pela qual uma eventual punição, a existir, será feita com base nos tipos de crime já existentes.

Palavras-chave: HIV, SIDA, responsabilidade criminal, transmissão, vírus, propagação doença contagiosa, homicídio, ofensas integridade física.

PRESENTATION

The punishment in the transmission of the HIV virus/AIDS.

Diogo Duarte Rodrigues Silva Duarte

The history of criminal law is characterized by a constant evolution. Every season has its special features. The Criminal Code, currently in Portugal, was created according to the specific needs of that period, which is why it is clear that certain behaviors that are felt in society can effectively ignore the due recognition.

It's just what seems to happen with the transmission of the HIV virus and AIDS. The advancement of technology along with the discovery of new drugs changed clearly the idea of the disease. From a lethal disease, AIDS is now considered a chronic disease. However, one must not forget that after the infection, the individual begins to depend on drugs to delay the onset of so-called opportunistic infections, these are the ones that ultimately may even cause their death.

Assuming that there still is no legal provision specifically aimed to punish the transmission of the virus, only remains to consider the various understandings of the doctrine and jurisprudence of trying to fit these types of behaviors to crime. In other words, when confronted with the requirements of the principle of legality with a possible transmission of the virus it is easily noticeable that our legal system seems to make no reference to this fact in particular, reason why any punishment, if any, will be made based on the existing types of crime.

Keywords: HIV, AIDS, criminal liability, transmission, virus, spreading contagious disease, homicide, physical integrity offenses.

SUMÁRIO

	Págs.
1. Introdução.....	15
2. Vírus HIV/SIDA. O que é?.....	17
2.1 Diagnóstico.....	21
2.2 Modos de transmissão.....	25
2.3 Estatísticas e Números.....	27
2.4 Grupos de Risco <i>versus</i> Comportamentos de Risco.....	31
2.5 A SIDA enquanto doença de declaração obrigatória.....	37
3. Contexto histórico-jurídico da problemática.....	41
4. Enquadramento jurídico da questão.....	45
4.1 Possibilidade de subsunção ao crime de propagação de doença contagiosa.....	51
4.2 Possibilidade de subsunção ao crime de homicídio.....	57
4.3 Possibilidade de subsunção ao crime de ofensas à integridade física.....	65
4.4 Agravamento no âmbito dos crimes sexuais.....	69
5. Requisitos subjetivos da punibilidade.....	71
6. Comportamento da vítima como fator de redução/exclusão da responsabilidade criminal.....	81
7. Médico-cirurgião enquanto agente transmissor do vírus.....	87
8. Algumas posições doutrinárias.....	93
8.1 Posição de Bernd Schünemann.....	93
8.2 Posição de Carmen Gómez-Rivero.....	95
8.3 Posição de Augusto Silva Dias.....	97
8.4 Posição de Álvaro da Cunha Gomes Rodrigues.....	101
8.5 Posição de Maria Paula Bonifácio Ribeiro de Faria.....	103
8.6 Posição de Maria Fernanda Palma.....	107
9. Conclusões.....	109
Referências.....	111

1.INTRODUÇÃO

Sendo certo que o vírus da SIDA não constitui atualmente um problema exclusivamente médico mas também de natureza social, facto é, que o uso da lei como estratégia de combate ao mesmo tem ocorrido desde o início dos anos oitenta, altura em que o vírus foi descoberto.¹ Não obstante tais práticas, deve, desde já, ser claro que a importância do Direito na respetiva prevalência do vírus é efetivamente muito diminuta. A SIDA é um problema social que ultrapassa em larga medida o Direito, sendo por isso mesmo absurdo pensar que o próprio ordenamento jurídico seja o único ou sequer o primeiro instrumento no combate à propagação da doença.² Todavia, e indo ao encontro das palavras de Augusto Silva Dias, isso não significa que a proibição jurídico-penal de determinados comportamentos não desempenhe um papel importante no combate de tais realidades.³

Nesta medida, e tendo em conta que o vírus da imunodeficiência humana (também conhecido por HIV) é o responsável pela SIDA, a verdade é que o mesmo pode efetivamente provocar a morte da pessoa infetada, situação que desta forma levanta diversas questões jurídicas, questões essas a que o Direito não se pode esquecer de responder. Sendo necessária uma reflexão prévia acerca da legitimidade e eficácia da intervenção penal no contexto da transmissão do vírus, a verdade é que a possibilidade de incriminar penalmente a transmissão dolosa ou negligente do vírus HIV/SIDA, surge diretamente condicionada pela própria realidade social e criminológica em que se realizou o contágio.⁴

Partindo do pressuposto que estamos perante um vírus que apenas produz resultados após o decurso de um determinado período de tempo, acaba por ser necessário analisar a própria dimensão temporal da suposta imputação. Nesse sentido, refere mesmo Álvaro da Cunha Rodrigues que *“este processo de temporalmente dilatada produção do resultado, geralmente a morte, por força de uma ou mais infecções oportunistas num organismo com o sistema imunológico debilitadíssimo, tem causado algumas*

¹ PINTO, Ângela Pires – Culpabilização ou Co-Responsabilidade: Responsabilização na não-declaração da sorologia à/ao parceira/o sexual, p. 127; e SOUSA, Susana Aires de – A transmissão do vírus da Sida constitui uma conduta criminalmente relevante? (Considerações sobre a tipicidade criminal), p. 107.

² SOUSA, cit. 1, p. 111.

³ DIAS, Augusto Silva – Responsabilidade criminal por transmissão irresponsável do vírus da Sida: Um olhar sobre o Código Penal português e o novo Código Penal de Cabo Verde. In DIAS, Augusto Silva et al. – Colectânea de textos sobre a parte especial do Direito Penal: Materiais para o estudo da Parte Especial do Direito Penal, p.78.

⁴ SOUSA, cit. 1, p. 110.

*perplexidades aos juristas relativamente à questão da imputação desses efeitos tardios ao agente humano que serviu de veículo transmissor do vírus à pessoa assim infectada”.*⁵

Estima-se que cerca de 50 países criminalizaram a transmissão/exposição negligente do vírus HIV. Alguns deles criaram leis penais específicas para punir tais condutas, outros por sua vez, possuem leis gerais que abrangem igualmente estes comportamentos. Existem também leis que punem a transmissão do vírus durante uma relação sexual, sem a prévia informação da seropositividade de um dos sujeitos em questão, não esquecendo ainda a visível criminalização em certos casos onde a conduta não foi intencional (em sede de negligência) ou mesmo quando o contágio não se chegou a registar (a título de tentativa).⁶

Indo ao encontro das exigências de um dos princípios mais importantes em matéria de Direito Penal “*Nullum crimen, nulla poena sine lege*”, segundo o qual não há crime nem pena sem lei anterior que preveja tal comportamento e tendo em conta que as respostas da doutrina penal parecem longe de alcançar um consenso unânime, no que diz respeito a esta intervenção e ao modo como a mesma se deve realizar, este trabalho incide assim na análise da punibilidade na transmissão do vírus HIV/SIDA, tentando desta forma perceber quais os tipos legais de crime previstos na parte especial do Código Penal, é que podem ser preenchidos perante a transmissão do vírus em causa. No entanto, importa não esquecer que ao longo deste trabalho apenas serão abordadas todas aquelas situações onde a transmissão do vírus ocorreu com base num comportamento ativo por parte de alguém que já se encontrava infetado pelo vírus. Isto é, ainda que a comissão de um resultado por omissão seja punível para o nosso ordenamento jurídico quando sobre o omitente recaia um dever jurídico que pessoalmente o obrigue a evitar um determinado resultado, ficam excluídos desta análise todos aqueles casos onde a responsabilidade criminal se baseia num comportamento omissivo por parte do agente.

⁵ RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes – A Negligência Médica Hospitalar na Perspectiva Jurídico-Penal. Estudo sobre a responsabilidade criminal médico-hospitalar, p. 201.

⁶ PINTO, cit. 1, pp. 127-128.

2. VÍRUS HIV/SIDA. O QUE É?

O vírus da imunodeficiência humana, também conhecido por HIV, pertence à família dos retrovírus e é o responsável pela SIDA.⁷

Esta designação comporta pelo menos duas subcategorias do vírus, nomeadamente o HIV-1 e o HIV-2, sendo este último - o que se transmite menos - mais comum no continente africano, tendo sido detetado numa zona restrita da África Ocidental, correspondente à Guiné-Bissau.⁸ Segundo António Diniz, diretor do Programa Nacional para a Infecção VIH/SIDA, não obstante tal facto, Portugal surge como um dos países não-africanos com maior número de casos de HIV-2, muito provavelmente devido às suas relações tradicionais com as ex-colónias, nomeadamente a Guiné-Bissau e também Cabo Verde.⁹

Estes vírus pertencem a uma família de vírus lentos que desta forma é caracterizada pela existência de um longo período de incubação. Assim, entre a sua entrada no organismo (momento da infeção) e o aparecimento da doença pode justamente decorrer um longo período de tempo que pode mesmo atingir algumas décadas.¹⁰ A duração desse período que ocorre entre a entrada do vírus no organismo e o diagnóstico SIDA depende sobretudo dos cuidados que a pessoa tem, nomeadamente no que diz respeito à adoção de comportamentos considerados saudáveis.

⁷ Os retrovírus são constituídos por ARN (Ácido Ribonucleico) que depois de entrar nas células que infetam, se copiam sob a forma de ADN. Tal como os restantes retrovírus, o HIV tem como características gerais o facto de ser lento, ter uma grande capacidade para sofrer mutações enquanto se replica e ainda uma elevada transmissão associada à via sexual e materno-infantil. Cf. CAETANO, Machado - Lições de Sida: lições de vida. Sida e comportamentos de risco, pp. 36-38.

⁸ O HIV-2 é um vírus menos agressivo que o HIV-1, tendo também uma menor transmissibilidade materno infantil e heterossexual, uma menor difusão geográfica e ainda um período de incubação aparentemente mais longo que o HIV-1. Cf. Idem, *Ibidem*, p. 40.

⁹ Segundo um estudo recente do Instituto de Medicina Molecular, ainda por publicar, e que foi apresentado durante a Conferência VIH-2: o vírus esquecido, que decorreu em Lisboa no passado mês de Maio, o HIV induz uma infeção crónica, cuja progressão leva à Sida, mas nos casos em que a infeção se deve ao HIV 2 a progressão dessa inflamação é mais lenta. Ana E Sousa, uma das autoras do estudo, adianta que nos casos em que a infeção se deve a esta variante, ao entrar nas células, o vírus estabelece reservatórios virais, mas quase não há carga viral em circulação. Segundo a investigadora isto indica, que de alguma forma “o vírus é controlado”. Portugal é considerado um país de referência para o estudo internacional do HIV2, dado que participou na descoberta desse vírus e porque além de ter o maior número de pessoas infetadas, em países não-africanos, possui os meios para o estudar. A conferência que teve lugar em Maio de 2014, teve como objetivo apresentar a história do VIH2, com a ajuda de especialistas estrangeiros que participaram no evento, e igualmente chamar a atenção da comunidade científica para a necessidade de se continuar a estudar este vírus “esquecido”.

Cf. <http://www.noticiasao minuto.com/pais/199336/estudo-inedito-sobre-acao-do-vih2-no-intestino-apresentado-hoje>. [consultado em 2014.06.20].

¹⁰ CAETANO, cit.7, p.35.

De uma forma geral, o HIV é um vírus que ataca o sistema imunológico do ser humano, causando eventualmente o síndrome da imunodeficiência adquirida, que em última instância, pode provocar a morte da pessoa infetada.¹¹ Sendo uma infecção viral que reprime, e, num estado mais avançado, destrói o sistema imunológico do organismo, este vírus, ao penetrar no sistema sanguíneo tende assim a atacar um conjunto de células designadas por "*T lymphocytes*" (ou linfócitos T4), acabando por matá-las.¹² Partindo do pressuposto que as células CD4 são precisamente os elementos do sistema imunológico que orientam as outras células para a necessidade de proteger o organismo contra agentes invasores, esta atuação acaba assim por colocar a pessoa em causa numa posição de maior vulnerabilidade face a outras bactérias ou vírus.¹³

Tal realidade permite concluir que as pessoas contaminadas pelo vírus HIV não morrem de SIDA, mas sim de uma ou mais doenças geralmente designadas por infeções oportunistas, infeções essas que acabam por estar associadas a essa patologia na medida em que, normalmente, não causam a morte a uma pessoa saudável, cujo sistema imunitário funciona convenientemente.¹⁴ Ao destruir as células defensoras do organismo, o sistema imunológico da pessoa fica inevitavelmente mais debilitado, razão pela qual, estas infeções que usualmente são combatidas pelas defesas naturais de um organismo saudável, podem então levar à morte da pessoa em causa.¹⁵

Acontece porém, que este vírus pode ficar incubado no corpo humano durante um período de tempo indeterminado, sem que manifeste qualquer sintoma relativamente à sua existência. Ou seja, existe um período (designado por janela imunológica) que é

¹¹ SOUSA, Carla Sofia de Oliveira - Cuidados a pessoas idosas com VIH/SIDA: Narrativas de profissionais de saúde, p. 6.

¹² A entrada do HIV para dentro das células é feita "através da união de uma molécula da superfície viral, designada por glicoproteína 120 (ou gp120) e moléculas da superfície das células, designadamente as moléculas CD4 e CCR5." Vid. CAETANO, cit. 7, p. 74.

¹³ Destruindo os linfócitos CD4, o vírus acaba por aniquilar toda a coordenação da resposta linfocitária, introduzindo uma grave deficiência imunitária que afeta os linfócitos B, a produção de anticorpos e também a produção de linfócitos T. Cf. Idem, *Ibidem*, p. 75.

¹⁴ AZEVEDO, Marcos de Almeida Villaça – Aids e Responsabilidade Civil, p.34. Perante a falência do sistema imunitário, os micróbios acabam assim por aproveitar essa oportunidade para desta forma crescerem no organismo enfraquecido, provocando necessariamente uma grande variedade de doenças que em última instância podem provocar a morte da pessoa infetada. Cf. CAETANO, cit. 7, p. 26.

¹⁵ AZEVEDO, cit. 13, p. 34. Como o sistema imunitário nos defende contra o crescimento de células tumorais, é frequente que os doentes com SIDA sofram também de tumores malignos. Há muitas células que podem levar ao aparecimento dos cancros, no entanto, é necessário que o sistema imunitário do ser humano esteja fraco como acontece no caso das pessoas seropositivas. Vid. CAETANO, cit. 7, pp. 26-27.

caracterizado pela possibilidade de a pessoa poder estar infetada, sem no entanto, ter produzido uma taxa de anticorpos em quantidade detetável.

O Núcleo de Vigilância Laboratorial de Doenças Infeciosas em Portugal distingue três fases na doença¹⁶, nomeadamente:

I - Estadio Assintomático (células CD4 >500/mm³): onde a maior parte das pessoas não apresenta qualquer sintoma da presença do vírus (ainda que o mesmo possa estar ativo no sistema imunitário, embora de forma silenciosa).

II - Estadio Sintomático não SIDA (células CD4 entre 200 e 499/mm³): caracterizado pela existência de novos sintomas ou mesmo algumas infeções oportunistas associadas ao vírus.

III – Estadio SIDA (células CD4 <200/mm³): que por sua vez é caracterizado pelo facto da maior parte das pessoas acabarem por revelar a existência de infeções oportunistas (tuberculose, pneumonias, meningite, entre outras) ou cancros (sarcoma de Kaposi, linfoma, cancro do colo do útero) que por sua vez indicam a progressão da doença para SIDA.

Hoje em dia, e apesar da dimensão desta epidemia, estamos em condições de afirmar que a SIDA é considerada uma doença crónica. Esta afirmação está diretamente relacionada com o facto de uma pessoa infetada poder viver com o vírus, sem necessariamente apresentar algum sinal da sua presença durante um largo período de tempo. Tal realidade é possível devido aos grandes avanços tecnológicos, médicos e científicos que desta forma proporcionam o desenvolvimento de medicamentos cada vez mais eficazes, fármacos esses que por sua vez têm vindo a atuar no sentido de aumentar a esperança média de vida de todos aqueles que se encontram infetados.¹⁷

Relativamente às designações SIDA e HIV, importa referir que este último é um vírus que pode levar ao desenvolvimento da SIDA, situação que desta forma se verifica quando o já referido sistema imunitário fica comprometido pela ação do vírus.¹⁸ Assim, é de facto possível que uma pessoa possa estar infetada com o vírus durante vários anos, sem por isso, ter necessariamente desenvolvido o Síndrome da

¹⁶ SOUSA, cit. 11, p. 13 – 14.

¹⁷ Idem, Ibidem, p. 9.

¹⁸ MINASSA, Alexandre Pandolpho - Direitos fundamentais e os portadores do vírus da imunodeficiência humana (HIV) e os adquirentes da síndrome de imunodeficiência adquirida (SIDA) na relação privada do trabalho, p. 33.

Imunodeficiência Adquirida (SIDA).¹⁹ Isso não significa porém que essa mesma pessoa não esteja apta a transmitir o vírus a terceiros. Isto é, ainda que não tenha desenvolvido SIDA, qualquer pessoa que esteja contaminada pelo vírus HIV, pode efetivamente transmitir o vírus a outrem.²⁰

¹⁹ Tratando-se de um conjunto de sintomas que aparecem associados (síndrome) ao mesmo tempo que se verifica uma deficiência do sistema imunitário (imunodeficiência) que não é de nascença congénita, mas sim adquirida, a designação HIV acabou então por ser internacionalmente aceite para identificar os vírus associados e causadores da SIDA. Cf. CAETANO, cit. 7, p. 28.

²⁰ MINASSA, cit. 18, p. 33.

2.1 DIAGNÓSTICO

Alguns estudos revelam que, no início desta epidemia, os profissionais da área da saúde tiveram que lidar com uma nova realidade, o que por sua vez não se revelou tarefa fácil visto que os mesmos possuíam um escasso conhecimento sobre o vírus em causa. Partindo do pressuposto que apenas sabiam que estávamos perante um vírus transmissível que podia causar a morte da pessoa infetada, a verdade é que essa escassez de informação acerca do vírus, acabava por se manifestar na existência de sentimentos de medo e algum preconceito quando tratavam destas pessoas. Todavia, com o passar do tempo, este tipo de sentimentos acabaram por ser ultrapassados devido à aquisição de informação e algum conhecimento relativamente ao vírus.

No início dos anos oitenta, nos Estados Unidos da América, vários médicos começaram então por identificar em alguns jovens homossexuais a presença de uma deficiência imunitária grave que desta forma conduzia rapidamente à morte da pessoa, através do aparecimento de infeções ou mesmo de tumores malignos. Como a doença começou por se manifestar sobretudo em homossexuais masculinos, a ideia que inicialmente foi divulgada pela imprensa era de que um “cancro *gay*” se alastrava. Entretanto, a síndrome acabou por ser igualmente identificada em hemofílicos, consumidores de drogas injetáveis e ainda em trabalhadores do sexo, o que por sua vez levou os *Centers for Disease and Prevention* a reconhecer a existência dos chamados grupos de risco.²¹

No entanto, rapidamente foram diagnosticados novos casos em mulheres, cuja transmissão tinha ocorrido por via sexual e ainda muitos outros onde a mesma se verificou através de transfusões de sangue ou mesmo por via perinatal.²² Tal realidade acabou por justificar a rejeição da ideia que a existência e propagação do vírus estaria exclusivamente associada a grupos de pessoas previamente determinados. Na verdade, a vulnerabilidade de toda a população acabou por ser notória, razão pela qual, o número de casos aumentou de forma exponencial, passando rapidamente de algumas dezenas para vários milhares de pessoas infetadas com o vírus.²³

²¹ SOUSA, cit. 11 p. 6.

²² Idem, *Ibidem*, p. 6.

²³ CAETANO, cit. 7, pp. 27-30. Enquanto fatores que justificaram o rápido crescimento desta epidemia podemos destacar as viagens com finalidade de turismo sexual, as múltiplas situações de risco por baixo nível socioeconómico e cultural e ainda o aumento da prostituição e da toxicod dependência. Idem, *Ibidem*, p. 30.

Após vários anos de intensa investigação e face à necessidade de controlar aquilo que desde muito cedo se apresentou como uma verdadeira epidemia, foram então desenvolvidos testes capazes de detetar a presença de anticorpos do vírus HIV/SIDA, realidade que desta forma permitiu uma concreta investigação e identificação das pessoas portadoras do mesmo.²⁴

Sendo esse diagnóstico realizado através de análises sanguíneas, a verdade é que os já referidos anticorpos dificilmente são detetados nas primeiras semanas após o contágio, razão pela qual, uma pessoa infetada recentemente, pode legitimamente ter um resultado negativo nestas primeiras análises. Assim, é aconselhada uma repetição dos testes num período de três meses após a realização dos primeiros, para desta forma se apurar com maior certeza a seropositividade da pessoa em causa.²⁵

Este mecanismo de diagnóstico teve origem nos Estados Unidos onde, em 1985, foi aprovada pela primeira vez a realização de análises ao sangue, sendo para o efeito utilizado o chamado teste ELISA (*Enzyme-Linked Immunosorbent Assay*)²⁶. No entanto, como refere Marcos Azevedo, nos casos onde a resposta a estes primeiros testes era positiva, as pessoas deveriam ainda assim submeter-se a um segundo teste ELISA. No caso deste segundo teste apresentar o mesmo resultado, *"a pessoa deve submeter-se, ainda, a um terceiro teste, denominado Western Blot, que é mais preciso e confirmará, ou não, a seropositividade da pessoa."*²⁷ Este último teste tem como função visualizar a reação do anticorpo contra diferentes proteínas estruturais do vírus, permitindo desta forma confirmar ou não um resultado positivo no teste ELISA.

Com a realização destes testes passou então a ser possível descobrir se uma pessoa era, ou não, portadora do vírus, realidade que por sua vez permitiu evitar novas contaminações, desde logo porque todos aqueles que passaram a ter conhecimento da sua condição de seropositivo, começaram de igual modo a poder adotar certas precauções para evitar a transmissão do vírus. No entanto, para além desta importância ao nível da

²⁴ AZEVEDO, cit. 14, p. 36.

²⁵ Idem, Ibidem, pp. 36-37.

²⁶ Nesse mesmo ano, a *Food and Drug Administration* acabou por aprovar os primeiros testes de deteção laboratorial da infeção, tornando assim pela primeira vez possível a confirmação do diagnóstico, até então baseado apenas no quadro clínico. Já no ano seguinte são igualmente enunciadas pelos *Centers for Disease Control and Prevention*, os primeiros critérios de definição de casos de SIDA, bem como os diversos estádios da infeção. Nesse mesmo ano são também aprovadas as designações de HIV-1 e HIV-2 no Congresso Internacional de Virologia. Cf. SOUSA, cit. 11, p. 8.

²⁷ AZEVEDO, cit. 14, p. 36. Como explica também Machado Caetano *"um teste ELISA positivo, confirmado por um WESTERN BLOT, indica que a pessoa se infectou com VIH e o seu sistema imunitário reagiu, produzindo anticorpos."* Enquanto no primeiro são identificados anticorpos contra a proteína gp-10 da superfície do HIV, no WESTERN BLOT, ao contrário, é revelada a presença de vários anticorpos contra diversas proteínas virais. Cf. CAETANO, cit. 7, pp. 88-89.

prevenção de novas infeções, é hoje consensual, que o prognóstico da doença parece também ele estar diretamente relacionado com a precocidade do seu diagnóstico não esquecendo ainda a devida acessibilidade aos cuidados de saúde necessários.²⁸

Nessa medida, estamos em condições de poder afirmar que todos estes progressos acabaram por ter repercussões positivas na luta contra a propagação do vírus HIV/SIDA. A existência de medicamentos cada vez mais eficazes (que podem retardar a destruição do sistema imunitário) possibilitou uma notória melhoria na saúde das pessoas infetadas, podendo mesmo reduzir a capacidade de transmitir o vírus. Representando um pilar essencial na assistência das pessoas que vivem com o vírus, os medicamentos acabaram por aumentar a esperança de vida destas pessoas conferindo-lhes ao mesmo tempo alguma qualidade de vida.²⁹ Ainda assim, importa não esquecer que a utilização de medicamentos não se encontra isenta de riscos e incómodos, desde logo se tivermos em consideração os chamados efeitos secundários.³⁰

²⁸ DIRECÇÃO REGIONAL DE SAÚDE - Programa Regional de Prevenção e Controlo da Infecção VIH/SIDA, PRS 2009-2012, p. 3.

²⁹ Atualmente existe uma grande variedade de medicamentos para o tratamento desta síndrome. No entanto, o tratamento para a supressão da replicação do vírus baseia-se acima de tudo na combinação de três medicamentos: dois inibidores da transcriptase reversa e um inibidor das proteases. Cf. SOUSA, cit. 11, p. 10.

³⁰ Idem, *Ibidem*, p. 10.

2.2 MODOS DE TRANSMISSÃO

Podendo ser encontrado no sangue, no esperma, nas secreções vaginais e no leite materno, o vírus HIV pode assim ser transmitido por meio de relações sexuais desprotegidas com parceiros contaminados, transfusões de sangue contaminado e ainda através da partilha de seringas ou agulhas contaminadas.³¹ No caso das mulheres grávidas portadoras de HIV/SIDA, as mesmas podem desta forma transmitir o vírus para o feto através da placenta, durante o parto ou até mesmo por meio da amamentação.³²

Para além destas formas de transmissão mais frequentes, existe também a possibilidade de se verificar a transmissão do vírus no âmbito de acidentes de trabalho, em profissionais da área da saúde que por sua vez mantenham contacto com sangue de pacientes contaminados com o vírus. Nesse sentido, alguns estudos revelam mesmo que os profissionais de saúde que trabalham diariamente com este tipo de pessoas acabam por ter a consciência que o risco de contaminação está sempre presente. Contudo, estes profissionais não se revelam preocupados com a sua contaminação desde logo porque se tornam pessoas mais sensíveis a esta problemática. Afinal de contas, não nos podemos esquecer que este tipo de pessoas possui, atualmente, uma real perceção do risco de adquirir o vírus o que por sua vez determina a necessidade de existir uma educação permanente sobre os cuidados a pessoas com HIV/SIDA. Olhando especificamente para esta questão, alguns profissionais reconhecem mesmo que mediante a existência de procedimentos técnicos específicos é de facto possível tratar uma pessoa infetada com o vírus como se fosse outra qualquer.³³

Durante vários anos, algumas pessoas questionaram mesmo a possibilidade do vírus se poder transmitir através do chamado convívio social, no trabalho ou mesmo em ambiente escolar. No entanto, é atualmente reconhecido que este vírus não se transmite pela simples partilha de talheres, telefones ou mesmo pelo uso de piscinas ou sanitas.³⁴ Este é o entendimento que várias instâncias internacionais têm vindo a adotar. Com efeito, o Conselho de Ministros da Saúde dos Estados-Membros da União Europeia considerou mesmo que *“as pessoas contaminadas com HIV ou atingidas pela AIDS não constituem um risco para os seus colegas de trabalho”*, não se justificando por isso a realização *“de*

³¹ CAETANO, cit. 7, pp. 57-58.

³² SOUSA, cit. 11, p. 14-15.

³³ Idem, Ibidem, p. 59.

³⁴ Como refere Marcos Azevedo, é possível concluir que o chamado contacto social não é suscetível de provocar a contaminação do vírus, desde logo porque o mesmo não se transmite por práticas como um simples aperto de mãos, um abraço ou mesmo pela partilha de pratos e talheres. AZEVEDO, cit. 14, p. 36.

*testes de despistagem de anticorpos de HIV no momento da contratação nem por ocasião do exame médico periódico no local de trabalho”.*³⁵

Algumas pessoas consideram ainda a possibilidade do vírus se poder transmitir com o beijo. Todavia, tal situação é altamente improvável, visto que o mesmo é atacado por diversas substâncias diferentes que se encontram presentes na saliva, não esquecendo ainda a escassez de células CD4 presentes na boca.

Posto isto, e atendendo aos meios específicos de transmissão do vírus atrás enunciados, importa então referir que é possível que o portador do vírus adote uma atitude responsável para desta forma impedir a respetiva transmissão do mesmo. Partindo do pressuposto que estamos perante uma doença transmissível, tudo leva a crer que as medidas preventivas que mais se ajustam à ideia de não propagação do vírus passam sobretudo pela responsabilização do portador-transmissor do mesmo, mas também pela sua informação, integração e total acolhimento por parte do sistema de saúde. Todavia, esta realidade acaba por estar dependente de uma atitude que permita conquistar a confiança de eventuais pessoas infetadas para que desta forma as mesmas possam aderir de forma voluntária aos testes de diagnóstico do vírus. Sobre esta questão, Maria do Céu Rueff refere mesmo que *“há que apostar fortemente numa ética da responsabilidade de todos, tanto dos portadores do vírus como das restantes pessoas da sociedade e no reconhecimento dos direitos e deveres humanos em jogo, assim como nos valores da dignidade, integridade e igualdade dentro do sistema de saúde”*.³⁶

³⁵ Recomendação de 15 de Dezembro de 1988.

³⁶ RUEFF, Maria do Céu – Pessoas com HIV/SIDA e médico com dupla responsabilidade (MDR), p. 57.

2.3 ESTATÍSTICAS E NÚMEROS

Após o aparecimento dos primeiros casos de SIDA, em 1981, a disseminação da mesma ocorreu em todos os países de forma explosiva, sobretudo nos de mais baixo nível socioeconómico.³⁷ Segundo dados fornecidos pela UNAIDS (Joint United Nations Programme on HIV/AIDS), estima-se que em 2012, cerca de 35 milhões de pessoas se encontravam infetadas com HIV/SIDA. A região do planeta mais afetada pelo vírus continua a ser o continente africano com aproximadamente dois terços do total mundial, sendo que, desse número a grande parte pertence ao sexo feminino.³⁸

Apenas no ano de 2012, foram detetados 2,3 milhões de novos casos de HIV/SIDA. Ainda assim, nem tudo são más notícias, desde logo se tivermos em consideração que entre 2001 e 2012, o número de novas infeções diminuiu para sensivelmente metade em cerca de 26 países.³⁹ Tal realidade permite concluir que nas regiões mais desenvolvidas a epidemia tem tendência a estabilizar. Por outro lado, nesse tipo de países a vida das pessoas infetadas acaba por ser mais prolongada devido às novas terapêuticas e ao respetivo acesso às mesmas. Ao contrário, nas regiões mais pobres o número de infeções e mortes derivadas do vírus é bastante mais elevado visto que em muitos desses países não existe a capacidade económico-financeira necessária para tratar os doentes com SIDA.⁴⁰

Na Europa, a percentagem de pessoas infetadas com HIV/SIDA é substancialmente menor, quando comparada com a de outros continentes como a Ásia ou mesmo África. Na região europeia da OMS, em 2009, o número de pessoas infetadas com o vírus rondava os 53427 casos. No mesmo ano, um total de 6558 novos casos foram diagnosticados nessa região.⁴¹ Relativamente aos países da União Europeia e do Espaço Económico Europeu, foram diagnosticados em 2009, um total de 4650 casos de SIDA, o que por sua vez representa uma taxa de 1.0 casos por cada 100 000 habitantes. As maiores taxas foram as apresentadas por países como a Estónia, a Letónia, a Espanha e ainda Portugal.

³⁷ CAETANO, cit. 7, p. 123.

³⁸ Informação disponível no website da UNAIDS. Disponível em <http://www.unaids.org> (consultado em 2014.06.20)

³⁹ Idem, *Ibidem*.

⁴⁰ CAETANO, cit. 7, p. 128.

⁴¹ Ainda assim, importa referir que a percentagem de casos variou entre as três áreas geográficas da Europa (Central, Oriental e Ocidental). A maior taxa foi registada no Oriente (18,9 por cada 100 000 habitantes) enquanto que a menor diz respeito à região da Europa Central (1,4 por cada 100 000 habitantes).

Em alguns países é possível verificar um aumento da prevalência do vírus. No entanto, é preciso não esquecer que muitas vezes este aumento da prevalência das pessoas que vivem com a doença não se deve propriamente a um aumento na sua incidência, mas sim a um decréscimo da mortalidade relacionada com a doença, o que por sua vez determina uma conseqüente acumulação de novos casos.

Alguns estudos revelam ainda que cerca de 95% dos seropositivos não sabem que estão infetados pelo vírus, ignorando por isso mesmo o risco de poder transmitir o vírus a outras pessoas. Já no que diz respeito às vias de transmissão predominantes, importa não esquecer que em África é a materno-infantil aquela que ocupa o primeiro lugar. Já no norte da Europa e Estados Unidos da América é a via sexual que reveste uma maior importância. No sul da Europa, ao contrário, é a parentérica, muito devido à importância da toxicodependência.⁴²

Relativamente a Portugal, o número de novos casos de infeção por HIV, assim como o de novos casos de SIDA e, ainda, a própria taxa de mortalidade associada ao vírus, têm vindo a decrescer nos últimos anos. Ainda assim, face aos resultados que se fazem sentir ao nível europeu, as taxas em questão parecem ser ainda bastante elevadas.⁴³ Segundo dados apresentados no relatório **PORTUGAL Infeção VIH/SIDA e Tuberculose em Números - 2013**, até ao ano de 2012, Portugal tinha um total de 42580 casos diagnosticados, sendo que, a maior prevalência do vírus se concentrava nas faixas etárias entre os vinte e os trinta anos. Importa ainda referir que dos doentes aos quais foi diagnosticado o vírus da SIDA em Portugal, 11312 são mulheres e 31255 são homens.⁴⁴

Posto isto, e comparando o número de novos casos no ano de 2012 com os dos anos anteriores, é facilmente perceptível que em Portugal os casos de infeção têm vindo a diminuir de forma moderada mas ao mesmo tempo consistente.⁴⁵ No entanto, não nos podemos esquecer que o número de anos potenciais de vida perdidos atribuídos à infeção por HIV permanece ainda muito elevado, o que que por sua vez revela o impacto bastante significativo desta infeção na sociedade portuguesa.⁴⁶ No que diz respeito à mortalidade derivada de infeções provenientes do vírus HIV/SIDA

⁴² CAETANO, cit. 7, pp. 126-127.

⁴³ DINIZ, António; DUARTE, Raquel - PORTUGAL: Infeção VIH/SIDA e tuberculose em números - 2013. Programa Nacional para a infeção VIH/SIDA, p. 105.

⁴⁴ Idem, *Ibidem*, pp. 9-10.

⁴⁵ Idem, *Ibidem*, p.8.

⁴⁶ Idem, *Ibidem*, p. 105.

em território nacional, é possível verificar que entre 2007 e 2011 foram registados 3295 óbitos.⁴⁷

Alguns estudos recentes demonstram que, nos últimos anos e sobretudo nos países desenvolvidos, a prevalência do vírus tem aumentado nas pessoas mais idosas. Em Portugal, as pessoas com idade igual ou superior a 50 anos representam 14,7% do total de infetados, enquanto que as pessoas com idade igual ou superior a 65 anos correspondem a 3% do total de notificações SIDA.⁴⁸ Ao analisar as alterações que ocorreram nestas faixas etárias da população, podemos concluir que esse aumento da incidência se encontra relacionado com os avanços tecnológicos que ocorreram na área da medicina durante os últimos anos. O aparecimento de terapias altamente eficazes contra o vírus acabaram justamente por impedir a progressão da doença, razão pela qual, se verificou um aumento significativo da esperança de vida nestas pessoas. Como referem alguns autores, o recurso a drogas de estimulação sexual ou de reposição hormonal que consequentemente favorecem o prolongamento da atividade sexual das pessoas mais idosas, juntamente com a escassez de campanhas de prevenção dirigidas às mesmas, são efetivamente fatores que as colocam numa situação de risco de contrair o vírus.⁴⁹

Um dado curioso é que Portugal é o país da Europa com maior percentagem de casos de HIV-2. Esta prevalência está assim relacionada com a emigração africana que se fez sentir para Portugal ao longo das últimas décadas, não esquecendo ainda os relacionamentos sexuais que os portugueses tiveram em África durante o período da chamada guerra colonial.⁵⁰

Por último, importa ainda fazer referência à questão da distribuição geográfica relativa aos casos de HIV, não esquecendo igualmente a maior prevalência do vírus nas chamadas populações mais vulneráveis. Assim, e de acordo com o relatório acima referido, relativamente à distribuição geográfica, tanto no que diz respeito aos casos acumulados de infeção como também ao número de novos casos diagnosticados no ano de 2011, os resultados obtidos evidenciam uma distribuição bastante desigual, particularmente no grupo constituído por indivíduos situados nas faixas etárias entre os 15 e os 64 anos.

⁴⁷ Idem, *Ibidem*, p. 32.

⁴⁸ SOUSA, cit. 11, p. 1.

⁴⁹ Idem, *Ibidem*, p. 2.

⁵⁰ CAETANO, cit. 7, p. 131.

Já no que diz respeito ao número de infeções no seio das populações mais vulneráveis, os estudos em causa revelam uma prevalência superior a 5% (nomeadamente nos homens que têm sexo com outros homens e também no âmbito da prostituição).⁵¹

⁵¹ DINIZ & DUARTE, cit. 43, p. 105. Alguns estudos realizados em Portugal revelam ainda um enorme desconhecimento sobre as vias de transmissão do vírus não esquecendo por outro lado a informação sobre os meios de prevenção que desta forma é bastante reduzida. Vid. Programa Regional de Prevenção e Controlo da Infecção VIH/SIDA, PRS 2009 – 2012, p. 9.

2.4 GRUPOS DE RISCO VERSUS COMPORTAMENTOS DE RISCO

Se é verdade que uma vacina ou uma cura contra o HIV/SIDA seriam certamente decisivas no combate desta epidemia, e partindo do pressuposto que o mundo científico se esforça atualmente por encontrar uma, não nos podemos justamente esquecer que muito pode ainda ser feito, mesmo na falta desse tão esperado milagre médico. Segundo Judith Levine, a solução para colocar um fim à disseminação de novas infeções passa por uma política combinada de adoção de medidas de prevenção ajustadas às necessidades das populações, assim como uma ampla disponibilização dos tratamentos médicos aos respetivos infetados.⁵²

É precisamente no âmbito da prevenção que a discussão em torno dos chamados grupos de risco ganha relevância, sendo certo porém, que associar a transmissão do vírus a grupos previamente delimitados e determinados, assenta numa verdadeira prática discriminatória que em última instância acarreta consigo a máxima de que “*a doença é dos outros*”.⁵³ Essa noção, aliás, para além de se afastar por completo da realidade, viola declaradamente os direitos daqueles que se encontram numa posição de maior vulnerabilidade perante o vírus.⁵⁴

Atendendo precisamente a essa ideia de que a transmissão/propagação do vírus está diretamente relacionada com a prévia existência dos chamados grupos de risco, penso que deve desde já ficar claro que, para haver a transmissão do vírus HIV/SIDA, é necessário o concurso de dois elementos.⁵⁵ Em primeiro lugar, estar infetado com o vírus e em segundo um comportamento de risco, sendo certo porém, que nenhum deles se prova pela simples pertença a um apelidado grupo de risco.⁵⁶ Isto é,

⁵² LEVINE, Judith - Global Commission on HIV and the Law: Riscos, Direitos e Saúde, p. 13.

⁵³ Desde muito cedo que se verificou que a SIDA era uma doença bastante complexa, associada não a grupos de risco mas sim a comportamentos e situações socioeconómicas de risco. No entanto, o pânico de contágio, associado ao perfil comportamental dos primeiros casos, gerou a repulsa e consequente discriminação destes grupos de indivíduos. Como explica Machado Caetano, o facto de a SIDA surgir em homossexuais levou à convicção que era uma realidade relacionada com a homossexualidade. Os homossexuais acabaram assim por ser considerados como verdadeiros elementos dos chamados grupos de risco, situação que acabou por gerar a sua posterior discriminação. CAETANO, cit. 7, pp. 28 – 31.

⁵⁴ Neste sentido, Maria do Céu Rueff entende que essa ideia “*desconsidera não só a real susceptibilidade de transmissão de HIV/Sida relativamente a qualquer ser humano (...) como desconsidera ainda que a vulnerabilidade à transmissão da doença é afinal apenas proporcional à da proteção que se tiver quanto aos meios que a podem induzir*”. Cf. RUEFF, Maria do Céu - O segredo médico como garantia de não-discriminação. Estudo de caso: HIV/SIDA, p. 542.

⁵⁵ Idem, *Ibidem*, p.. 542.

⁵⁶ Seguindo as palavras de Anne Scully também partilhadas por Maria do Céu Rueff “*O comportamento de risco, pelo menos para as mulheres e adolescentes, começa afinal na aceitação da prática sexual não protegida, perante qualquer pessoa que possa ser portadora do vírus de HIV, independentemente da*

a ideia de associar a propagação deste vírus a grupos previamente delimitados e determinados esquece por completo a suscetibilidade de transmissão do mesmo relativamente a qualquer ser humano (independentemente de ser homossexual, prostituto/a ou de pertencer a outro grupo social qualquer). Para além dessa desconsideração, tal facto abstrai-se ainda da simples verdade de que a vulnerabilidade à transmissão da doença é apenas proporcional à falta de proteção que se tiver relativamente às práticas suscetíveis de transmitir o vírus.⁵⁷

Tal lógica permite concluir que, atualmente, deve ser rejeitada toda e qualquer ideia associada ao conceito de grupos de risco visto que a propagação do vírus acaba por estar relacionada com a existência de diversos aspetos de natureza social. Nesta medida, o risco de contaminação encontra-se assim associado exclusivamente aos comportamentos de risco dos quais podemos destacar: ter múltiplos parceiros sexuais; utilizar incorretamente ou de forma não sistemática o preservativo; partilha de agulhas e/ou seringas em ambientes de toxicod dependência; perfuração, corte ou penetração da pele com instrumentos não esterilizados, gravidez sem prévio teste da SIDA; gravidez e parto em mulheres seropositivas sem terapêutica da mãe e da criança e ainda aleitamento de crianças através de mulheres seropositivas.⁵⁸

Por outro lado, o relatório emitido pela Comissão Global sobre o VIH e o Direito alerta também para o facto de, apesar de não existir legislação internacional vinculativa que proíba a discriminação com base no estatuto de seropositivo, os princípios da igualdade e da não discriminação – fundamentos invioláveis presentes em todos os acordos internacionais sobre direitos humanos – acabam por apoiar a denúncia da discriminação relacionada com esse mesmo estatuto e contra as pessoas que o mesmo afeta.⁵⁹

Acontece que para salvaguardar a sua saúde e a dos outros, as já referidas populações chave (nomeadamente aquelas pessoas com maior risco de infeção de HIV/SIDA), devem desta forma ter acesso a tratamentos e programas de prevenção do vírus mais eficazes. No entanto, o medo de revelar a sua condição de seropositivo leva muitas vezes estas vítimas a isolarem-se para desta forma evitarem rótulos de marginais

situação em que se dá o encontro entre os parceiros, seja no casamento, no namoro, na casualidade sexual, onerosa ou gratuita, para além dos vínculos de dominação e (ou) dependência emocional ou económica, pois que tal comportamento se pode vir a traduzir na aquisição do vírus e portanto, dados os actuais conhecimentos da medicina, em boa verdade, também, numa questão de vida ou de morte.” Cf. Anne Scully apud RUEFF, cit. 54, p. 247.

⁵⁷ Idem, Ibidem, p. 542.

⁵⁸ CAETANO, cit. 7, p. 57.

⁵⁹ LEVINE, cit. 52, p. 17.

ou portadores de doenças transmissíveis. Por outro lado, os indivíduos que se encontram nestes grupos são extremamente vulneráveis, dado que além do estigma de que são alvo por parte da população em geral, são também muitas vezes vítimas de comportamentos abusivos por parte daqueles que supostamente os deveriam proteger, ou seja, os próprios agentes da autoridade.⁶⁰ Apesar de ilegais, as práticas violentas e discriminatórias por parte da polícia contra os toxicodependentes e os trabalhadores do sexo persistem, sob o pretexto da salvaguarda da ordem, da segurança e da moral pública. Os seus direitos são repetidamente violados, pois, aos olhos da lei, estas pessoas que aparentemente se encontram nos apelidados grupos de risco, são elas próprias as criminosas.⁶¹

Ao assumir a natureza de doença crónica, toda a atenção e cuidados que possam ser fornecidos à qualidade de vida das pessoas infetadas por parte da sociedade em geral, acaba por ser uma exigência. Afinal de contas, o impacto da doença na qualidade de vida das pessoas com SIDA está diretamente relacionado com diversos fatores, desde logo com a própria natureza da doença que em muitas situações é altamente incapacitante acabando por produzir alterações visíveis na pessoa em causa. Como explica Carla Sousa “a SIDA provoca impactos psicossociais que, por vezes, condicionam a vida das pessoas acometidas pela doença e de suas famílias, devido ao medo de serem estigmatizadas, o que leva a que muitas delas se isolem e vivam com pouco apoio social, após o diagnóstico de VIH/SIDA”.⁶² Para além de ter um impacto psicológico e social bastante profundo, o diagnóstico de seropositividade nessas pessoas, acaba também por comprometer a sua vida familiar. Com o desenvolvimento da doença são inevitáveis as alterações no estilo de vida dessas pessoas o que por sua vez as leva a suscitar diversas reações de adaptação a essa nova realidade.⁶³

Independentemente da sua forma, penso estar em condições de afirmar que todos os países possuem efetivamente um quadro jurídico destinado à proteção e promoção dos Direitos Humanos, quadro esse que antes de mais visa desencorajar qualquer tipo de práticas discriminatórias que por sua vez violem os princípios universais da igualdade e da não discriminação.⁶⁴ Nesse contexto, muitos países ratificaram de facto um ou mais dos principais acordos internacionais não esquecendo

⁶⁰ Sobre esta questão refere ainda Carla Sousa que “o fator mais importante na produção e propagação do efeito psicossocial do VIH e da SIDA, é provavelmente o estigma. O estigma inibe as pessoas infetadas pelo VIH de procurarem aconselhamento, obterem cuidados médicos e psicossociais e tomarem medidas de prevenção para não infetarem outras pessoas”. SOUSA, cit. 11, p. 32.

⁶¹ LEVINE, cit. 52, p.32.

⁶² SOUSA, cit. 11, p. 5.

⁶³ Idem, Ibidem, p. 30.

⁶⁴ LEVINE, cit. 52, p.17.

ainda os acordos regionais relativos aos Direitos Humanos.⁶⁵ Outros foram ainda mais longe no sentido de banir a discriminação especificamente ligada ao HIV.⁶⁶ Relativamente aos Estados Membros da Assembleia Geral das Nações Unidas, na Declaração de Compromisso sobre o HIV/SIDA de 2011 e na Declaração Política sobre o HIV/SIDA de 2006 e 2011, estes comprometeram-se a utilizar as leis de forma a eliminar todas as formas de discriminação contra pessoas que vivem com o vírus.⁶⁷

De acordo com o relatório acima referido⁶⁸ são vários os fundamentos nos quais a legislação anti-discriminação se baseia. Assim, em alguns países a redação destas leis foi baseada nas suas constituições nacionais; noutros ela foi buscar à jurisprudência ou até mesmo a leis religiosas reconhecidas pelo Estado - como o conceito de privacidade presente na Charia - os princípios para a sua elaboração. Judith Levine, a autora principal deste relatório, avança com dados precisos. Assim, segundo o mesmo, 123 dos 168 países avaliados pela ONUSIDA, confirmaram a adoção de medidas legislativas proibitivas da discriminação baseada no HIV, e mesmo nos países, onde não existe legislação específica contemplando a discriminação baseada no HIV/SIDA, os tribunais nacionais têm, frequentemente, proibido as práticas discriminatórias, recorrendo para isso às garantias constitucionais de dignidade e igualdade dos cidadãos perante a lei.⁶⁹ Num desses casos, quando diversas pessoas seropositivas foram proibidas de frequentar piscinas públicas, restaurantes ou mesmo serviços de saúde (interdições justificadas com base na proteção da saúde dos outros), verificou-se que alguns tribunais intervieram para declarar inválidas estas políticas.⁷⁰

No que diz respeito ao plano interno, a Constituição da República Portuguesa enuncia diversos preceitos constitucionais proibitivos de qualquer tipo de discriminação, incluindo consequentemente nessa esfera de proteção, os portadores do vírus HIV/SIDA. O diploma em causa começa assim por declarar no seu primeiro artigo que “ *Portugal é uma República Soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária*”.⁷¹ Não esquecendo

⁶⁵ Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos, 1981, a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, 1969, e os seus protocolos de 1988 e de 1990; a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, 1950, e os seus protocolos. Sobre esta matéria vide também ACDH, Direitos Humanos para Juizes, Procuradores e Advogados, Nações Unidas, capítulo 3, 2003.

⁶⁶ Declaração de Compromisso sobre o VIH/SIDA, Assembleia-Geral das Nações Unidas, Res/S-26/2, de 27 de Junho; Declaração Política sobre o VIH/SIDA, Assembleia-Geral das Nações Unidas, A/RES/60/262, de 15 de Junho de 2006; e Declaração Política sobre o VIH/SIDA: Intensificar os nossos Esforços para eliminar o VIH/SIDA, A/65/I.77, de 8 de Julho de 2011.

⁶⁷ LEVINE, cit. 52, p. 17.

⁶⁸ LEVINE, 2012.

⁶⁹ Idem, Ibidem, pp. 17-19.

⁷⁰ Idem, Ibidem, p. 19.

⁷¹ Constituição da República Portuguesa, Princípios Fundamentais, Artigo 1º.

os vários direitos de personalidade igualmente enunciados no texto constitucional, o artigo 64º da Constituição da República Portuguesa garante ainda a todas as pessoas o direito à proteção da saúde.

Já no plano laboral, estamos em condições de poder afirmar que o nosso Código do Trabalho foi inovador ao mencionar, expressamente, diversas regras que protegem os direitos de personalidade, proibindo assim qualquer conduta discriminatória em ambiente de trabalho, realidade que desta forma acaba por proteger igualmente os portadores do vírus HIV. O artigo 23º do Código do Trabalho deve ser interpretado no sentido de abranger a proibição de discriminação baseada no facto de um trabalhador (ou candidato a emprego) ser seropositivo. Tal lógica advém sobretudo da necessidade de incluir este vírus no conceito de doença crónica como aliás tem vindo a ser defendido pela ciência médica.

Por outro lado, revela-se ainda muito importante em termos processuais a chamada inversão do ónus da prova prevista no nº3 do artigo 23º do mesmo diploma. A norma em causa refere assim que *“cabe a quem alegar a discriminação fundamentá-la, indicando o trabalhador ou trabalhadores em relação aos quais se considera discriminado, incumbindo ao empregador provar que as diferenças de condições de trabalho não assentam em nenhum dos factos indicados no nº1”*. No mesmo sentido, recomenda por sua vez o Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida que *“os trabalhadores atingidos pela SIDA [AIDS] deverão ser tratados numa base idêntica à dos trabalhadores atingidos por outras doenças graves que afectem o desempenho da sua função. Quando a condição física destes trabalhadores se deteriorar, convirá proceder, se possível, à reorganização dos locais e dos horários, a fim de lhes permitir continuar a trabalhar durante o maior período de tempo possível”*.⁷²

A própria Organização Internacional do Trabalho numa declaração conjunta com a Organização Mundial da Saúde refere que na maior parte das profissões o trabalho não acarreta nenhum risco de contágio ou transmissão do vírus, seja entre trabalhadores, seja entre estes e clientes e vice-versa.⁷³ Com efeito, *“esta declaração dispõe ainda que a infecção pelo VIH não constitui motivo capaz de fundamentar a cessação do contrato de trabalho e, como ocorre com as demais doenças, as pessoas deverão continuar a trabalhar quando estão em condições de ocupar um emprego apropriado. Esta alusão a emprego apropriado conduz à conclusão de uma possível alteração nas condições de trabalho das pessoas afectadas pelo VIH mas que continuam aptas para o trabalho”*.⁷⁴

⁷² Parecer 16/CNECV/96.

⁷³ Reunião consultiva entre a O.M.S. e a O.I.T. realizada entre 27 e 29 de Junho de 1988.

⁷⁴ MOREIRA, Tereza Alexandra Coelho – Da esfera privada do trabalhador e o controlo do empregador, p. 492.

Finalmente, a Comissão Nacional de Proteção de Dados, defende igualmente que uma pessoa portadora do vírus, quando se encontre na qualidade de candidato a um emprego, não está obrigado nem a fornecer informação que lhe diga respeito nem a ser submetida a qualquer tipo de teste. Nessa medida, este tipo de informação não pode ser utilizada enquanto fundamento para impedir alguém de conseguir um emprego, nem tão pouco para justificar o seu despedimento.⁷⁵

Posto isto, e indo ao encontro dos sistemas jurídicos e judiciários que de facto desempenham papéis construtivos na resposta ao HIV/SIDA (através do respeito, da proteção e do cumprimento dos Direitos Humanos), os ordenamentos onde isso ainda não se verifique, devem então proibir expressamente a discriminação com base no estatuto real ou suposto de seropositivo, assegurando então que os compromissos existentes ao nível dos Direitos Humanos bem como as garantias constitucionais são efetivamente colocadas em prática.⁷⁶ Neste contexto, é então necessário que se eliminem todas as formas de discriminação e violência dirigidas contra aqueles que são mais vulneráveis ao vírus. É igualmente necessário que se eliminem todos os registos, testes e regimes de tratamentos forçados ou obrigatórios no contexto do HIV/SIDA. Por último, os países devem ainda assegurar que as leis e regulamentações anti discriminação (que por sua vez asseguram a participação, divulgação de informações e prestação de serviços de saúde) protegem as pessoas que vivem com o vírus bem como outras populações especialmente vulneráveis.⁷⁷

Em síntese, se é certo que a discriminação e o estigma que se projeta sobre os portadores do vírus HIV é visível a nível mundial, podemos concluir que tal se deve, sobretudo, ao facto de que essa mesma discriminação é consequência direta de diversos fatores, tais como os preconceitos ainda existentes contra os indivíduos pertencentes aos chamados grupos de risco, nomeadamente os toxicodependentes, os trabalhadores do sexo, os homossexuais e ainda os prisioneiros. No entanto, não nos podemos esquecer da simples verdade que nem todos os seropositivos pertencem a esses grupos. Atualmente, é de conhecimento geral que a SIDA não escolhe sexos, raças, etnias ou mesmo grupos sociais. A verdade é que a mesma acaba por atingir qualquer camada da sociedade, desde logo porque depende exclusivamente de fatores biológicos e não de natureza social.

⁷⁵ CASTRO, Catarina Sarmiento e – A proteção de dados pessoais dos trabalhadores, p. 150.

⁷⁶ LEVINE, cit. 52, p. 21.

⁷⁷ Idem, Ibidem, p. 21.

2.5 A SIDA ENQUANTO DOENÇA DE DECLARAÇÃO OBRIGATÓRIA

O vírus da imunodeficiência humana coloca grandes questões éticas, morais e legais. Uma delas assenta precisamente na necessidade de analisar se estamos perante uma doença cuja declaração se revela obrigatória, ou se por ventura, tal situação não se verifica face a este vírus.

A tabela de doenças de declaração obrigatória encontra-se regulada de acordo com o Código da 10ª Revisão da Classificação Internacional de Doenças, conforme a deliberação Nº 131/1997, de 27 de Julho, e consta da Portaria Nº 1071/98 de 31 de Dezembro.⁷⁸

Por sua vez a infeção HIV/SIDA foi inicialmente inserida na lista de doenças de declaração obrigatória, através da Portaria Nº 103/2005, de 25 de Janeiro. Nessa medida, estamos em condições de poder afirmar que antes desta portaria, a tabela de doenças de declaração obrigatória não contemplava entre as mesmas a chamada seropositividade.⁷⁹ No entanto, importa não esquecer que mesmo antes dessa mudança, quando estivesse em causa um doente infetado com o vírus em análise, o médico em questão deveria notificar obrigatoriamente tal situação à Comissão Nacional de Luta Contra a SIDA (que posteriormente viu as suas funções serem assumidas pelo Alto Comissariado da Saúde e também pela Coordenação Nacional para a Infeção VIH/SIDA).⁸⁰

Mais tarde, a Portaria Nº 258/2005 de 16 de Março, acabou por revogar expressamente a Portaria Nº 103/2005, visto que esta última não desenvolvia de forma satisfatória a questão das notificações relativas à vigilância epidemiológica da infeção. É precisamente com base nessa interpretação que tudo indica que o objetivo principal desta segunda portaria acabou por ser a própria definição de casos de SIDA para fins de vigilância epidemiológica. Mesmo antes da adoção destas medidas, alguns autores pronunciaram-se no sentido de defender a comunicação da infeção do vírus por parte dos médicos assistentes ao respetivo Centro de Vigilância Epidemiológica das Doenças Transmissíveis no Instituto Nacional de Saúde (mesmo sem a doença estar incluída na lista de doenças de declaração obrigatória). Tal lógica está assim relacionada com uma necessidade de avaliar o número de casos para efeitos da já referida vigilância epidemiológica. Contudo, como defende Maria do Céu Rueff “*esta realidade não carecia*

⁷⁸ RUEFF, cit. 54, p. 527.

⁷⁹ Idem, Ibidem, p. 528

⁸⁰ É precisamente nesse sentido que surge o despacho do Ministro da Saúde Nº 14/91, publicado no Diário da República, Nº 164, II Série, de 19 de Julho de 1991.

efectivamente de ser identificada e confundida com a inclusão do HIV/SIDA na tabela de doenças de declaração obrigatória".⁸¹ Assim, numa tentativa de não confundir a inclusão desta doença na tabela das doenças de declaração obrigatória com a necessidade de proceder a fins de vigilância epidemiológica, a autora refere mesmo que *"o síndrome de imunodeficiência humana adquirida é de natureza substancialmente diferente das restantes doenças constantes daquela lista e isto por dois motivos: por um lado, devido ao modo de transmissão do vírus; por outro, dadas as circunstâncias e tempo de manifestação da própria doença, que se tornou essencialmente crónica"*.⁸²

É precisamente com base neste conjunto de argumentos que julgo não ser necessário equiparar os casos de infeção com o vírus HIV/SIDA, com as restantes doenças de declaração obrigatória. Tal distinção adquire especial relevância se tivermos em consideração os meios muito específicos de transmissão deste vírus que desta forma o acabam por diferenciar das outras doenças contagiosas.⁸³

A capacidade de responsabilização dos portadores deste vírus juntamente com a sua total integração e acolhimento por parte do sistema de saúde figuram indiscutivelmente como pilares fundamentais no combate a esta epidemia. No entanto, a ideia de controlo epidemiológico que parece estar subjacente a essa inclusão do vírus na tabela de doenças de declaração obrigatória, parece em última instância, afastar-se dessas realidades. Ainda que existam as chamadas garantias de confidencialidade no âmbito desse controlo, facto é que os portadores do vírus, ao recearem ser discriminados, vão acabar por rejeitar o sistema de saúde, realidade que desta forma acaba por afetar a própria ideia de prevenção da doença.⁸⁴

Em suma, e não obstante poder ser discutida uma eventual necessidade de considerar alguns aspetos relativos à declaração do vírus HIV/SIDA, a verdade é que equiparar plenamente esta doença com as restantes que se encontram presentes na tabela de declaração obrigatória consiste numa verdadeira prática discriminatória que em última instância acaba por desconsiderar as particularidades específicas da mesma. Como refere Maria do Céu Rueff *"tratar os portadores assintomáticos de HIV ao lado de pessoas cuja doença já haja tido manifestações, como acontece em muitos casos das doenças constantes da tabela de declaração obrigatória (ex. tosse convulsa, peste, raiva, sarampo,*

⁸¹ RUEFF, cit. 54, p. 532.

⁸² Idem, Ibidem, p. 532.

⁸³ Nesse sentido, explica Maria do Céu Rueff que a *"inclusão da infecção do HIV/SIDA na tabela de doenças de declaração obrigatória parece afectar a clareza desta distinção quando, no entanto, ela se justifica totalmente por retratar a realidade"*. Cf. RUEFF, cit. 54, p. 533.

⁸⁴ Idem, Ibidem, p. 532.

*febre amarela, rubéola) é desconsiderar justamente a especificidade da situação do HIV/SIDA, e tratar afinal como igual o que é diferente”.*⁸⁵

⁸⁵ Idem, *Ibidem*, p. 535.

3. CONTEXTO HISTÓRICO-JURÍDICO DA PROBLEMÁTICA

Em apenas três décadas de existência do vírus HIV/SIDA, o mesmo já matou mais de 30 milhões de pessoas, sendo ainda estimado que outros 35 milhões foram infetadas e por força disso podem vir a ter o mesmo destino. Tais números permitem desta forma afirmar que a epidemia do HIV/SIDA se tornou inequivocamente num dos grandes problemas da atualidade, nomeadamente em matérias como a saúde pública.⁸⁶

Se por um lado estamos em condições de afirmar que o fim desta epidemia se encontra ao alcance de todos nós, por outro, não nos podemos esquecer que tal só será possível se a Ciência e a Justiça se unirem em torno de um compromisso concreto no sentido de respeitar os Direitos Humanos, acabando desta forma com as inúmeras injustiças que ainda se fazem sentir no seio da comunidade seropositiva.⁸⁷

Posto isto, cabe de facto referir que o Direito proíbe ou permite determinados comportamentos, e ao fazer isso, molda as diversas práticas do ser humano, da economia e em última instância da própria sociedade. É neste sentido que podemos considerá-lo um bem humano suscetível de criar uma diferença material na vida das pessoas, bem esse, que por força disso tem então o poder de colmatar a lacuna existente entre a vulnerabilidade e a resistência ao vírus, acabando conseqüentemente por salvar milhões de vidas humanas.⁸⁸ Acontece porém, que desde o início do combate a esta epidemia que essa resposta tem sido conduzida pelas pessoas que vivem com o vírus, pelas populações afetadas pelo mesmo e ainda pelas suas famílias e pessoas mais próximas. Foi com base na sua criatividade e solidariedade que aos poucos se introduziram princípios assentes em máximas de “sexo seguro” e “redução do risco”, não esquecendo ainda a coragem transmitida para a área dos progressos médicos e científicos, bem como o próprio financiamento internacional a favor de uma resposta mais eficaz no combate ao HIV/SIDA.⁸⁹

No entanto, importa não esquecer que as verbas provenientes de ajuda externa e destinadas a implementar medidas de combate ao HIV/SIDA, correm o risco de poder vir a ser suspensas, se os organismos internacionais que facultam esse auxílio se

⁸⁶ LEVINE, cit. 52, p. 7.

⁸⁷ Idem, Ibidem, p. 4.

⁸⁸ Idem, Ibidem, p. 4.

⁸⁹ Idem, Ibidem, p. 100.

aperceberem que com essas verbas estão a apoiar governos repressivos nos países em causa.

Sendo certo que a adoção de legislação adequada por si só não é suficiente para erradicar a epidemia da SIDA, não é menos verdade que os vários ordenamentos jurídicos podem ainda assim desempenhar um papel importante ao promover o bem-estar das pessoas que vivem com o vírus e sobretudo daquelas que são mais vulneráveis ao mesmo.⁹⁰ Neste contexto, penso que podemos afirmar que a implementação de leis ajustadas à situação e dotadas dos recursos necessários para o seu rigoroso cumprimento podem facilitar o acesso aos serviços de prevenção, melhorar os cuidados de saúde, aperfeiçoar a qualidade dos tratamentos, reforçar a assistência social dos seropositivos e acima de tudo assegurar a proteção dos Direitos Humanos das pessoas afetadas por esta epidemia.⁹¹

À medida que este fenómeno ganhou dimensão, muitos países passaram então a realizar testes voluntários com consentimento informado, isto claro, para além de criarem diversas disposições anti discriminatórias específicas para a proteção das pessoas que se encontravam contaminadas. Assim, seguindo um pouco a corrente internacional, diversos países acabaram por incluir no seu direito interno normas que passaram a proibir a exigência de testes obrigatórios para detetar o vírus.⁹²

No caso português, e indo ao encontro do parecer do CNECV (16/CNECV/90), o mesmo refere que de facto a obrigatoriedade dos testes da SIDA é, em princípio ilegítima, visto que viola o direito fundamental da privacidade, provocando ao mesmo tempo discriminações desumanas, desde logo porque sacrifica a liberdade individual dos cidadãos que desta forma ficam sujeitos ao rastreio obrigatório. Tais práticas colidem assim com diversas disposições internas e externas das quais podemos destacar o artigo 13º da Constituição da República Portuguesa e também o artigo 7º da Declaração Universal dos Direitos do Homem.

⁹⁰ Importa aqui fazer referência a alguns diplomas com incidência sobre a questão específica do HIV/SIDA. Em 1992, o Decreto-Lei nº 54/92 de 11 de Abril estabeleceu o regime das taxas moderadoras para os doentes com SIDA e para as pessoas seropositivas. O Decreto-Lei nº 216/98 de 16 de Julho acabou por estabelecer condições mais favoráveis de acesso a pensões por invalidez por parte de pessoas infetadas pelo vírus. Já em 1996, a Ministra da Saúde através do Despacho 280/96 estabeleceu regras para os medicamentos antiretrovíricos destinados ao tratamento da infeção, no que respeita à sua prescrição, utilização e carácter gratuito. Um ano depois, através da resolução do Conselho de Ministros nº 197/97 de 18 de Novembro ocorreu o reconhecimento público da chamada “rede social” que inclui ações destinadas a pessoas afetadas pela toxicodependência e pelo vírus HIV/SIDA. Por último, em 2005, a CNLCS foi integrada no Alto Comissariado de Saúde, através do Decreto Regulamentar nº 7/2005 de 10 de Agosto.

⁹¹ LEVINE, cit. 52, p. 12.

⁹² PINTO, cit. 1, p. 127.

Por outro lado, a legislação também tem sido utilizada para punir os agentes pela transmissão ou exposição do HIV. Nesses casos, a comunicação por parte do parceiro infetado, tem sido colocada em diversos ordenamentos jurídicos como um elemento chave que pode inclusive determinar a responsabilidade criminal do agente responsável por essa conduta. Partindo da ideia que a prática intencional ou negligente de qualquer conduta suscetível de transmitir o vírus a outra pessoa, é sempre considerada em termos éticos, uma atitude condenável, não nos podemos justamente esquecer que essa ideia de transmissão do vírus, na maior parte das vezes, acaba por estar dependente de um conjunto de atitudes por parte dos portadores do vírus, nomeadamente a partir do momento em que tenham conhecimento do seu estado. Nesse sentido, explica mesmo Paula Lobato de Faria que *“dar sangue, praticar relações sexuais sem protecção, ou partilhar seringas, passam a ser acções de que o portador do VIH se deve abster, caso queira evitar a transmissão deste a outras pessoas. Se o fizer de forma consciente e negligente deve sofrer uma sanção por parte da sociedade”*.⁹³

Atendendo ao problema específico da criminalização na transmissão do vírus HIV/SIDA, diversos países acabaram assim por adotar leis penais específicas para punir este tipo de condutas, não esquecendo ainda todos aqueles que possuem leis gerais que abrangem igualmente tais comportamentos. Não obstante tais realidades, estarei inclinado a afirmar que na generalidade dos países, não existem ainda disposições legais específicas que prevejam este tipo de situações, razão pela qual a eventual punição deverá fundamentar-se nos crimes tradicionalmente previstos.⁹⁴ É precisamente nesse quadro que parece estar inserido o ordenamento jurídico português.⁹⁵ Aliás, a partir do momento em que se verifique a morte de uma pessoa infetada por um comportamento de outrem, levanta-se a necessidade de analisar a possibilidade de punir por homicídio, desde logo porque as disposições específicas (como acontece com o artigo 283º do Código Penal), não correspondem a situações de morte posterior da vítima, mas tão só e apenas aos casos de contaminação

⁹³ FARIA, Paula Lobato de – *Aspectos Éticos e Jurídicos da SIDA no Direito Português*, p. 50.

⁹⁴ OLIVEIRA, Maria Joana de Castro – *A Imputação Objectiva na Perspectiva do Homicídio Negligente*, p. 166.

⁹⁵ Numa tentativa de proteger certos bens jurídicos, o nosso legislador acabou por tipificar determinados comportamentos que colocam em perigo ou em última instância lesionam esses mesmos bens jurídicos. Assim, acaba por ser necessário subsumir essas condutas a um determinado tipo legal de crime para desta forma se poder verificar a sua tipicidade. Cf. PRADO, Luiz Regis e CARVALHO, Erika Mendes de – *Teorias da Imputação Objetiva do Resultado – Uma aproximação crítica a seus fundamentos*, p. 13.

isoladamente considerada, questão que porventura será discutida no capítulo seguinte.⁹⁶

⁹⁶ OLIVEIRA, cit. 94, p. 166.

4. ENQUADRAMENTO JURÍDICO DA QUESTÃO

Aqui chegados, e tendo em conta que o objetivo deste trabalho incide no estudo da eventual relevância típica da conduta daquele que infeta outra pessoa com o vírus HIV/SIDA, importa assim analisar os tipos legais de crime convocados pela conduta em causa, tomando como essenciais todos os princípios e sobretudo as diversas teorias relevantes em matéria de imputação objetiva para que desta forma se possa, em última análise, determinar a relevância jurídica desse tipo de comportamentos.

Ao analisarmos as várias teorias de imputação objetiva (do resultado à conduta do agente), estamos certamente a utilizar mecanismos cujo objetivo principal passa por tentar limitar, ou no limite excluir, a atribuição de responsabilidade criminal do agente que adotou uma determinada conduta.⁹⁷ Indo ao encontro das palavras de Figueiredo Dias *“exigindo-se para o preenchimento integral de um tipo de ilícito a produção de um resultado, importa verificar não apenas se esse resultado se produziu, como também se ele pode ser atribuído (imputado) à acção”*.⁹⁸ Assim, para se poder determinar essa responsabilidade podemos justamente recorrer a vários critérios.

Segundo a teoria das condições equivalentes, que surgiu em meados do séc. XIX, todo e qualquer resultado será uma consequência de um comportamento humano. Nessa medida, a premissa básica desta teoria revela que a causa de um resultado acaba por ser toda a condição sem a qual um resultado não se verifica.⁹⁹ Sendo evidentes as deficiências desta teoria enquanto critério de causalidade pura, a verdade é que a sua utilização sem nenhuma limitação, pressupõe que tudo passa a ser considerado delituoso aumentando desta forma o campo da punibilidade.¹⁰⁰ Isto é,

⁹⁷ Sendo certo que ainda hoje, a questão da tipicidade continua a ser uma das mais discutidas em toda a dogmática penal, a verdade é que olhando exclusivamente para o campo das ciências naturais, a causalidade pode ser caracterizada como sendo a relação existente entre um comportamento e a sua consequência, ou seja, o vínculo entre a conduta do agente e o seu resultado típico. Vid. PRADO & CARVALHO, cit. 95, p. 13.

⁹⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo - Direito Penal, Parte Geral, Tomo I: Questões Fundamentais, A Doutrina Geral do Crime, p. 322.

⁹⁹ Nesse sentido explica ainda Figueiredo Dias que *“para apurar quais as condições que deram causa a um certo resultado, deveria assim o juiz suprimir mentalmente cada uma delas: caso pudesse afirmar que o resultado não se teria produzido sem essa condição, tal significava que esta seria relevante para efeitos de estabelecimento do nexos de causalidade”*. Cf. Idem, Ibidem, p.324.

¹⁰⁰ PRADO & CARVALHO, cit. 95, p. 14. Indo ao encontro das palavras de Figueiredo Dias, uma resposta positiva de causalidade aferida exclusivamente segundo o critério desta teoria, não pode considerar-se como sendo um verdadeiro critério de imputação objetiva. Para alguns autores, o raciocínio de supressão mental da conduta do agente acaba por revelar uma certa inutilidade, visto que o mesmo apenas se pode aplicar em determinadas situações, ficando desta forma excluídos os casos de causalidade virtual e ainda os de causalidade alternativa. Cf. DIAS, cit. 98, p. 325.

embora necessária, a simples relação de causalidade parece não ser suficiente para garantir um critério razoável e eficaz de imputação objetiva.¹⁰¹

Partindo do pressuposto que esta teoria acaba por excluir qualquer dúvida sobre uma possível interrupção do nexu causal face à atuação de um terceiro, do próprio ofendido ou mesmo pela ocorrência de um facto extraordinário ou imprevisível, acabaram assim por surgir diversas tendências que desta forma passaram a atribuir uma maior importância àquilo que passou a ser designado como percurso causal.¹⁰²

Mais tarde surge a teoria da causalidade adequada. Sendo um critério de imputação objetiva bastante utilizado no seio da doutrina e mesmo na própria jurisprudência, a teoria da causalidade adequada (também conhecida por teoria da adequação) tende assim a impedir que exista responsabilidade criminal nas situações onde o agente não conseguiu controlar o chamado percurso causal. Figurando enquanto verdadeiro complemento da teoria das condições equivalentes, este critério acaba assim por exigir que para que um resultado se possa imputar a uma determinada ação, é ainda necessário que se tenha verificado o nexu causal.¹⁰³ Segundo esta teoria e utilizando as palavras de Conceição Valdágua *“a imputação objectiva do resultado à conduta do agente far-se-á, quando, seguindo um juízo de prognose póstuma, fosse previsível para uma pessoa média, colocada nas circunstâncias concretas em que o agente actuou e com os conhecimentos concretos deste, que o resultado, como em concreto se produziu, surgiria como uma consequência normal da conduta.”*¹⁰⁴

Sendo uma teoria absolutamente indispensável para uma tutela eficaz e sobretudo racional do Direito Penal, a verdade é que a mesma parece apresentar algumas insuficiências geralmente aceites por grande parte da doutrina moderna, insuficiências essas, que em bom rigor configuram uma resposta positiva em situações onde a imputação objetiva deve ser negada.¹⁰⁵

Face a tais incapacidades, e numa tentativa de impedir que a causalidade seja o único pressuposto para aferir da imputação, surge a chamada teoria do risco. Segundo esta última, um resultado apenas deve ser objetivamente imputado à conduta do agente

¹⁰¹ Idem, Ibidem, p. 327.

¹⁰² Idem, Ibidem, p. 324.

¹⁰³ Idem, Ibidem, p. 328.

¹⁰⁴ Cf. VALDÁGUA, Maria da Conceição - Direito Penal, Apontamentos de Direito Penal, Parte Geral - 2006/07, pp. 139 e 140.

¹⁰⁵ Uma das críticas apontadas assenta precisamente no facto de se verificar uma ausência quanto à definição do critério da chamada previsibilidade, situação que desta forma acaba por deixar nas mãos do julgador o estabelecimento do já referido nível de conhecimento esperado para um suposto homem médio.

quando essa mesma conduta cria, aumenta ou não diminuí um risco proibido que por sua vez se concretiza no resultado.¹⁰⁶ Sustentada numa análise concreta do risco, e ao contrário de alguns autores, Claus Roxin, com esta teoria, acaba justamente por defender que “a possibilidade objetiva de originar um processo causal danoso depende de a conduta do agente concreto criar, ou não, um risco juridicamente relevante de lesão típica de um bem jurídico [...]”.¹⁰⁷

Assim, para os defensores desta teoria, apenas o resultado que crie um perigo que a norma pretenda afastar, pode justamente ser imputado ao autor da ação. Ainda que seja evidente a presença da já referida relação de causalidade, para esta teoria será impossível imputar objetivamente o resultado a um determinado sujeito se estivermos perante um percurso causal irregular ou não dominável pelo autor.¹⁰⁸ Tal lógica permite desta forma concluir que ficam automaticamente excluídas da chamada imputação objetiva todas aquelas condutas associadas aos riscos normais da vida, as situações que se encontram fora do âmbito de proteção da norma, as hipóteses que configuram um risco permitido e ainda todos aqueles casos onde ocorra o chamado comportamento lícito alternativo.

Numa tentativa de submeter as hipóteses de transmissão do vírus HIV/SIDA a este conjunto de mecanismos (que em bom rigor tentam limitar ou mesmo excluir a responsabilidade criminal do agente-transmissor), a verdade é que tal exercício não se revela simples desde logo porque nesta matéria as dificuldades probatórias são de facto evidentes. Ainda assim, para a teoria da *conditio sine qua non* parece não existir qualquer dúvida, que a transmissão do vírus em causa pode ser traduzida numa verdadeira condição do resultado previsto no tipo legal de crime (seja ele a morte, as ofensas à integridade física ou mesmo a propagação de doença contagiosa).

Já para a teoria da causalidade adequada, tudo indica que o agente que com a sua conduta acabou por transmitir o vírus a outra pessoa, conseguia perfeitamente realizar um prognóstico sobre a previsibilidade de transmissão e respetivo desenvolvimento da doença no organismo da vítima, não esquecendo ainda as suas consequências que desta forma podiam ser lesivas ou em última instância mortais para a mesma.

Por último, a teoria da imputação objetiva parece ser aquela que oferece maior segurança aos casos onde se verifique a ocorrência de um dano decorrente da

¹⁰⁶ VALDÁGUA, cit. 104, p. 138.

¹⁰⁷ ROXIN, Claus - Reflexões sobre a problemática da imputação em Direito Penal. In Problemas Fundamentais de direito penal, p. 148.

¹⁰⁸ PRADO & CARVALHO, cit. 95, p. 76.

transmissão do vírus em análise. Afinal de contas, como defende Cármen Rivero, o que aqui se procura com o âmbito de proteção da norma é justamente provar que neste tipo de situações o risco é típico, ainda que o resultado não se concretize.¹⁰⁹ Assim sendo, e independentemente do tipo legal de crime que aqui é chamado à colação, o facto proibido pela norma passará sempre por impedir a transmissão do vírus, evitar a sua propagação ou mesmo dificultar o resultado morte para a própria vítima.

Aqui chegados, e sendo necessária uma reflexão prévia acerca da legitimidade e eficácia da intervenção penal no contexto da transmissão do vírus, facto é, que a possibilidade de incriminar penalmente a transmissão dolosa ou negligente do HIV/SIDA, surge diretamente condicionada pela própria realidade social e criminológica em que se enquadra o suposto contágio. Como explica Álvaro da Cunha Rodrigues “*nos últimos tempos têm surgido com alguma profusão, estudos jurídicos, sobretudo na área do Direito Penal, sobre as possibilidades de imputação dos resultados deletérios da SIDA (morte e lesões patológicas) à conduta do agente transmissor do vírus, designadamente nos casos de contaminação por via sexual ou de troca de seringas e agulhas, por forma a responsabilizar penalmente, por ofensas à integridade física ou por homicídio, aquele que, com dolo ou negligência, tenha sido o autor da transmissão viral*”.¹¹⁰

Estando em causa uma matéria cujo conteúdo essencial se relaciona sobretudo com a temática dos resultados produzidos a longo prazo, a verdade é que as respostas da doutrina penal parecem longe de alcançar um consenso unânime acerca desta intervenção e ao modo como a mesma se deve realizar.¹¹¹ Indo ao encontro das palavras de Susana Aires de Sousa,¹¹² enquanto uns autores defendem a exclusão do direito penal nesta matéria,¹¹³ outros ao contrário, remetem a intervenção para uma análise casuística, nomeadamente no que diz respeito ao modo e contexto em que se desenvolve esse mesmo contágio, não esquecendo ainda a consciência sobre a

¹⁰⁹ GÓMEZ RIVERO, M^a Carmen – La imputación de los resultados producidos a largo plazo, p. 98 e s.

¹¹⁰ RODRIGUES, cit. 5, p. 199.

¹¹¹ SOUSA, cit. 1, p. 110.

¹¹² Idem, Ibidem, p. 110.

¹¹³ Alguns dos argumentos utilizados assentam precisamente no facto das normas penais serem ineficazes no combate à difusão e desenvolvimento do vírus, nas consequências negativas que a criminalização destes comportamentos acarreta consigo, na inexistência de um comportamento relevante para efeitos penais e ainda no simples facto de existir uma parcela de autorresponsabilidade na própria vítima que por sua vez adotou ou consentiu um determinado comportamento suscetível de transmitir o vírus. Cf. Idem, Ibidem, p. 110.

situação do risco por parte de cada um dos intervenientes.¹¹⁴ Não obstante existirem diversos entendimentos sobre esta matéria, penso estar obrigado a concluir que a legislação que vigora atualmente em Portugal parece não ser a mais adequada, nem em relação ao combate da própria infeção do vírus em geral, nem mesmo na resposta aos vários problemas jurídicos que mais frequentemente se colocam no âmbito da mesma.

Posto isto, importa então analisar em concreto quais os tipos legais de crime previstos na parte especial do Código Penal, e dentro destes, quais é que são suscetíveis de ser preenchidos no âmbito da temática em questão.

¹¹⁴ Para estes autores é indispensável uma análise em concreto da situação contextual em que o contágio se verificou para desta forma se poderem analisar os princípios do “risco” e da “confiança”. Vid. *Idem*, *Ibidem*, p. 111.

4.1 POSSIBILIDADE DE SUBSUNÇÃO AO CRIME DE PROPAGAÇÃO DE DOENÇA CONTAGIOSA

Começando por analisar o crime de propagação de doença contagiosa, importa então referir que o mesmo reúne no seu conteúdo normativo três tipos de crimes anteriormente autónomos (o crime de propagação de doença contagiosa, o de alteração de análises e ainda o de alteração de receituário).¹¹⁵ Tendo em comum o facto de criarem um perigo para a vida e integridade física de outra pessoa, certo é, que esses bens jurídicos podem ser caracterizados como tendo uma projeção coletiva ou por outras palavras um carácter pluri-individual, desde logo porque o seu titular surge como um sujeito indiferenciado.¹¹⁶

Ao analisar o conteúdo da alínea a), e tendo em conta que apenas a mesma se revela suscetível de ser considerada para o objeto do trabalho em questão (na medida que o preceito faz referência à propagação de uma doença contagiosa), surge desde logo a dúvida de saber se o mesmo abrange ou não as situações típicas de contágio do vírus em causa. Relativamente a esta questão, importa começar por referir que para o tipo de crime em análise, a expressão doença contagiosa parece corresponder a todas aquelas doenças contagiosas consideradas graves. Tal realidade permite desta forma afirmar que todas as doenças contagiosas que não se revelem aptas a produzir o perigo referido na norma estão, em princípio, fora do alcance da mesma.¹¹⁷

Assim sendo, parece claro que o agente da conduta, ao propagar a doença, tem necessariamente de criar um perigo para a vida ou perigo grave para a integridade física da pessoa em causa. Isto é, partindo do pressuposto que este elemento do tipo permite delimitar o âmbito das doenças contagiosas que aqui são chamadas à colação, a verdade é que estas últimas têm obrigatoriamente que ser perigosas para a vida de uma pessoa ou em última instância constituir um perigo grave para a sua integridade física.¹¹⁸

¹¹⁵ Para Damião da Cunha esta nova configuração permitiu uma clara simplificação bem como um tratamento uniforme de todos os crimes em causa, realidade que por ventura não se verificava na versão anterior. CUNHA, José M. D. - Propagação de doença, alteração de análises ou de receituário – artigo 283º. In Comentário Conimbricense do Código Penal, p. 1006.

¹¹⁶ Como explica Augusto Silva Dias, os bens jurídicos tutelados nestes tipos incriminadores, apesar da matriz individual, têm uma projeção coletiva ou por outras palavras um carácter pluri-individual. Vid. DIAS, cit. 3, p. 83.

¹¹⁷ CUNHA, cit. 115, p. 1008.

¹¹⁸ Idem, *Ibidem*, p. 1010.

Ainda no que diz respeito ao fundamento desta norma, importa não esquecer que o mesmo tem que ver precisamente com a existência de situações de difusão ou propagação de doenças contagiosas consideradas graves como por ventura acontece com o vírus HIV/SIDA. Atendendo à ideia que o HIV é um vírus que ataca o sistema imunológico do ser humano, causando posteriormente o síndrome da imunodeficiência adquirida que em última instância pode provocar a morte da pessoa infetada, nada parece impedir que o mesmo se possa justamente enquadrar no âmbito das doenças contagiosas consideradas graves, desde logo porque o perigo para vida da pessoa é neste caso evidente.

No entanto, é preciso não esquecer que o elemento típico “propagar” é detentor de um sentido expansivo da doença restando desta forma saber se com um ato isolado de transmissão do vírus (de uma pessoa para outra), estaremos justamente perante uma verdadeira propagação. Relativamente a esta questão, importa ter presente a ideia de que se existe a possibilidade de posterior transmissão do vírus por parte de alguém que acabou de ser contaminado pelo mesmo, então significa que a referida propagação passa a ser uma realidade evidente. Isto é, sempre que alguém acaba por ser infetado com o vírus, existe certamente a possibilidade de se verificar a posterior transmissão do mesmo através dessa mesma pessoa (ainda que seja pouco provável).¹¹⁹

Alguns autores como Augusto Silva Dias defendem que as situações de contágio que têm lugar no contexto de contactos sociais diretos ou “cara a cara”, se encontram fora do âmbito normativo da norma em questão, precisamente por estar em causa um crime de perigo comum, crime esse que não se verifica com a suposta contaminação de namorados ou cônjuges, situações onde por sua vez seria necessário um tipo de crime que tutelasse bens jurídicos individuais e determinados.¹²⁰

Já para Damião da Cunha, não será possível falar em ato de propagação se a transmissão do vírus ocorrer no âmbito de uma relação estável e duradoura, estando por isso mesmo excluída a possibilidade de preenchimento deste tipo legal de crime.¹²¹

¹¹⁹ Segundo Damião da Cunha, não se pode incluir no âmbito deste crime a eventual transmissão do vírus HIV/SIDA a uma determinada pessoa, não havendo, de antemão, possibilidade posterior de transmissão. Caso haja essa possibilidade, então poderá equacionar-se a propagação e o respetivo preenchimento deste tipo de crime. Vid. Idem, *Ibidem*, p. 1011.

¹²⁰ Como explica Augusto Silva Dias “a contaminação do namorado ou do cônjuge com VIH são situações que escapam à «ratio» dos crimes de perigo comum e são mais adequadamente resolvidas através de tipos que tutelam bens jurídicos individuais de titularidade determinada”. Vid. DIAS, cit. 3, pp. 84-85.

¹²¹ Para este autor apenas será correto falar em propagação do vírus e conseqüente preenchimento do tipo, nos casos onde a transmissão ocorre no contexto de uma relação ocasional ou porventura quando haja possibilidade de se verificar uma posterior transmissão do vírus. Vid. CUNHA, cit. 115, p. 1011.

Não partilhando inteiramente da opinião acima referida, penso que a questão essencial que aqui deve ser tida em conta, é de facto a de saber se o objeto de tutela desta norma assenta num bem jurídico individual ou se, porém, consiste num bem jurídico coletivo, nomeadamente a saúde pública. Relativamente a essa questão e indo ao encontro das palavras de Susana Aires de Sousa, julgo ser claro que a pessoa figura aqui como um verdadeiro representante da comunidade, e por força disso mesmo também é titular do bem jurídico coletivo “saúde pública”.¹²² Com efeito, é a proteção da saúde pública (perante a propagação de uma doença contagiosa), que justifica desde logo a tutela do momento em que a vida ou a integridade física de alguém em concreto seja posta em perigo, sem que para isso tenha necessariamente de adquirir a qualidade de perigo para um bem jurídico coletivo.¹²³

Nesse mesmo sentido, alguns autores defendem justamente que estamos perante um crime de perigo concreto, sendo que, para a proteção do bem jurídico previsto na norma, será suficiente a contaminação da pessoa para que se verifique o já referido preenchimento do tipo. Para Fernanda Palma, este crime de perigo acaba assim por revelar duas intenções fundamentais. Se por um lado tenta “*dar expressão jurídico-penal a actividades que podem ser particularmente perigosas*”, por outro apela igualmente à incriminação face a situações onde se verifique uma “*concreta criação do perigo para a vida ou para a integridade física*” do ser humano.¹²⁴

Questão mais complicada prende-se por sua vez com o facto de saber se as vítimas em causa têm necessariamente que ser contaminadas pelo vírus, ou se porventura, para que se verifique um hipotético preenchimento deste tipo de crime, é suficiente que se constate uma simples colocação em perigo por parte das mesmas. Por outras palavras, o que aqui se questiona assenta precisamente em saber se a contaminação do vírus figura enquanto verdadeiro elemento essencial do tipo ou se por sua vez apenas se reflete enquanto circunstância agravante do mesmo.¹²⁵

Numa tentativa de abordar concepções de perigo distintas, Fernanda Palma refere assim que numa primeira perspetiva, a suposta concretização de perigo é considerada mínima, desde logo, porque o “*perigo para a vida ou integridade física é*

¹²² SOUSA, cit. 1, p. 120.

¹²³ Também para esta autora não faz parte do objeto de proteção desta norma as situações de transmissão por via sexual do vírus da SIDA, tanto em contextos ocasionais, como também no plano dos relacionamentos estáveis. Nesse sentido, Susana Aires de Sousa refere mesmo que é necessário algum esforço interpretativo para desta forma se poder incluir este tipo de comportamentos no âmbito de proteção da norma prevista no artigo 283º do Código Penal. Cf. Idem, Ibidem, pp.120 -121.

¹²⁴ PALMA, Maria Fernanda - Transmissão da SIDA e responsabilidade penal. In ASCENÇÃO, José de Oliveira (Coord.) - Estudos de Direito da Bioética, p. 121.

¹²⁵ Idem, Ibidem, p. 122.

reduzido à criação efectiva das condições adequadas para a contaminação e sua subsequente disseminação".¹²⁶ Já com base numa conceção de perigo mais exigente quanto à sua própria concretização, escreve a mesma autora que aqui "*o evento-perigo é a efectiva contaminação das vítimas*", razão pela qual a simples colocação das mesmas em contacto direto com o vírus não se revela suscetível de preencher o tipo.

Fazendo um esforço para cumprir o chamado princípio da legalidade julgo ser necessário dar preferência a este último entendimento através do qual, apenas estará preenchido o tipo legal de crime quando as vítimas contraírem efetivamente o vírus. Analisando o seu significado, Fernanda Palma esclarece ainda que a expressão "propagação" pressupõe desta forma uma atividade de multiplicação da efemeridade (acabando necessariamente por atingir uma multiplicidade de vítimas ou pelo menos mais que uma).¹²⁷

Sendo notória a escassez de condenações com base neste tipo de crime, a verdade é que os nossos tribunais parecem estar a adotar esta ideia sobretudo quando face ao caso concreto, existe uma vontade clara de transmissão de doença contagiosa por parte do agente-transmissor. Nesse sentido, o Tribunal Judicial da Comarca de Portimão acabou por condenar, em 1998, um arguido em pena de prisão nos termos do artigo 283º, Nº1, alínea c) do Código Penal, relativo ao crime de propagação de doença contagiosa.¹²⁸ Na base desta condenação estiveram um conjunto de comportamentos por parte do agente que por sua vez culminaram com a transmissão (consciente) do vírus HIV/SIDA. Mais tarde, a decisão da 1ª Instância, veio a ser confirmada pelo Tribunal da Relação de Évora que desta forma apenas alterou a medida da pena em concreto justamente porque entendeu ser mais adequada para sancionar a conduta do arguido, a pena de três anos e seis meses de prisão.¹²⁹

Em suma, e não obstante ser necessário algum esforço interpretativo, penso que a transmissão consciente do vírus HIV/SIDA parece admitir uma imputação de responsabilidade baseada no tipo legal de crime previsto no artigo 283º do Código Penal

¹²⁶ Partindo desta conceção de perigo é possível ultrapassar as principais dificuldades de uma prova de causalidade. Idem, *Ibidem*, p. 122.

¹²⁷ Idem, *Ibidem*, p. 122.

¹²⁸ 1º Juízo Criminal, Processo Comum Colectivo N° 340/98.

¹²⁹ Secção de Jurisdição Criminal, Processo N° 989/00, Acórdão de 03/10/2000. O Tribunal em questão manteve ainda a pena de sete meses relativamente à prática do crime de violação de domicílio que o arguido também estava acusado. No entanto, reduziu as penas de sete meses de prisão, por cada um dos crimes de ofensa à integridade física simples, para quatro e cinco meses de prisão, e mesmo as de sete e nove meses de prisão para quatro e cinco meses no que diz respeito aos crimes de dano. Após a realização do cúmulo jurídico das várias penas parcelares, o arguido acabou por ser condenado na pena global única de quatro anos e quatro meses de prisão.

(situação que se simplifica bastante quando no caso concreto o agente sabia que era portador do vírus, sabia igualmente que a conduta comportava um risco substancial de infectar outra pessoa, foi a conduta que objetivamente contaminou a vítima e ainda quando esta última não consentiu o risco de ser infectada nem tão pouco teve conhecimento da seropositividade do portador do vírus). No mesmo sentido, escreve assim Maria Joana de Castro Oliveira que *“se um indivíduo, por actuar negligentemente em violação das elementares regras de cuidado que são exigidas e exigíveis ao comum dos cidadãos, transmitir à vítima, por exemplo por via sexual, uma doença infecto-contagiosa, como seja o caso do HIV, poderá ser imediatamente julgado e, eventualmente, condenado nos precisos termos do artigo 283º do Código Penal português”*.¹³⁰ Ainda que as dificuldades probatórias sejam evidentes nesta matéria, nada parece impedir que de um comportamento que efetivamente resultou na transmissão do vírus, possa emergir responsabilidade para o agente por propagação de doença contagiosa, restando apenas saber como se deverá conjugar esta punição com os outros tipos de crime que aqui podem ser chamados à colação.

¹³⁰ OLIVEIRA, cit. 94, p. 164.

4.2 POSSIBILIDADE DE SUBSUNÇÃO AO CRIME DE HOMICÍDIO

Independentemente de se considerar a propagação do vírus HIV/SIDA uma conduta suscetível de preencher o tipo de ilícito previsto no artigo 283º do Código Penal, facto é, que de uma contaminação, pode efetivamente resultar uma morte (ainda que temporalmente indeterminada). Nessa medida, defende Álvaro da Cunha Rodrigues “*que no caso da SIDA há mesmo ligação directa entre o estado do paciente e a sua morte, já que a SIDA é uma síndrome que destrói as defesas imunitárias do organismo (os linfócitos T), abrindo, desta sorte, a porta a uma multiplicidade de infecções oportunistas temíveis, além de neoplasias, como o sarcoma de Kaposi, linfomas, etc, que, por regra, conduzem à morte, havendo apenas variações de tempo*”.¹³¹

Perante o resultado morte, ou por outras palavras, perante a verificação de uma ofensa ao bem jurídico vida, cabe desta forma analisar de que forma se concretiza a tutela jurídico-penal do bem jurídico em questão. Sendo certo que o tipo objetivo de ilícito de homicídio se realiza com a morte de outra pessoa, isto é, com o causar a morte de pessoa diferente do agente, é no entanto necessário que se estabeleça o chamado nexos de imputação objetiva entre o resultado e a conduta, nexos esse que se revela indispensável para podermos falar numa hipotética punição do agente.¹³²

Nestes casos em que o resultado apenas se concretiza após o decurso de um determinado período de tempo, é necessário analisar uma possível limitação da própria responsabilidade do agente, responsabilidade essa que pode mesmo nem existir face à ausência do já mencionado nexos de imputação objetiva que conseqüentemente se revela idóneo a imputar o resultado ao respetivo comportamento do agente.

Como já referi anteriormente, a doutrina da imputação objetiva evoluiu no sentido de evitar determinadas soluções erradas a que chegaríamos com a simples aplicação da teoria da “causalidade adequada”. Com efeito, o juízo de *prognose póstuma* característico da mesma, questiona se um homem médio com os conhecimentos específicos do agente, podia ou não prever o resultado, raciocínio que por sua vez ignora por completo as já mencionadas situações de diminuição do risco, risco-permitido, comportamento lícito alternativo e ainda aquelas que se encontrem fora do âmbito de proteção da norma, dando desta forma, neste conjunto de situações, uma resposta afirmativa no que diz respeito à possibilidade de existir responsabilidade

¹³¹ RODRIGUES, cit. 5, p. 205.

¹³² Sobre a temática do nexos de imputação objetiva ver desenvolvidamente DIAS, cit. 98, pp. 322 e s.

criminal do agente, quando em boa verdade a mesma deverá ser negada. Se para a teoria do risco é exigido que o agente crie, aumente ou não diminua um risco proibido, parece-me claro que ao transmitir o vírus, o agente estará certamente a criar um risco proibido, risco esse que mais tarde se vem a concretizar.

É certo que o tipo objetivo de ilícito previsto no artigo 131º (homicídio simples) se preenche e realiza com o causar a morte de outra pessoa, morte essa que terá necessariamente que ocorrer sob pena do resultado previsto no tipo não se ter verificado.¹³³ Posto isto, cabe desta forma saber se com a simples transmissão do vírus, esse risco proibido (de morte) já se concretizou. Embora a resposta seja evidentemente negativa, a verdade é que com a contaminação do vírus o resultado final será muito provavelmente a morte, sendo apenas desconhecido quando ocorrerá a mesma e se de facto terá o vírus como principal responsável.

Pensemos, por exemplo, numa situação onde A (homem) é portador do vírus HIV/SIDA, tendo perfeita consciência e conhecimento do facto. Certo dia, e após uma longa conversa com B (antiga colega que o envergonhava constantemente nos tempos de escola), acabou por se envolver sexualmente com a mesma. Para além de ocultar a sua situação de seropositivo, A fez ainda questão de convencer B a ter relações desprotegidas, para desta forma se poder vingar de todo o mal que esta lhe tinha feito quando eram mais novos, acabando assim por contaminar B com o vírus. Caso B venha a falecer e se prove que a doença contribuiu significativamente para o resultado morte, penso que nada obsta a que A seja punido a título de homicídio. No entanto o entendimento da doutrina não é unânime, o que nos remete para a temática da imputação objetiva no âmbito da morte produzida a longo prazo.

Seguindo a linha de raciocínio anteriormente exposta, cabe de facto questionar se em determinadas situações, é efetivamente possível punir por homicídio a conduta de transmitir o vírus HIV/SIDA que em última instância tenha como resultado a morte da vítima. Para tal, entramos assim na temática da chamada imputação objetiva nas situações de morte produzida a longo prazo, ou por outras palavras, naqueles casos em que entre a ação típica e a verificação do resultado, se regista um período de tempo considerável, realidade essa que merece algumas considerações especiais. Como descreve Fernanda Palma *“o paradoxo destes casos resulta de a morte da vítima não ser directa consequência da contaminação, mas ser inevitável consequência da incapacidade do organismo resistir às doenças contraídas, como se a contaminação*

¹³³ SOUSA, cit. 1, p. 114 – 115.

traçasse um destino irreversível para o organismo mas não atuasse de modo causal relativamente à morte".¹³⁴

Segundo Maria Joana de Castro Oliveira, o crime de homicídio negligente incluiu-se nos chamados crimes de resultado. A consumação deste tipo crime pressupõe assim a produção de um resultado de dano ou de perigo, por oposição aos crimes formais ou de mera atividade.¹³⁵ Como explica a mesma autora, apesar de se poder verificar a chamada interrupção donexo causal, que subsequentemente poderia excluir a responsabilidade do agente, neste tipo de situações persiste o facto de que o resultado se poderá ainda produzir diretamente ou na prossecução daquela conduta, quer seja minutos, horas ou dias depois, ou até mesmo meses ou anos. Assim, o propósito desta controvérsia focar-se-ia na verificação da pertinência das situações em que entre a conduta do agente - ação inicial - e a produção do resultado - a morte da vítima - decorre um período de tempo considerável.¹³⁶ O exemplo paradigmático desta discussão equivale à transmissão do vírus HIV/SIDA. Nestes casos, a vítima poderá vir a falecer anos mais tarde como consequência direta da doença que por sua vez resultou dessa infeção.¹³⁷ Nesse sentido, Fernanda Palma refere mesmo que nos casos de transmissão do vírus HIV/SIDA *"também não há conexão directa, mas a conexão com a morte é inevitável"*, razão pela qual será certamente o aspeto causal da ação de matar que passa a estar em discussão.¹³⁸

Neste contexto, importa refletir sobre dois aspetos essenciais para a estudo do problema acima descrito. Assim, e como ponto de partida, convém referir que esta discussão apenas terá relevância se partirmos de uma conceção do resultado que desta forma figure enquanto verdadeiro elemento integrante do ilícito-típico.¹³⁹ No entanto, nesta reflexão, apenas serão abordados os casos em que o intervalo temporal possa afetar a progressão do percurso causal, uma vez que se produza a conduta negligente, e até à produção do resultado, ou seja, até à ocorrência da morte da vítima, como consequência dessa mesma conduta. Assim, deixaremos de parte as situações onde a margem temporal afeta a sequência que medeia entre a ação inicial e o surgimento do percurso causal, que determinará a produção do resultado, pois para estes casos não existe qualquer especialidade em matéria de imputação objetiva.¹⁴⁰

¹³⁴ PALMA, cit. 124, p. 113.

¹³⁵ OLIVEIRA, cit. 94, p. 157.

¹³⁶ Idem, Ibidem, p. 157.

¹³⁷ Idem, Ibidem, p. 157.

¹³⁸ PALMA, cit. 124, p. 114.

¹³⁹ OLIVEIRA, cit. 94, p. 158.

¹⁴⁰ Idem, Ibidem, p. 158.

Relativamente ao âmbito da imputação objetiva, Maria Joana de Castro Oliveira sustenta mesmo que nos chamados resultados tardios, a dúvida só se coloca nos casos em que a morte decorreu de uma ligação exclusiva e direta à conduta negligente do agente, embora não se tenha produzido de forma imediata, sem que hajam quaisquer “cortes”, “complementos” ou “interrupções.”¹⁴¹ Neste tipo de situações, a relação de causalidade tende assim a ser duvidosa devido à falta de conexão direta entre a conduta do agente transmissor e o resultado morte, não esquecendo ainda a previsibilidade do resultado que aqui parece ser bastante duvidosa. Assim, importará proceder à análise desta problemática para se poder concluir se de facto poderá ser imputável ao agente da conduta a ocorrência da morte nestas circunstâncias, e se tal se verificar se essa imputação reúne os requisitos legais para o mesmo ser responsabilizado pelo crime de homicídio.¹⁴²

Alguns autores, como Günther Jakobs, sustentam que nestas situações deveria ser aplicado um procedimento semelhante aos casos onde o resultado ocorre imediatamente. Segundo Jakobs, as consequências tardias devem ser imputadas ao agente causador do chamado dano permanente, não esquecendo desta forma que muitas vezes a vítima acaba mesmo por ter a necessidade de organizar a sua vida tendo em conta os efeitos e consequências de uma suposta lesão. Outros, entre os quais se inclui Frisch, defendem porém que a imputação objetiva deve por sua vez ficar excluída quando os resultados são produzidos tardiamente. Este autor, considera que nos casos da transmissão do vírus HIV/SIDA, os crimes contra a vida não se enquadram em tais condutas, sobretudo nos casos em que a morte ocorre muitos anos após o momento do contágio, pois *“sempre faltaria a dimensão temporal da imputação, motivo pelo qual o perigo realizado não corresponde ao perigo proibido no sentido dos tipos penais que protegem a vida humana”*.¹⁴³

Schünemann, por sua vez, considera que se deve igualmente excluir a imputação objetiva a título de homicídio, no caso específico da transmissão do vírus da SIDA. Segundo este autor, a inexistência de uma previsão da morte nestas situações, assim como a ausência de controlo por parte do agente da conduta na respetiva evolução da condição clínica da vítima, justificam essa mesma inimputabilidade. Para além disso, Schünemann observa que, mesmo que o contágio resulte na redução da esperança média de vida, mesmo assim não será possível comparar essa conduta, com um ato típico e deliberado de matar, pois existem diversos fatores que podem resultar

¹⁴¹ Idem, Ibidem, p. 159.

¹⁴² Idem, Ibidem, pp. 158 – 160.

¹⁴³ OLIVEIRA, cit. 94, p. 160.

na diminuição do tempo de vida, como patologias e lesões que não estão diretamente relacionadas com a condição de seropositividade do indivíduo.¹⁴⁴

Sem se situarem firmemente numa ou outra posição doutrinal, mas numa situação intermédia, podemos encontrar autores como Roxin, Meier e Otto, que defendem a existência de imputação objetiva nestes casos, porém com algumas limitações. Entre eles destacamos Roxin que afirma que *“quando o dano causado num acidente se desenvolve com continuidade até à morte, haverá homicídio negligente sempre que concorram os restantes requisitos”*.¹⁴⁵ Por outras palavras a teoria do autor aceita a responsabilização do agente por um crime de homicídio, sempre que exista um desenvolvimento contínuo do percurso causal desencadeado pela lesão inicial até à produção de um resultado que redunde na morte da vítima.

Também Álvaro da Cunha Rodrigues parece aceitar esta solução quando escreve que *“independentemente, portanto, do modo como o crime é praticado (que, no entanto, pode relevar para a qualificação do tipo), matar uma pessoa, seja com resultado imediato, seja a longo prazo, integrará, por regra, um tipo legal de homicídio na nossa ordem jurídica, tanto mais que não dispomos, ao contrário do que acontece em várias outras ordens jurídicas europeias, a distinção legal entre homicídio e assassinato (Totschlag e Mord na Alemanha ou meurtre e assassinat na França, por exemplo)”*.¹⁴⁶

Tal entendimento é de facto aquele que me parece ser mais coerente relativamente às situações em análise. Isto é, embora estejam em causa verdadeiros casos onde a lesão não é produzida de imediato, penso que se a vítima vier a morrer e se prove que a doença contribuiu significativamente para esse resultado, nada obsta a que o autor seja punido a título de homicídio pois, objetivamente, a última consequência do seu comportamento, foi a morte da vítima. Afinal de contas, como escreve Álvaro Rodrigues *“parece-nos difícil sustentar que entre a Sida e a morte não há uma conexão directa, quando o decesso biológico é o produto final inevitável do processo morboso a que a SIDA fatalmente conduz, salvo nos casos, evidentemente em que a morte seja antecipada por outro factor qualquer”*.¹⁴⁷ É evidente que se a vítima vier a morrer de outra causa qualquer que nada tenha que ver com o vírus da SIDA, estaremos perante uma clara interrupção do nexos causal, situação onde o tipo de homicídio deixará de ser admissível (por exemplo se a vítima vier a morrer num acidente de aviação pouco depois de ter sido contaminada pelo vírus).

¹⁴⁴ Idem, Ibidem, pp. 160 – 161.

¹⁴⁵ ROXIN, 1998, apud OLIVEIRA, cit. 94, p. 161.

¹⁴⁶ RODRIGUES, cit.5, p. 218.

¹⁴⁷ Idem, Ibidem, p. 205.

Posto isto, e não obstante entender que a imputação objetiva é admissível nestas situações, partilho ainda assim da opinião de alguns autores, como Silva Sánchez, no sentido de que uma diminuição da penalização poderá ainda assim ser adequada. Isto é, partindo do pressuposto que existe uma diferença significativa na desconsideração da ação, quando comparamos uma conduta que provoca um risco imediato de ocasionar a morte da vítima, e outra onde por sua vez esse risco venha a ocorrer num período dilatado de tempo, tudo indica que essa mesma diferença se manifeste igualmente ao nível da medida da pena em concreto do agente que adotou a respetiva conduta.¹⁴⁸ Nesta medida e apesar das dificuldades serem evidentes, o homicídio surge assim, no meu entender, como o tipo legal de crime que mais se adequa a dar resposta a este tipo de situações. Ainda que olhando para um quadro onde a consumação do resultado não se verificou, o agente transmissor poderá ainda assim ser punido a título de tentativa.

Por último, para Maria Joana de Castro Oliveira, existem duas questões que devem ainda ser abordadas, nomeadamente as que dizem respeito aos problemas de prescrição ou por sua vez de caso julgado.¹⁴⁹ Com efeito, segundo ela, alguns autores sustentam desta forma que no caso de um agente ter sido condenado pelo crime de transmissão negligente de doença contagiosa (nos termos do artigo 283º do Código Penal), no caso de se verificar a morte da vítima como consequência da sua ação, poderá ser invocada a exceção de caso julgado, como forma de se subtrair à acusação do crime de homicídio. Por sua vez, o tema da prescrição constitui essencialmente um problema de decurso do prazo para se dar início ao procedimento criminal.¹⁵⁰

Na minha opinião, penso que nenhum destes entraves à punibilidade procede totalmente. Ora vejamos, tomando em consideração o preceituado no ordenamento jurídico nacional, podemos depreender que a figura do caso julgado não constitui fundamento para invocar qualquer exceção nas situações de produção tardia do resultado como consequência de uma conduta inicial. Assim se, por exemplo, na sequência de um contacto sexual, um indivíduo transmitir à vítima uma doença infectocontagiosa, como seja o caso do HIV, este poderá ser imediatamente julgado e eventualmente condenado nos termos do artigo 283º do Código Penal.¹⁵¹ Se como consequência direta desse contágio, a vítima vier a falecer anos depois, nesse caso o

¹⁴⁸ OLIVEIRA, cit. 94, p. 161.

¹⁴⁹ Idem, *Ibidem*, p. 163.

¹⁵⁰ Idem, *Ibidem*, p. 163.

¹⁵¹ Idem, *Ibidem*, p. 164.

agente responsável pela conduta inicial será julgado e, nos termos dos artigos 131º e seguintes do referido diploma, eventualmente condenado pelo crime de homicídio.¹⁵²

Quanto à questão da prescrição, o tratamento jurídico é, em princípio, distinto. Nessa medida, o nº1 do artigo 119º do Código Penal menciona que a contagem do prazo de prescrição do procedimento criminal tem início no dia em que o crime se tiver consumado. Assim, baseando-nos no exemplo acima referido e uma vez que o crime de homicídio é um crime de resultado, tal significa na prática, que só quando ocorre o falecimento da vítima é que esse crime se considera consumado. Assim, o início do prazo prescricional coincidirá com esta ocorrência, motivo pelo qual todo o lapso temporal decorrido desde o contágio até ao óbito da vítima, será irrelevante para efeitos de contagem do prazo de prescrição. Caso a legislação considerasse como ponto de partida relevante para a contagem do prazo, o momento da prática da conduta ilícita, ou seja, a transmissão do vírus causador da morte da vítima, a situação seria manifestamente diferente o que, contudo, não se verifica na lei penal portuguesa.¹⁵³

¹⁵² Como explica Maria Joana de Castro Oliveira nesta situação “os factos submetidos a apreciação serão diferentes daqueles que presidiram ao primeiro juízo”. Idem, *Ibidem*, p. 164

¹⁵³ Idem, *Ibidem*, p. 164.

4.3 POSSIBILIDADE DE SUBSUNÇÃO AO CRIME DE OFENSAS À INTEGRIDADE FÍSICA

No que diz respeito ao crime de ofensas à integridade física, a questão prende-se igualmente com o facto de saber se o contágio com o vírus HIV/SIDA, é suscetível de preencher o tipo de ilícito em questão.

Numa tentativa de analisar a responsabilidade decorrente da transmissão do vírus, grande parte dos tribunais alemães acabaram por proferir decisões que qualificaram a conduta do agente como tentativa de ofensas à integridade física. No entanto, não nos podemos esquecer que na maior parte destas situações não se chegou a verificar a suposta transmissão do vírus. Como explica Maria Paula Ribeiro Faria *“assim o terço decidido o AG Munique, em Maio de 1987, relativamente à valoração da conduta de uma prostituta infectada que continuou a sua actividade, tendo tido relações não protegidas com vários clientes, mas sem ter ocorrido a infecção em nenhum dos casos; o LG Hechingen, em Novembro de 1987, face à actuação de um homem portador do vírus que, durante a sua estadia numa casa de saúde, manteve uma relação com outro paciente sem tomar quaisquer cautelas, não tendo de igual modo havido transmissão do vírus; o LG Nuremberga, em Novembro de 1987, tendo condenado um homem que, com consciência do risco, manteve relações com três homens, também desprotegidas, sem transmissão; e o LG Munique, em Abril de 1988, relativamente a um homem que ganhava a vida com a prostituição e que teve relações não protegidas com uma rapariga que não chegou a infectar. Em todos estes casos, as disposições invocadas foram os § § 223 a do StGB (ofensas à integridade física com perigo para a vida) e o § 22 do StGB (tentativa)”*.¹⁵⁴

No plano interno e partindo do princípio que o crime de ofensas à integridade física simples constitui um tipo legal fundamental em matéria de crimes contra este bem jurídico-penal, facto é, que o nosso legislador acabou por usar esta expressão “integridade física”, preterindo a anterior designação de “ofensas corporais” utilizada no Código Penal de 1886.¹⁵⁵ Contudo, a delimitação do conceito de integridade física tem suscitado algumas reflexões doutrinárias, nomeadamente quanto à concretização do seu conteúdo, cuja amplitude excessiva poderá incluir uma proteção dispensada a outros

¹⁵⁴ FARIA, Maria Paula Bonifácio Ribeiro de – A Adequação Social da Conduta no Direito Penal – Ou o Valor dos Sentidos Sociais na Interpretação da Lei Penal, pp. 1007 – 1008.

¹⁵⁵ SOUSA, cit. 1, pp. 116 – 117.

bens jurídicos.¹⁵⁶ Augusto Silva Dias tentando afastar a ideia que a transmissão irresponsável do vírus HIV/SIDA figura enquanto comportamento atípico à luz do nosso ordenamento jurídico, conclui assim que as ofensas corporais simples, eventualmente qualificadas por emprego de meio insidioso, acabam assim por prevalecer enquanto tipo objetivo que menos dificuldades levanta (necessitando apenas da verificação e consequente prova das condições adequadas à contaminação).¹⁵⁷

No contexto deste crime, merece especial atenção o disposto no artigo 144º do Código Penal de modo a determinar se se verifica alguma circunstância que agrave as ofensas à integridade física. Assim, a alínea a) deste preceito refere-se à produção de lesões graves no corpo. Já na alínea b) do mesmo constam lesões funcionais que podem não ser visíveis, estando assim em causa ofensas que afetam de forma grave e permanente as funções ali especificadas. Na alínea c) desta norma, estão tipificadas como lesões graves para a saúde, doenças dolorosas ou permanentes, bem como as chamadas anomalias psíquicas incuráveis. Por último, no que diz respeito à alínea d), a mesma alude ao perigo para a vida do ofendido, descrição que por sua vez parece ter alguma relevância para os casos de transmissão do HIV/SIDA, desde logo porque de uma contaminação advém imediatamente o carácter perigoso e grave que é reconhecido à doença (dada a atual impossibilidade de cura).

Para Susana Aires de Sousa, *"poderá colocar-se a questão de saber se o legislador penal exige para o preenchimento do tipo agravado, um perigo concreto, ou se por sua vez é suficiente a ocorrência de um perigo abstracto."*¹⁵⁸ Segundo as normas em vigor, torna-se necessário confirmar a existência concreta de um perigo para a vida, no que respeita à proteção do bem jurídico, sob pena de se considerar suficiente para o preenchimento específico uma mera possibilidade de perigo.¹⁵⁹

Assim, a questão que no âmbito desta temática é suscitada, é justamente a de saber se haverá um perigo concreto para a vida humana nos casos de transmissão do vírus HIV/SIDA. Relativamente a esta questão, e face ao indiscutível avanço da medicina conseguido em torno desta matéria, é de facto verificado que, não obstante existir uma eminência de morte nas pessoas infetadas, essa morte é por sua vez

¹⁵⁶ Idem, *Ibidem*, pp. 116 – 117.

¹⁵⁷ Segundo o mesmo autor, *"o resultado das ofensas corporais simples não deve consistir na verificação da Sida como doença específica, sob pena de o facto se converter em ofensa corporal grave nas modalidades de «doença incurável» ou «permanente» ou de perigo para a vida"*. Refere ainda o autor que aqui o resultado *"pode materializar-se num trato corporal ou num dano na saúde"* que porventura se realizam na altura da contaminação. Cf. DIAS, cit. 3, p. 96.

¹⁵⁸ SOUSA, cit. 1, p. 117.

¹⁵⁹ Idem, *Ibidem*, p. 117.

imprevisível, desde logo devido à evolução também ela imprevisível da doença. Ora, se é verdade que existem pessoas que morrem pouco tempo depois de serem contaminadas, não é menos verdade que existem outras que convivem com o vírus durante várias décadas, o que por sua vez reflete desde logo o carácter indeterminado e inesperado do próprio avanço e efeitos da doença em causa.¹⁶⁰

Nesta medida, e partindo do pressuposto que o avanço da medicina tem permitido um aumento significativo da esperança média de vida das pessoas que se encontram infetadas, estarei inclinado a rejeitar a ideia de que a simples transmissão do vírus HIV/SIDA, só por si, seja suscetível de colocar a vida da vítima numa situação de perigo concreto. É certo que existe um perigo para a vida da mesma, desde logo pelo facto do seu sistema imunitário se encontrar enfraquecido. Todavia, para se preencher a alínea d) do artigo 144º do Código Penal (ofensas à integridade física graves), é necessário que a conduta do agente tenha colocado a vida da vítima concretamente em perigo, não sendo por isso suficiente a mera aparência de perigo ou ainda um perigo certo, mas impossível de determinar. O dolo da lesão corporal implica a vontade de criar um perigo concreto para a vida. Segundo Augusto Silva Dias, o dolo de lesão corporal grave não implica necessariamente uma posição de conformidade com a transmissão da doença, desde logo, porque o domínio do facto não é exercido pelo agente. Partindo do princípio que o desenvolvimento da doença está fora do seu alcance, a única vontade que parece ser dominável é justamente a que diz respeito à transmissão do vírus.

Mesmo para aqueles que tomam posição no caminho de defender que este tipo de crime se revela suscetível de abranger as hipóteses de transmissão do vírus em causa, é ainda assim pacífico que o mesmo acaba igualmente por suscitar diversas dificuldades relacionadas com a prova do nexo de causalidade, não esquecendo ainda a questão do dolo.

Acabando por aceitar uma possível responsabilização do agente em sede de ofensas à integridade física, alguns autores vão ainda mais longe no sentido de admitirem uma suposta qualificação deste tipo de crime considerando justamente a natureza do meio empregue.¹⁶¹ Com efeito, Maria Paula Ribeiro Faria escreve mesmo

¹⁶⁰ Idem, *Ibidem*, p. 117 – 118.

¹⁶¹ No que diz respeito a uma possível qualificação de determinados crimes explica mesmo Maria Margarida Silva Pereira que “o actual Código Penal reformou a estrutura dos crimes de homicídio que provinha da legislação liberal. Criou tipos que se baseiam em critérios de agravação e de atenuação da moldura penal novos e assentes também numa concepção jurídica diferente”. Nesse sentido a autora esclarece ainda que relativamente ao chamado homicídio qualificado é possível verificar a existência de uma “única matriz típica, o artigo 132º que apenas se aplicará quando o agente revelar especial censurabilidade ou perversidade. Não é a circunstância tipificada, o fundamento da agravação, mas o juízo de censura que sobre ela recai”.

que “à luz da nossa lei, na medida em que o uso de veneno ou outro meio insidioso funciona como exemplo-padrão susceptível de revelar a maior censurabilidade ou perversidade da conduta do agente, e nessa medida não integra o ilícito (embora seja discutível se não tem efeitos sobre a gravidade desse ilícito, pelo que não seria apenas um elemento revelador da maior culpa do agente), parece perfeitamente defensável aqui a qualificação das ofensas à integridade física, ou do homicídio, se bem que na forma tentada se não se conseguir a imputação do resultado”.¹⁶²

Já no que diz respeito à qualificação das ofensas à integridade física, Maria Margarida Silva Pereira não hesita em considerar que “a técnica de qualificação do tipo pela censurabilidade ou perversidade do comportamento que o agente pratica estende-se ao tipo de atentado contra a integridade física qualificado (artigo 145º)”. Cf. PEREIRA, Maria Margarida Silva – Os homicídios, p. 135 - 136.

¹⁶² FARIA, cit. 154, p. 1020.

4.4 AGRAVAMENTO NO ÂMBITO DOS CRIMES SEXUAIS

Relativamente ao âmbito dos crimes sexuais, a questão surge como bastante mais simples, desde logo porque aqui, a transmissão do vírus surge apenas como fator agravante de outros tipos de crime autónomos. Isto é, segundo o disposto no nº3 do artigo 177º do Código Penal, se dos comportamentos descritos nos artigos 163º a 167º e 172º a 175º do mesmo diploma, resultar a transmissão do vírus da imunodeficiência adquirida (SIDA), as penas previstas para os respetivos crimes, são agravadas em metade.

Assim, é facilmente perceptível que aqui, a simples transmissão do vírus HIV/SIDA não é suscetível de preencher os tipos de crime que aqui são abordados, desde logo porque a conduta necessária para preencher o tipo, não tem necessariamente a ver com a transmissão do vírus, mas sim com o comportamento sexual em causa. Não obstante tal facto, importa ainda assim destacar a relevância da transmissão do vírus neste tipo de situações, tanto mais não seja pela efetiva agravação das penas nos respetivos crimes de natureza sexual.

5. REQUISITOS SUBJETIVOS DA PUNIBILIDADE

Após uma breve discussão sobre quais os tipos legais de crime que são suscetíveis de se preencher com um comportamento que objetivamente transmita o vírus HIV/SIDA, e não obstante podermos concluir que se deve punir o agente com base no crime de propagação de doença contagiosa, em sede de homicídio ou por sua vez no âmbito das ofensas à integridade física, cabe agora determinar como se preenche a componente subjetiva dos ilícitos em questão e em que termos se poderá punir o agente pela forma negligente se é que tal punição se encontra prevista pelo nosso ordenamento jurídico.

Figurando como um verdadeiro limite na intervenção e atuação do próprio Direito Penal, o princípio da culpa determina assim que qualquer imputação de responsabilidade criminal, só estará justificada com a prévia existência de culpa, culpa essa que por sua vez terá obrigatoriamente que decorrer de uma ação livre e consciente.¹⁶³ Sendo na sua aceção normativa um pressuposto mas ao mesmo tempo um limite incontornável para a conseqüente aplicação de qualquer pena, a culpa acaba assim por condicionar a responsabilidade criminal de qualquer agente justamente porque é com base na mesma que se determina a medida da pena em concreto.¹⁶⁴

Posto isto, importa então analisar como se pode configurar a componente subjetiva neste tipo de comportamentos, e, em que termos a mesma se revela capaz de influenciar a responsabilidade de alguém que transmitiu o vírus da SIDA. Relativamente à questão de saber se tais crimes são punidos na forma negligente, a resposta parece simples, na medida em que o artigo 13º do Código Penal prevê o princípio segundo o qual só é possível punir o facto praticado com dolo, ou, nos casos especialmente previstos na lei, com negligência, requisito que desta forma se verifica nos três tipos de ilícito anteriormente analisados e que agora se apresentam como suscetíveis de gerar responsabilidade para o agente. Assim, não obstante serem praticamente inexistentes as sentenças que punem autores em sede de “propagação de doença contagiosa” na forma negligente (artigo 283º do Código Penal), facto é, que o nº 3 do mesmo artigo prevê que se a conduta for praticada com negligência, o agente deverá ser punido respetivamente com pena de prisão até 3 anos ou ainda com pena de multa. Já para os

¹⁶³ SOUZA, Annie Ivy Ferreira de – Culpa e Dano: Que relação nos casos de transmissão dolosa do vírus da Sida?, p. 9.

¹⁶⁴ Idem, *Ibidem*, p. 10.

crimes de homicídio e ofensas à integridade física, temos igualmente os artigos 137º e 148º do Código Penal que punem justamente estes comportamentos em sede de negligência.

Questão mais complicada é por sua vez a de saber como se preencherá uma conduta dolosa ou mesmo negligente nos casos de transmissão do vírus, e em que termos foi efetivamente satisfeita a componente subjetiva dos crimes anteriormente analisados. Como tal, importa desde já ter presentes as palavras de Francisco da Costa Oliveira, autor que desta forma defende que *“enquanto ao facto doloso pertencem a consciência e a vontade acerca dos elementos do tipo objectivo, para a negligência a realização não querida do tipo legal é caracterizada pela desatenção, contrária ao dever, sobre o cuidado exigido”*.¹⁶⁵ Tal lógica permite por sua vez concluir que num quadro onde seja evidente a inexistência de dolo face a um determinado tipo de crime, não estará ainda assim automaticamente verificado um suposto comportamento negligente. Isto é, ainda que as componentes do dolo não estejam devidamente preenchidas, também para a punição em sede de negligência será necessária a verificação de um juízo de censura ética a recair sobre o facto ilícito.¹⁶⁶

No entanto, para podermos afirmar com alguma segurança que um determinado comportamento se aproxima da esfera da negligência, é porventura necessário relembrar que existem três tipos de dolo, todos eles com características distintas. Ao passo que no dolo direto, o objeto da vontade do agente coincide com a realização do facto típico, no dolo necessário a realização do facto típico encontra-se por sua vez prevista como sendo uma consequência necessária da ação.¹⁶⁷ Ao que tudo indica, nestas duas formas de dolo parece existir uma certa inevitabilidade do resultado, desde logo porque a realização da conduta que preenche o facto típico ou assenta no meio da realização dos motivos principais ou pelo menos surge como uma consequência necessária. Contrariamente para a figura do dolo eventual, o agente prevê apenas como possível a realização do facto típico, razão pela qual se torna insuficiente o elemento intelectual do dolo, sendo apenas relevante a conformação do agente com a realização do resultado.¹⁶⁸

¹⁶⁵ OLIVEIRA, Francisco da Costa – Crime Negligente e Culpa: Na dogmática penal e na prática judiciária, p. 87.

¹⁶⁶ Idem, *Ibidem*, p. 87.

¹⁶⁷ PALMA, Maria Fernanda – A vontade no dolo eventual. In RAMOS, Rui Manuel Gens de Moura – Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço, p. 795.

¹⁶⁸ Idem, *Ibidem*, p. 795.

Maria Joana de Castro Oliveira refere a dificuldade em caracterizar a negligência penal, no caso em que esta causa a morte a terceiros. No tipo legal de crime de homicídio negligente, a legislação não é clara nesse sentido pois torna-se difícil a descrição detalhada de todo o cuidado necessário, que se não for rigorosamente atendido poderá resultar em responsabilidade criminal, *“face à aleatoriedade inerente à vida humana e que permite no fundo, a inclusão da negligência no universo jurídico-penal”*.¹⁶⁹

Assim, acaba por ser de facto nos tipos negligentes que se verificam com mais evidência as diferentes interpretações das definições do dolo e da negligência, cabendo por sua vez a quem aplica a lei efetuar essa distinção, ao individualizar e concretizar os elementos que não se encontrando previstos detalhadamente, façam no entanto, parte dela.¹⁷⁰ Por seu lado Weizel sustenta que nos crimes negligentes de resultado *“a realização do tipo pressupõe a produção do resultado descrito na lei penal, na medida em que se encontre conexionado de forma adequada e previsível à conduta do agente”*.¹⁷¹ No entanto, não podemos considerar como ilícitas todas as lesões de bens jurídicos resultantes de condutas negligentes, mesmo que típicas, pois em muitos casos onde se atua com o cuidado exigido não se consegue evitar essa lesão.¹⁷²

Contrariamente a Lackner, o qual sustenta que a indeterminação legislativa contribui para a insegurança jurídica e para uma aplicação desigual do direito, que não favorece a formação da consciência jurídica do cidadão, Maria Joana de Castro Oliveira defende que o facto de os elementos do tipo penal estarem redigidos de forma inflexível e taxativa não significa que tal contribua para uma aplicação do Direito mais justa e igualitária, nem confere uma maior segurança jurídica.¹⁷³ De acordo com esta autora, *“na descrição dos elementos constitutivos de todo e qualquer tipo penal se deve encontrar suficientemente esclarecido o bem jurídico que o legislador pretendeu proteger ou o objeto da acção que quis ver definido. Contudo, uma redacção fechada há-de traduzir-se numa maior dificuldade de adaptação da lei ao concretismo da diversidade inerente às situações da vida, podendo desta forma e em ultima instância desencadear a existência de casos lacunares.”*¹⁷⁴

¹⁶⁹ OLIVEIRA, cit. 94, pp. 68 – 69.

¹⁷⁰ Idem, Ibidem, p. 69.

¹⁷¹ Idem, Ibidem, p. 70.

¹⁷² Nesse mesmo sentido, importa referir que Roxin reconduziu o conceito de tipo aberto a todo o tipo legal no qual o legislador utilize as chamadas cláusulas gerais, cujo conteúdo deverá ser determinado pelo juiz de acordo com as circunstâncias concretas do caso. Cf. Idem, Ibidem, p. 70.

¹⁷³ Idem, Ibidem, p. 72.

¹⁷⁴ Idem, Ibidem, pp. 72 – 73.

Neste contexto, importa assim que o legislador seja capaz de ponderar todos os fatores de modo a atingir um equilíbrio perfeito entre o que se entende por justiça e a segurança jurídica, mesmo que isso implique ter de adaptar a modelação dos tipos de crime às situações reais que a legislação tem como função salvaguardar.¹⁷⁵ Face ao que ficou exposto, importa agora proceder a uma concretização (o mais objetiva quanto possível) do conteúdo do dolo e negligência penal, para assim se compreender os tipos de crime dolosos e porventura negligentes que aqui são chamados à colação.

No artigo 15º do Código Penal, o conceito de negligência foi transformado em definição legal, integrando uma categoria relevante no aspeto jurídico-penal e pressupondo a responsabilização da conduta negligente do agente. Nessa perspetiva, o legislador assumiu uma posição em relação às diversas disposições doutrinárias sobre esta matéria, sem contudo obstar ao progresso da dogmática e doutrina geral do crime. Assim, e tomando como ponto de partida a convicção de que “*a negligência constitui a categoria normativa que mais se adequa à hipercomplexidade das sociedades actuais*”, verificamos que, segundo as palavras de Maria Joana de Castro Oliveira, “*um dos deveres que impende sobre todo e qualquer membro da ordem jurídica na sua inter-relação com os demais traduz-se precisamente na consciencialização das precauções a tomar para que não se coloquem em perigo bens jurídicos fundamentais*”, como acontece com a vida humana.¹⁷⁶

É precisamente com base nestes argumentos que grande parte da doutrina se pronuncia no sentido de aceitar a existência de alguns pressupostos para que seja correto falar em crimes negligentes. Centrados claramente na existência e consequente violação dos chamados deveres de cuidado, estes pressupostos tendem assim a defender a ideia de que a sua violação apenas poderá ser penalmente relevante quando, face ao caso concreto, seja perceptível uma influência direta no resultado. Tal entendimento, permite por sua vez concluir que, para o Direito Penal, será certamente irrelevante toda e qualquer violação de um ou mais deveres de cuidado, quando essa mesma violação não tenha sido determinante para a concretização do resultado típico.¹⁷⁷ Nesse mesmo sentido escreve Francisco da Costa Oliveira que “*quando se demonstre que o resultado viria a ocorrer mesmo que o agente não houvesse intervindo ou quando houvesse intervindo de modo diferente, não fará sentido responsabilizá-lo pelo desvalor do resultado*”.¹⁷⁸ Isto porque o resultado típico será sempre aquilo que o

¹⁷⁵ Idem, Ibidem, p. 73.

¹⁷⁶ Idem, Ibidem, p. 75.

¹⁷⁷ OLIVEIRA, cit. 165, p. 93.

¹⁷⁸ Idem, Ibidem, p. 93.

ordenamento jurídico, em última análise, pretendia evitar. Assim, não será razoável imputar qualquer tipo de responsabilidade ao agente por um resultado que ele próprio não conseguia evitar.

Sendo essencialmente caracterizada como a violação de um dever objetivo de cuidado, cabe por sua vez determinar em que termos se deverá verificar essa mesma violação para que se possa responsabilizar o seu autor pela ocorrência de um resultado que tenha na sua base uma conduta negligente. Como tal, o artigo 15º do Código Penal prevê nas suas alíneas duas formas distintas daquilo a que podemos chamar negligência, nomeadamente a negligência consciente e a inconsciente. Sendo evidente a violação dos já referidos deveres de cuidado em ambas as situações, aquilo que acaba por distinguir estas duas formas alternativas de negligência passa sobretudo pela conformação do agente (ou não) com a realização do facto típico.¹⁷⁹

Assim, numa determinada situação onde o agente previu corretamente o perigo ou o risco que a sua potencial conduta representa para a vida ou integridade física de outra pessoa e, ainda assim, opta por desenvolvê-la sem os devidos cuidados a que se encontra vinculado, atuará com negligência consciente se, representando como possível a lesão aos bens jurídicos em causa, atuar sem se conformar com essa realização.¹⁸⁰ Pode acontecer porém, que o agente não se aperceba sequer do perigo que a sua conduta significa para a vida humana, e, se assim for, ao desenvolver uma conduta violadora do cuidado objetivamente imposto, atuará com negligência inconsciente, presente nas situações em que sobre ele recaia um dever de prever o perigo de produção de um resultado proibido.

Numa tentativa de distinguir a negligência consciente da figura do dolo eventual, Francisco da Costa Oliveira refere mesmo que *“no caso do agente actuar com dolo eventual, ele configura a ocorrência do crime como possível e aceita que este venha a ocorrer (manifestação de vontade) ao passo que actuando o agente com negligência consciente ele igualmente configura a ocorrência do crime como possível, mas não admite que este venha a ocorrer”*.¹⁸¹ Já sobre uma atuação em sede de negligência inconsciente, o mesmo autor menciona ainda que nestes casos *“o agente não se apercebe sequer da possibilidade de estar a praticar atos descritos no tipo de ilícito, ou*

¹⁷⁹ Idem, Ibidem, p. 94.

¹⁸⁰ Acórdão do STJ, de 26/3/85, BMJ, nº 345, Abril de 1985. Um outro caso de negligência consciente mediante o manuseamento de uma arma carregada foi apreciado pelo mesmo Supremo Tribunal, em acórdão de 29/4/98, tendo-se concluído pela responsabilização do arguido por um crime de homicídio negligente. Vid. Actualidade jurídica, Ano II, nº 18, Setembro de 1998, pp. 13-14.

¹⁸¹ OLIVEIRA, cit. 165, p. 101.

seja de que poderá estar a causar um específico resultado que veio a verificar-se.¹⁸² Tal raciocínio permite por sua vez concluir que um comportamento negligente não se dirige diretamente à produção de um resultado típico, limitando-se por sua vez a violar ou omitir os necessários deveres de cuidado que eram exigidos ao agente.¹⁸³

Aqui chegados, e partindo do pressuposto que a negligência é, essencialmente, a violação ou omissão de um dever objetivo de cuidado, cabe por sua vez concretizar o seu conteúdo e extensão no âmbito das condutas onde se verifique a transmissão do vírus HIV/SIDA. Isto é, olhando em concreto para uma conduta onde o agente, por via da mesma, acabou por contaminar outra pessoa com o vírus, surge desta forma como essencial determinar qual seria o cuidado exigido ao mesmo para que tal resultado não se verificasse, não esquecendo mais uma vez o princípio de que apenas se poderão proibir aquelas condutas perigosas, cujo desenvolvimento se absteria uma pessoa diligente. Indo ao encontro do já referido “juízo de previsibilidade”, é então geralmente utilizado o critério do homem médio e diligente colocado na mesma situação do autor da infração, critério esse que permite concluir que se o facto realizado for objetivamente adequado às capacidades do homem médio, não poderá responsabilizar-se o autor, ainda que pessoalmente ele pudesse ter atuado com um grau superior de cuidado.¹⁸⁴

Sendo a questão da previsibilidade um raciocínio indispensável no âmbito desta temática, penso porém, que nos casos da transmissão do vírus a mesma reveste uma dupla importância. Isto é, face à complexidade das hipóteses em causa, julgo poder afirmar que esse juízo de previsibilidade se deve aplicar em dois momentos diferentes e em dois contextos também eles diferentes. Em primeiro lugar, e como seria de esperar, cabe justamente saber se era previsível para o agente, que o seu comportamento seria suscetível de causar aquele resultado, nomeadamente o da transmissão do vírus. No entanto, situações há, onde o próprio agente desconhece a sua condição de seropositivo, e por consequência a previsibilidade de transmitir o vírus é nula visto que é impossível alguém conseguir prever que pode transmitir um vírus, quando na verdade ela própria desconhece por completo que está contaminada pelo mesmo. Assim, não será suficiente questionar apenas se aquela conduta era previsível

¹⁸² Para a generalidade da doutrina o dolo eventual caracteriza-se pela elevada probabilidade de produção do resultado, não esquecendo ainda a posterior aceitação do mesmo. Idem, *Ibidem*, p. 101.

¹⁸³ Como refere Cavaleiro Ferreira, “*a resolução ou decisão voluntária não se dirige directamente ao facto ilícito*”. Vid. FERREIRA, Manuel Cavaleiro de - *Lições de Direito Penal. Parte Geral, I - A Lei Penal e a Teoria do Crime no Código Penal de 1982*, p. 306.

¹⁸⁴ Para Figueiredo Dias, esta capacidade do agente proceder com o cuidado que lhe é exigido “*é o mais autêntico elemento configurador da censurabilidade na negligência*”. Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo - *Pressupostos da punição e causas que excluem a ilicitude e a culpa*. In *Jornadas de Direito Criminal. O novo Código Português e legislação complementar, fase I*, p. 70.

de ter aquele resultado, sendo também necessário questionar se era previsível para o agente que o mesmo conhecesse a sua condição de seropositivo, o que nos remete para um problema bastante complicado, desde logo face ao carácter obscuro da doença.

Não obstante serem evidentes as dificuldades na resolução deste problema, penso estar em condições de poder referir alguns critérios que podem ajudar na determinação da previsibilidade, entre eles a quantidade de comportamentos de risco que o agente teve (entenda-se por comportamentos de risco as práticas suscetíveis de o contaminar com o vírus onde podem figurar, por exemplo, a prática de relações sexuais desprotegidas com pessoas desconhecidas), a frequência com que o mesmo se submete a exames que possam diagnosticar o vírus (nomeadamente através da realização de análises) e ainda o próprio conhecimento que detêm sobre os efeitos e consequências da doença.

Pensemos, por exemplo, numa hipótese onde o agente em causa, antes de transmitir o vírus a uma terceira pessoa, esteve envolvido em diversos comportamentos de risco sem nunca se ter preocupado com tal facto, abstraindo-se ainda de realizar qualquer exame num prazo de tempo razoável, atendendo à experiência comum. Partindo do princípio que o agente era um indivíduo consciente dos perigos e existência do vírus HIV/SIDA, tudo indica que nesta situação, seria previsível para o próprio (ainda que pouco provável), que o mesmo tivesse contraído o vírus e consequentemente estivesse em condições de o poder transmitir, situação que em última instância seria suscetível de preencher um dos tipos de ilícito anteriormente analisados.

Face a este enquadramento onde o agente confia na não produção do resultado, ou por outras palavras, na não transmissão do vírus, tudo indica que ainda assim não estará automaticamente excluída a existência de um crime doloso, desde logo se tivermos em consideração a já referida figura do dolo eventual.¹⁸⁵ Alguns autores tendem a afastar o dolo com base na ideia de que algumas estatísticas apontam para uma reduzida taxa de infeções. No entanto, para além da fiabilidade das mesmas ser

¹⁸⁵ Nesse mesmo sentido refere Fernanda Palma que “*se uma pessoa seropositiva transmite o vírus da SIDA ao seu companheiro ou a um parceiro ocasional apenas porque deseja manter relações sexuais, apesar de a sua lógica emocional não ser a de uma decisão que importe a consideração do risco das consequências danosas, o agente não pode deixar, se não estiver em erro sobre o seu estado, de reconhecer que, paralelamente, e em conflito com a lógica emocional que o oriente, existe uma outra lógica de significação dos actos. Se o agente estiver toldado pela compulsão para agir, de modo que a sua consciência minimizou, irresponsavelmente, os riscos inevitáveis, aí já estaremos perante uma questão de culpa, que remeterá para tal sede um julgamento decisivo sobre o peso e valoração na pena do dolo eventual, mas permanece o dolo do tipo*”. Vid. PALMA, cit. 167, p. 826.

duvidosa, a baixa probabilidade estatística não pode revelar para efeitos de existência ou inexistência de dolo. Nesse sentido, acrescenta mesmo Fernanda Palma que “*as estatísticas não são coincidentes com as expectativas comuns e torna-se, por isso, duvidoso que o agente disponha de um saber científico e que não sejam as perspectivas comuns com que se confronta na decisão de agir*”.¹⁸⁶

Aceitando-se legitimamente que o autor de um facto doloso é apenas aquele que domina o acontecimento e o respetivo processo causal, nada impede que no âmbito de uma conduta de transmissão do vírus possa respetivamente existir dolo por parte do agente. Com efeito, alega com toda a razão Álvaro da Cunha Gomes Rodrigues “*que o domínio do facto pelo autor começa e se esgota no próprio acto transmissor do vírus, no caso da transmissão sexual pela prática desprotegida do sexo e, por exemplo, no caso da infecção dos toxicodependentes pela inoculação parentérica do vírus em referência*”.¹⁸⁷ Por outras palavras, o que parece defender o autor é que o agente neste tipo de situações acaba por ter, em regra, o domínio do facto do processo causal da transmissão viral. Afinal de contas, esse processo acaba por ser o único que ainda se encontra sobre o controlo humano visto que “*operada a inoculação, o processo infeccioso segue o curso inexorável da natureza patológica*”.¹⁸⁸

Seguindo esta linha de pensamento, alguns autores vão ainda mais longe no sentido de aceitarem a existência de uma conduta dolosa, mesmo nas situações onde a transmissão do vírus se verificou no decorrer de uma relação amorosa. Numa tentativa de analisar a transmissão do vírus neste tipo de contextos, Maria Fernanda Palma escreve mesmo que “*o relacionamento sexual ou se verifica num contexto amoroso e não é racional que o agente se confronte com as resistências que as convicções sociais comuns suscitam e que não as tenha de superar na sua decisão, fazendo prevalecer o interesse na ocultação à vítima da situação sobre o perigo, ou verifica-se, num contexto puramente profissional, e, aí, a minimização do risco não é, em princípio, factor determinante da acção, porque o agente não nutre qualquer especial afeto pela vítima*”.¹⁸⁹

Situação diferente seria porém, aquela onde o agente em questão, não tinha habitualmente comportamentos de risco, sendo desta forma uma pessoa responsável e preocupada que inclusive realizava análises com bastante regularidade. Partindo deste grupo de pressupostos, penso que de facto não seria exigível a adoção de outro

¹⁸⁶ PALMA, cit. 124, pp. 118 – 119.

¹⁸⁷ RODRIGUES, cit. 5, p. 219.

¹⁸⁸ Idem, Ibidem, p. 219.

¹⁸⁹ PALMA, cit. 124, p. 119.

comportamento por parte do agente pelo que a respetiva previsibilidade e consequente responsabilidade criminal com base num comportamento doloso ficam, certamente, mais próximas de serem excluídas.

6. COMPORTAMENTO DA VÍTIMA COMO FATOR DE REDUÇÃO/EXCLUSÃO DA RESPONSABILIDADE CRIMINAL

A importância do comportamento ou vontade da vítima como fator de redução ou exclusão da responsabilidade criminal do agente, é sem dúvida alguma, um elemento essencial quando analisamos qualquer caso de transmissão do vírus HIV/SIDA. Isto é, não obstante o autor da conduta lesiva, com o seu comportamento, ter colocado um bem jurídico em perigo, facto é, que a violação de um dever de cuidado por parte da própria vítima, pode objetivamente revelar-se como suscetível de influenciar a produção do resultado de qualquer tipo de crime. Estando em causa uma matéria relacionada com o próprio conceito de consentimento da vítima, a verdade é que o contexto social em que se verificou o contágio, pode justamente fornecer ao ato transmissor uma lógica daquilo a que alguns autores chamam de risco consentido.¹⁹⁰ Segundo Fernanda Palma, certos relacionamentos sexuais ou trocas de seringas verificados num ambiente de toxicod dependência, reforçam essa mesma ideia de existência de um risco consentido, risco esse que por sua vez se encontra associado aos riscos gerais da vida.¹⁹¹

Sendo certo que esta ideia não afasta a possibilidade de existir uma hétero lesão punível (sob pena de se colocar a vítima numa posição de verdadeiro agente do crime), tal lógica não pode ainda assim abstrair-se de que não será possível falar em transmissão do vírus, sem anteriormente, se ter verificado uma suposta sujeição a essa mesma transmissão, razão pela qual o comportamento da vítima mereça aqui algumas considerações.¹⁹²

Numa tentativa de facilitar o estudo da relevância do consentimento da vítima em determinadas situações onde se verificou o contributo da mesma para a produção de um resultado, grande parte da doutrina acabou assim por distinguir as chamadas situações de heterocolocação em perigo consentida daquelas onde, ao contrário, se verificou uma autocolocação em perigo por parte da vítima. Relativamente às situações de heterocolocação em perigo consentido, Roxin caracterizou pela primeira vez as mesmas como sendo aquelas onde se registou uma intervenção do próprio ofendido no

¹⁹⁰ Como refere Maria Fernanda Palma “o eventual consentimento da vítima no relacionamento sexual levamos a perguntar se, de alguma forma, não há um domínio do processo causal pela própria vítima que o desvia do seu ponto originário – o comportamento do indivíduo infectado”. Cf. PALMA, cit. 124, p. 114.

¹⁹¹ Idem, Ibidem, p. 114.

¹⁹² FARIA, cit. 154, p. 991.

processo fático que em última instância culminou na ofensa ao bem jurídico.¹⁹³ Ao contrário, nas hipóteses de autocolocação em perigo, parece não existir uma intervenção por parte da vítima nesse mesmo processo fático. Por outras palavras, enquanto que as situações de heterocolocação em perigo são caracterizadas pelo facto da vítima se expor a um perigo que é criado por outra pessoa, nos casos de autocolocação em perigo, ao invés, é a própria vítima a adotar uma ou mais condutas que conseqüentemente a colocam a si mesma numa situação de perigo.¹⁹⁴

Por sua vez, Costa Andrade explica ainda que, se no caso das primeiras o recuo da proteção penal tem a direção e o alcance da própria vontade do portador do bem jurídico (vítima). Já no segundo grupo de situações, a relativização da tutela penal, assenta por sua vez na opção do lesado em participar em atividades que impliquem riscos para a sua vida.¹⁹⁵ Esta responsabilidade da vítima deve no entanto ser perspectivada num duplo sentido. Em primeiro com a intenção de fazer questionar a responsabilidade criminal do agente ativo da conduta. Em segundo lugar, no que diz respeito ao próprio desenvolver de uma conduta por parte da vítima, que desta forma assenta numa verdadeira e objetiva violação de um dever de cuidado, violação essa que porventura se poderá revelar suscetível de influenciar a produção do resultado lesivo.

Também para Maria Margarida Silva Pereira, heterocolocação em perigo consentida e autocolocação em perigo são realidades diferentes e com eficácia diferenciada. Nesse sentido, explica a autora que *“entre um e outro cenário a perspectiva é bem diferente. No primeiro, trata-se de assentir em condutas de terceiro”*.¹⁹⁶ Já *“no segundo caso, trata-se de livre disposição da própria vida mediante comportamento(s) de autolesão”*.¹⁹⁷

¹⁹³ ANDRADE, Manuel da Costa – Consentimento e acordo em Direito Penal (Contributo para a Fundamentação de um paradigma dualista), p. 272.

¹⁹⁴ Idem, Ibidem, p. 272.

¹⁹⁵ Idem, Ibidem, p. 293.

¹⁹⁶ PEREIRA, Maria Margarida Silva – Direito Penal II – Os homicídios, p. 138.

¹⁹⁷ Acabando por diferenciar o regime do homicídio a pedido com o da participação no suicídio, a autora refere mesmo que *“a heterolesão consentida pertence a um cenário humano complexo. Há comunicação entre quem mata e quem quer morrer, comunicação que se integra no sistema social em pleno. Porquê? Porque o homicida não é um mero conhecedor do acto alheio de morrer, nem mesmo, um colaborador num processo que resulta de uma decisão de suicida que o transcende. Não é isso: ele mediatiza, pela sua conduta, essa vontade. É o protagonista de um comportamento proibido que vai provocar uma morte; e, se o é; será natural que o Direito penal mantenha face a si as expectativas que tem relativamente a todas as pessoas, uma expectativa de respeito pela vida de terceiros”*. Por outro lado, *“na participação em suicídio, a autolesão da vida acontece inserida no sistema pessoal do suicida. Outros intervêm em seu auxílio, ou o motivam, mas a decisão que ele executa não se exprime dialogicamente; as colaborações não são homicidas e significam mera interferência em processo ulterior que as ultrapassa”*. Idem, Ibidem, p. 138 – 139.

Posto isto, e no que diz respeito aos casos de transmissão do vírus HIV/SIDA, deve desde logo atender-se à concreta situação em que o contágio ocorreu para desta forma se poderem analisar as suas particularidades específicas. É com base nesta análise cuidada que posteriormente se poderá concluir com alguma segurança pela exclusão, ou não, da tipicidade da conduta.

Sendo a impunidade das situações de heterocolocação em perigo uma realidade que certamente se revela inadequada para a realização do Direito, a questão que aqui se coloca é precisamente a de saber quando é que estaremos perante uma lesão dessa natureza, que conseqüentemente seja capaz de responsabilizar o portador do vírus pela prática de um crime. Se por um lado é verdade que o conhecimento geral sobre os riscos e modos de transmissão da doença permitem afirmar que um sujeito que voluntariamente assume determinadas práticas perigosas, está implicitamente a aceitar a perigosidade que lhes está inerente, por outro, não nos podemos esquecer que essa atuação não o converte automaticamente no único responsável pelo resultado, razão pela qual, em alguns casos possa existir uma margem de confiança que pode mesmo inibir o risco existente.¹⁹⁸

Indo ao encontro do chamado “princípio do risco”, tudo indica que quando a transmissão do vírus HIV/SIDA ocorrer no âmbito de relações ou contextos de risco, a responsabilidade do agente será de facto reduzida ou no limite excluída. No entanto, ainda assim faz sentido estabelecer uma distinção entre as situações em que ambos os intervenientes na relação têm conhecimento do perigo de transmissão do vírus através da relação sexual, e aquelas onde apenas o portador do mesmo conhece a sua seropositividade.

Relativamente às situações onde o não portador do vírus (vítima) conhece o estado de seropositivo da outra pessoa e ainda assim decide ter relações com a mesma, tudo indica que a balança se inclina para o campo das situações de autocolocação em perigo. Vigorando aqui uma certa lógica de que “a vítima se contagiou”, a verdade é que neste tipo de casos a ausência de responsabilidade parece ser a opção mais correta, desde logo porque a lesão do bem jurídico advém de um comportamento, decisão ou atitude da própria vítima.¹⁹⁹ Conforme defende Otto, num quadro destes está em causa

¹⁹⁸ Como refere Susana Aires de Sousa, no âmbito desta temática destaca-se a existência de dois princípios fundamentais, nomeadamente o princípio da confiança e o princípio do risco. Segundo a mesma autora, nas situações onde o princípio do risco se sobrepõe ao da confiança, a responsabilidade da vítima na concretização do resultado é sensivelmente maior, razão pela qual a punibilidade do agente seja uma realidade menos evidente. SOUSA, cit. 1, p. 111.

¹⁹⁹ FARIA, cit. 154, p. 992.

uma “*acção suportada de igual modo por ambos os parceiros*”, pelo que, será admissível apelidá-los de co-portadores do domínio do facto, mesmo em relação ao ato de comunicação da doença.²⁰⁰ Também para Álvaro da Cunha Rodrigues será incorreto imputar-se ao agente transmissor do vírus o risco de uma conduta nos casos onde a vítima se encontra devidamente esclarecida sobre a existência do próprio risco e ainda assim decide compartilhar a atividade arriscada. Nesse sentido, defende o autor que naquelas situações onde a vítima tenha conhecimento concreto sobre a seropositividade do parceiro sexual, não faz sentido imputar ao agente a contaminação do parceiro, desde logo porque este último acaba por se expor a um risco de forma livre e consciente.²⁰¹

Embora seja defensável para alguns autores que aqui o agente possa figurar como uma indiscutível fonte de perigo (e por força disso mesmo esteja aberto o caminho a uma possível responsabilização do mesmo), tal solução parece ainda assim ser incorreta. Como explica Maria Paula Ribeiro Faria “*não é a doença mas sim a relação sexual desprotegida que constitui a conduta em perigo sobre a qual pode existir domínio*”, pelo que a punição deve ser rejeitada.²⁰² Afinal de contas, neste tipo de casos o portador do bem jurídico assume ele mesmo o risco de contaminação, razão pela qual se possa afirmar que a exclusão da responsabilidade penal vai ao encontro da manifestação de vontade do portador do bem jurídico.

Tratamento idêntico merecem ainda todas aquelas situações onde o não portador do vírus desconhece a seropositividade do seu parceiro, mas este último pertence ao que alguns autores apelidam como sendo os já analisados grupos de risco (nomeadamente toxicodependentes, trabalhadores do sexo etc...). Mesmo autores que defendem a existência de imputação objetiva na generalidade dos casos de transmissão do vírus, admitem que a mesma deve ser excluída em casos onde o contacto sexual se verificou com indivíduos pertencentes a esses grupos de risco ou mesmo quando a troca de seringas se verificou num meio de toxicodependência.²⁰³ Relativamente a estes casos, Fernanda Palma entende, com toda a razão, que aquilo a que podemos chamar

²⁰⁰ ANDRADE, cit. 193, p. 273.

²⁰¹ RODRIGUES, cit. 5, p. 222.

²⁰² FARIA, cit. 154, p. 992.

²⁰³ Com a exceção de Augusto Silva Dias que entende que o simples conhecimento que o parceiro sexual pertence justamente a um grupo de risco, não será suficiente para tornar a vítima competente pelo risco. Com efeito, afirma o autor que neste caso o risco corre exclusivamente por conta do autor “*tanto no caso em que o autor não tem a certeza, mas representa seriamente a possibilidade de ser seropositivo e não informa o parceiro dessa suspeita, conformando-se com o risco de contaminação, como no caso em que, perante a dúvida da vítima sobre se o parceiro, que pertence a um grupo de risco é seropositivo, este a induz em erro sobre essa sua condição para poder manter com ela relações sexuais à vontade*”. Cf. DIAS, cit. 3, p. 105.

de superior conhecimento do agente se encontra limitado pela elevada previsibilidade que a vítima tem em ser contagiada.²⁰⁴ Estando em causa um conjunto de hipóteses onde o silêncio do agente foi um elemento preponderante para a própria realização do resultado (desde logo porque muito provavelmente se a vítima soubesse não aceitaria), a verdade é que a transmissão do vírus dentro de certos grupos acaba assim por valer como sinónimo ou expressão da previsibilidade do risco, pelo que a ausência de responsabilidade parece ser a solução mais evidente.²⁰⁵

Situações diferentes são porém aquelas onde a transmissão do vírus ocorre fora de qualquer ambiente de risco e o agente sabe que está infetado, não contando apenas por opção sua. Não se podendo falar aqui de uma sujeição ao risco por parte da vítima (visto que a mesma desconhece a existência do vírus), parece não haver dúvida que tais comportamentos preenchem um quadro de heterocolocação em perigo. Pensemos por exemplo nos casos onde existe uma relação estável entre os intervenientes. Se por um lado podemos afirmar que o conhecimento geral sobre os riscos e modos de transmissão do vírus permitem que um sujeito que voluntariamente assume determinadas práticas perigosas, está, implicitamente a aceitar a perigosidade que lhes é inerente, por outro, não nos podemos esquecer que essa atuação não o converte exclusivamente no único responsável.

Assim, neste tipo de casos tudo indica que acaba por existir uma certa margem de confiança que inibe o risco existente, o que por sua vez determina a tipicidade da conduta e conseqüente responsabilidade criminal do agente.²⁰⁶ Esta solução acaba por ser a defendida por Álvaro da Cunha Rodrigues quando refere que *“na nossa perspectiva das coisas, nos casos em que o agente portador do VIH, consciente de tal situação, oculta ao parceiro sexual o seu estado, como no caso da hipótese apresentada por Herzberg, com receio de lhe ser negada a relação sexual, mas indiferente à eventual contaminação do parceiro (dolo eventual) ou mesmo confiante que nada lhe acontecerá (negligência consciente), a responsabilidade criminal pelo resultado típico cabe ao referido agente, assim acontecendo, também, ainda que o mesmo tenha dúvida séria sobre o seu estado ou, por falta de cuidado, nem sequer tenha pensado na contaminação”*.²⁰⁷

²⁰⁴ PALMA, cit. 124, p. 116.

²⁰⁵ FARIA, cit. 154, p. 996.

²⁰⁶ Atendendo particularmente às situações de transmissão do vírus que ocorrem no âmbito de relações estáveis e duradouras, Maria Paula Ribeiro de Faria afirma mesmo que aqui, existe certamente um apelo à fidelidade, razão pela qual o parceiro desta relação acaba por confiar na inexistência de infeções de que se tenha que preservar. Cf. Idem, Ibidem, p. 1005.

²⁰⁷ RODRIGUES, cit. 5, p. 226.

7. MÉDICO-CIRURGIÃO ENQUANTO AGENTE TRANSMISSOR DO VÍRUS

Segundo as palavras de Álvaro da Cunha Gomes Rodrigues, “quando nos referimos à actividade médica, acode-nos sempre à mente a nobre e indiscutivelmente abnegada actuação desses profissionais de saúde, exercida em geral com plena dedicação e destinada a curar ou minorar o calvário do sofrimento alheio, que a doença pertinaz ou os inesperados e funestos acontecimentos da vida, teimam em infligir ao ser humano, como que a lembrar-lhe, num doloroso «memento homo», a falibilidade e precariedade da sua própria condição”.²⁰⁸

Todavia, com a evolução do tempo, essa mesma atividade passou a ser uma realidade suscetível de lesar, ainda que involuntariamente, a vida e a saúde do próprio ser humano. Tal afirmação acaba por estar diretamente relacionada com a presença dos apelidados sistemas de diagnóstico e terapêutica não esquecendo por sua vez a agressividade dos medicamentos que muitas vezes culmina na existência de diversos efeitos secundários para os pacientes.²⁰⁹

É precisamente com base nesse tipo de atuação médica (que por ventura se revela capaz de lesar determinados bens jurídicos pessoais), que a questão de uma possível responsabilização dos profissionais de saúde surge como pertinente para o próprio Direito Penal. Afinal de contas, a verdade é que a uma medicina cada vez mais eficaz e ao mesmo tempo mais agressiva, corresponde também um aumento das chamadas situações de risco.²¹⁰ É justamente neste plano das situações de risco que podemos enquadrar a questão do médico-cirurgião seropositivo enquanto possível transmissor do vírus HIV/SIDA. Isto é, para além das formas de transmissão mais frequentes, importa não esquecer que existe também a possibilidade de se verificar a transmissão do vírus no âmbito de acidentes de trabalho em profissionais da área da saúde que por sua vez mantenham contacto com pacientes.

Se por um lado estamos em condições de poder afirmar que a probabilidade de infeção de um paciente por parte de um profissional de saúde infetado é muito reduzida, por outro não podemos ignorar que existe essa possibilidade, razão pela qual, seja necessário analisar uma eventual existência de responsabilidade neste tipo de

²⁰⁸ RODRIGUES, cit. 5, p. 11.

²⁰⁹ Idem, Ibidem, p. 11.

²¹⁰ Como explica Álvaro da Cunha Rodrigues, estas violações são imputáveis aos médicos individualmente considerados mas também às equipas médicas multidisciplinares. Cf. Idem, Ibidem, p. 22.

situações.²¹¹ No entanto, importa não esquecer que no campo do Direito Penal Médico quase todos os delitos cometidos revestem uma natureza negligente. Ainda que seja possível a existência de um comportamento doloso por parte de um profissional de saúde, tudo indica que no caso específico da transmissão do vírus HIV/SIDA, essa atuação assume sobretudo a forma negligente visto que nos encontramos no domínio dos chamados acidentes de trabalho.

No que diz respeito ao plano interno esta questão começou por merecer especial atenção devido à problemática da obrigatoriedade dos testes da SIDA. Nessa medida, o Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida acabou por elaborar, em 1996, um relatório onde foi mencionado que “ *há, no entanto, empregos que, pela sua natureza podem exigir o teste de HIV: aqueles que implicam a manipulação de líquidos biológicos a ser administrados a pacientes, podendo induzir a contaminação/transmissão. (...) – os médicos, se são seropositivos por HIV ou doentes de SIDA, pelo alto risco de transmitir a outros os vírus de HIV, através do sangue no exercício da especialidade, têm o dever de renunciar à especialidade e quedar-se por outras artes com menor risco*”.²¹²

Como explica André Dias Pereira, a questão principal passa sobretudo por analisar se um cirurgião infetado com o vírus pode, na sua prática profissional, colocar em perigo iminente alguns bens jurídicos de terceiros. Partindo do pressuposto que uma resposta afirmativa engloba seguramente uma limitação do conteúdo funcional do próprio estatuto profissional do trabalhador, este autor acaba assim por fazer depender essa mesma resposta das diversas funções que um cirurgião pode exercer no âmbito da sua atividade profissional. Nessa medida, considera André Pereira que se estiverem em causa serviços de consulta médica ou simplesmente funções de investigação, de ensino ou mesmo de gestão, não estará justificado qualquer tipo de impedimento que vise afastar o trabalhador.²¹³

Por sua vez, se estiverem em causa funções relacionadas com qualquer tipo de cirurgia aberta ou mesmo cirurgia laparoscópica a situação é mais complicada. Segundo o autor, no âmbito deste tipo de funções importa justamente perceber se o cirurgião seropositivo ao desempenhar as mesmas coloca em perigo grave e iminente a

²¹¹ Como escreve Maria do Céu Rueff “*a probabilidade de infecção de um paciente por profissional de saúde infectado por HIV é baixíssima, tendo sido sustentado no estudo levado a cabo pelo CDC que o risco médio de transmissão de HIV de um cirurgião a um doente por acidente percutâneo durante procedimento invasivo é de 2,4 a 24 por milhão*”. Cf. RUEFF, Maria do Céu – Médico Cirurgião Seropositivo, p. 196.

²¹² Relatório - Parecer sobre a Obrigatoriedade dos Testes da SIDA (16/CNECV/96).

²¹³ PEREIRA, André Gonçalo Dias – Cirurgião Seropositivo. Do Pânico ao Direito, p. 105

integridade física do paciente. Acabando por reconhecer que não existem muitos casos conhecidos de transmissão do vírus neste contexto, o autor não hesita em concluir que neste tipo de atuação existe certamente um perigo real e iminente de contágio para o respetivo paciente.²¹⁴ Com efeito, considera o autor que é necessário impedir o cirurgião de exercer funções de cirurgia aberta reconhecendo mesmo que tal medida se revela adequada e proporcional não violando consequentemente o princípio da proibição do excesso.²¹⁵

Também Álvaro da Cunha Rodrigues parece estar de acordo com esta posição. Nesse sentido refere mesmo *“que o cirurgião é o garante da integridade física do paciente que na fase peri-operatória lhe está confiado, cabendo-lhe, portanto, evitar a acção de desencadear a lesão de tal bem jurídico, e os titulares dos órgãos e representantes da entidade hospitalar que sobre ele tenham poder de direcção, que inclui, como é sabido, os poderes de superintendência, fiscalização e disciplinar, desde que cientes do estado de saúde do médico operador, devem impedir, no uso de tais poderes, a continuidade do seu exercício cirúrgico que constitui risco não permitido susceptível de se materializar no resultado típico”*.²¹⁶

No que diz respeito à questão de existir uma eventual obrigação de esclarecimento por parte do paciente sobre o estado de saúde do cirurgião, este autor defende que à luz do nosso ordenamento jurídico, esse dever resulta expressamente do disposto no artigo 157º do Código Penal. Nessa medida, a norma acaba por determinar que o paciente seja devidamente esclarecido sobre as possíveis consequências da intervenção ou tratamento a que o mesmo fica sujeito, sob pena de poder ser imputado ao médico o preenchimento do tipo legal de crime de intervenção e tratamento médico-cirúrgico arbitrário.

Já para Maria do Céu Rueff é certo que *“o pessoal de saúde infectado por HIV deve abster-se de toda a actividade médica susceptível de comportar um risco, mínimo que seja, de contaminação dos doentes. Deve ser aconselhado a reestruturar a sua actividade, nomeadamente a aderir a outra especialidade, no exercício da medicina, que*

²¹⁴ Mesmo no que diz respeito à cirurgia laparoscópica (aquela que é realizada mediante incisão cirúrgica na parede abdominal e no peritонеu), considera o autor que existem alguns riscos de contaminação. Se por um lado na realização desta cirurgia o médico tem que manusear diversos instrumentos cortantes (o que por sua vez não afasta a hipótese de contacto sanguíneo), por outro, é igualmente reconhecido que durante este tipo de operações pode ser necessário proceder a uma cirurgia aberta perante situações de emergência. Cf. Idem, *Ibidem*, p. 106

²¹⁵ No entanto, André Dias Pereira reconhece que qualquer médico cirurgião seropositivo, poderá manter a sua profissão desde que se dedique à parte médica e não cirúrgica.

²¹⁶ RODRIGUES, cit. 5, p. 230 – 231.

não comporte tal risco".²¹⁷ Assim, defende a mesma autora que o crime de propagação de doença contagiosa por ação negligente acaba por ser uma via legítima para punir aquelas situações onde um profissional de saúde seropositivo não se abstenha de praticar técnicas invasivas que culminem com a transmissão do vírus.

Segundo Maria do Céu Rueff, neste tipo de casos o médico violou certamente um dever objetivo de cuidado que por sua vez acabou por criar um risco normativamente não permitido.²¹⁸ Nesse sentido explica que *"o que importa ter aqui em conta é a possibilidade de propagação a terceiros, segundo critérios cientificamente conhecidos, entre os quais se conta a susceptibilidade de infecção de um paciente por um profissional de saúde infectado por HIV, mediante técnica diagnóstica ou terapêutica invasiva específica que provoque risco de auto-lesão com sangue"*.²¹⁹

Todavia, é preciso não esquecer que isso não implica que o mesmo acabe por perder o seu estatuto profissional. Qualquer profissional de saúde no exercício de funções médicas não invasivas não acarreta com a sua atividade qualquer risco de transmissão da doença, razão pela qual, deva ser tratado em igualdade de circunstâncias relativamente a outros trabalhadores doentes. É precisamente isso que parece defender a lei portuguesa do trabalho quando consagra a proibição de qualquer tipo de discriminação e ao mesmo tempo o direito à igualdade no emprego.²²⁰

Sobre esta questão escreve mesmo André Pereira que *"o artigo 23º do Código do Trabalho deve ser interpretado no sentido de abranger a proibição de discriminação baseada no facto de o trabalhador ou candidato ao emprego ser seropositivo, já que este síndrome se insere no conceito de doença crónica"*.²²¹

Em suma, penso estar em condições de poder afirmar que a via mais segura e ao mesmo tempo mais razoável para dar resposta a este problema, passará efetivamente por defender que um médico infectado com o vírus HIV/SIDA se deve abster de realizar qualquer tipo de práticas diagnósticas ou terapêuticas com natureza invasiva. Olhando justamente para o caso de um cirurgião em particular, tudo leva a crer que a

²¹⁷ Nesse sentido explica ainda a autora que *"a colisão do direito ao trabalho do pessoal de saúde portador de HIV e os direitos à vida e integridade física dos doentes que com ele contactam leva à necessidade de restrição daquele direito apenas na justa medida supra enunciada. Não se restringem, com isso, os direitos à privacidade e à confidencialidade do trabalhador da saúde infectado no local de trabalho, tanto nas relações particulares que venha a estabelecer com os seus doentes como nas que venha a travar com colegas médicos"*. RUEFF, cit. 211, p. 202.

²¹⁸ Idem, Ibidem, p. 211.

²¹⁹ Idem, Ibidem, p. 204.

²²⁰ Artigo 23º do Código do Trabalho, aprovado pela lei 7/2009 de 12 de Fevereiro.

²²¹ PEREIRA, André Gonçalo Dias – Discriminação de um Trabalhador portador de VIH/SIDA: Estudo de um caso, p. 131.

sua seropositividade deverá implicar necessariamente uma mudança de especialidade de forma a afastar o risco de contaminação aos respectivos pacientes. Afinal de contas, se um profissional de saúde tem como função fazer tudo aquilo que estiver ao seu alcance para salvar vidas, então por maioria de razão, não pode ir contra os seus princípios colocando alguém em risco com a sua própria atuação. Com efeito, se essa atuação resultar na transmissão do vírus tudo indica que o médico-cirurgião deve ser punido pelo crime de propagação de doença contagiosa por ação negligente e eventualmente pelo crime de homicídio se a vítima vier a falecer anos mais tarde como consequência direta dessa contaminação.

8. ALGUMAS POSIÇÕES DOUTRINÁRIAS

8.1 POSIÇÃO DE BERND SCHÜNEMANN

Numa tentativa de analisar uma possível relação da transmissão do vírus com o tipo legal de homicídio, este autor enunciou alguns argumentos que acabaram justamente por salientarem alguma dificuldade de imputação deste tipo de condutas a esse crime em concreto. Nesse sentido, Bernd Schünemann começou por destacar que uma pessoa infetada com o vírus HIV percorre necessariamente um período de tempo considerável entre o momento do contágio e a apelidada fase SIDA. Com efeito, esclarece o autor que essa fase se caracteriza pela inexistência de sintomas exteriormente perceptíveis referindo ainda que estamos perante um processo comum para a maioria das pessoas infetadas.²²²

Segundo este autor, a questão que levanta maiores dificuldades de análise assenta precisamente na possibilidade de considerar a conduta de transmissão do vírus enquanto parte integrante de uma ação homicida. Isto é, partindo do pressuposto que a infeção com o vírus pode constituir uma verdadeira ofensa corporal para o ordenamento jurídico, Schünemann questiona ainda se existe a possibilidade de punir por tentativa de homicídio durante o período em que a vítima permanece com vida.²²³

Não obstante considerar que estamos perante uma questão bastante complexa, o autor acaba por rejeitar essa ideia afirmando mesmo que *“a consideração da infecção como acção homicida não apenas conduz a consequências claramente consideradas como inaceitáveis pela jurisprudência, como, tampouco, resulta convincente, a partir das próprias premissas, a relação entre os delitos de ofensas corporais e de homicídio e as particularidades de um processo que apenas após uma longa enfermidade conduz à morte”*.²²⁴

Por outro lado, alega ainda Schünemann que as razões e impedimentos que justificam a negação da subsunção da conduta do agente transmissor do vírus ao tipo legal de homicídio, devem também prevalecer relativamente a um possível

²²² SHÜNEMANN, Bernd – Problemas Jurídico-Penales Relacionados com el SIDA, p. 26.

²²³ Idem, *Ibidem*, p. 27.

²²⁴ Idem, *Ibidem*, p. 29.

enquadramento no tipo legal de ofensas corporais perigosas (*Gefährliche Körperverletzung*).²²⁵

Em suma, o autor em causa acaba por enquadrar a conduta de transmissão do vírus HIV/SIDA no tipo legal do artigo 229º do StGB que por sua vez correspondia ao crime de intoxicação, antes de ser eliminado pela reforma do Código Penal alemão em Janeiro de 1998.²²⁶ Já no que diz respeito à chamada imputação objetiva do resultado à conduta do agente, Schünemann defende justamente que a falta de informação ao parceiro sexual acerca da situação de seropositividade, tende a fundamentar uma imputação do facto a título de autoria se desta forma se conseguir comprovar que existiu dolo de infetar por parte da pessoa que já se encontrava contaminada pelo vírus.²²⁷

²²⁵ Sobre esta questão o autor refere mesmo que “se aceleração da produção da morte que supõe a infecção pelo VIH, inegável do ponto de vista naturalístico, não há-de qualificar-se normativamente como lesão da vida, a acção da infecção tão pouco se poderá considerar-se como colocação em perigo da vida, pois que não se trata da distinção entre lesão e perigo de lesão, a partir da perspectiva da tutela da vida, mas da exclusividade dos delitos de lesões para a «síndrome de Amfortas», e portanto, em sentido jurídico, nas relações sexuais de um infectado de VIH importa apenas a criação de um risco de longa enfermidade, que justamente no §223 a) não é suficiente”. Cf. Idem, *Ibidem*, p. 39.

²²⁶ A este crime correspondia uma pena de prisão de 1 a 10 anos, para quem oferecesse a outra pessoa, para prejudicar a sua saúde, veneno ou outra substância que fosse apropriada para destruir a saúde.

²²⁷ SCHÜNEMANN, cit. 222, p. 46.

8.2 POSIÇÃO DE CARMEN GÓMEZ-RIVERO

Ao contrário de Schünemann, Carmen Gómez-Rivero parece aceitar a chamada imputação objetiva dos resultados mortais ou lesivos que possam decorrer de uma transmissão do vírus HIV/SIDA. No entanto, a autora em questão deixa claro que nestas situações que por sua vez são caracterizadas pela existência de processos causais de resultados produzidos a longo prazo, deve ainda assim existir um conjunto de circunstâncias que possam limitar ou mesmo excluir a responsabilidade criminal do agente.²²⁸

Nesse sentido, a autora considera indispensável que seja analisado o período de tempo que decorreu entre a verificação da lesão e a conduta não intencional que por sua vez a desencadeia. Segundo a mesma, o resultado enquanto elemento do tipo de ilícito criminal, acaba nestes casos por se converter em objeto direto de referência das chamadas considerações utilitaristas, sendo que as circunstâncias que rodeiam a sua produção, têm necessariamente que incidir na ponderação das mesmas.²²⁹

Numa tentativa de resolver o problema da atribuição dos chamados resultados tardios, Gómez-Rivero foi ainda mais longe acabando justamente por defender a existência de critérios normativos de tipicidade sistematicamente autónomos e posteriores aos da imputação objetiva. Todavia, como explica Álvaro da Cunha Rodrigues, este entendimento não mereceu total acolhimento por parte da doutrina portuguesa.²³⁰

Por último, importa ainda referir que esta autora parece aceitar uma possível atuação dolosa por parte do agente transmissor do vírus. Segundo a mesma, essa atuação pode preencher os tipos de crime de homicídio ou mesmo de ofensas à integridade física (com exceção da figura da tentativa no caso de se ter verificado o chamado dolo eventual). Assim, tudo indica que para Carmen Gómez-Rivero *“em caso de ter havido dolo de perigo relativamente à infecção, mas não quanto ao resultado lesivo, não haverá lugar à imputação da conduta ao agente a título de dolo eventual, situação que, se bem que esteja concebível relativamente ao homicídio, não se*

²²⁸ Defende a autora que este tipo de processos causais que se verificam no âmbito dos resultados produzidos a longo prazo têm necessariamente que passar por uma espécie de duplo filtro que visa em última instância limitar a responsabilidade do agente transmissor do vírus. Cf. GÓMEZ-RIVERO, cit. 109, p. 105.

²²⁹ Idem, Ibidem, p. 104.

²³⁰ RODRIGUES, cit. 5, p. 213.

*descortina como possa deixar de se estender às ofensas corporais, se o agente admite como provável a infecção da vítima, como se o estado infeccioso induzido não constituísse, em si mesmo, uma ofensa à integridade física”.*²³¹

Como explica Álvaro da Cunha Rodrigues, “*chegam a esta conclusão, também Muñoz Conde e García Arán, que após afirmarem que na medida em que o tipo do respectivo delito admita a comissão dolosa eventual, também terá cabimento a tentativa com esta forma de imputação subjectiva, ainda que o normal na tentativa seja o dolo directo ou, pelo menos, o dolo de 2º grau (dolo necessário), mas nos casos em que a conexão causal não seja controlável ou não se verifique, a respeito do resultado, a totalidade dos elementos característicos do dolo, deverá punir-se, acima de tudo, a acção perigosa se, por sua vez, constituir um delito autónomo de ofensas corporais ou de perigo”.*²³²

²³¹ Idem, Ibidem, p. 213.

²³² Idem, Ibidem, p. 214.

8.3 POSIÇÃO DE AUGUSTO SILVA DIAS

Fazendo um esforço para analisar a questão da punibilidade na transmissão irresponsável do vírus HIV/SIDA, Augusto Silva Dias começa por referir que os tipos legais de homicídio se apresentam como possíveis candidatos para funcionarem como verdadeiros pontos de partida para um processo de atribuição de responsabilidade criminal nesta matéria.²³³ No entanto, o autor não hesita em invocar algumas dificuldades de imputação objetiva e também subjetiva relativamente aos crimes de resultado contra a vida e a integridade física.

Nesse sentido, explica que o aumento da esperança de vida das pessoas infetadas com o vírus juntamente com o período de tempo que se verifica entre a transmissão do mesmo e a produção do resultado mortal, surgem como realidades que acabam por aumentar a complexidade causal.²³⁴ Assim, segundo o mesmo, consoante a dilação temporal aumenta, reduzem-se igualmente as possibilidades de se estabelecer uma relação causa-efeito entre os vários acontecimentos. Como escreve o autor, *“lidamos, pois, entenda-se bem, não com uma impossibilidade lógica de estabelecimento do nexos causal entre a conduta e o resultado, mas com uma dificuldade prática de tal ordem que é impossível ignorá-la no plano substantivo da imputação”*.²³⁵

Todavia, Augusto Silva Dias vai ainda mais longe no sentido de rejeitar igualmente a atribuição do resultado a uma possível tentativa de homicídio naquelas situações onde o agente atuou com dolo. Recorrendo ao elemento semântico da expressão “homicídio”, Augusto Silva Dias refere mesmo que *“matar significa tirar a vida a outra pessoa, destruir a sua existência biológica, ou, se se preferir, antecipar a morte para um determinado momento. Nesta definição não cabe, como é bom de ver, a transmissão do vírus da Sida que desenvolve normalmente um quadro de doença, que se pode prolongar por muitos anos. Tirar a vida tem um significado diferente de diminuir a esperança de vida ou encurtar o tempo de vida de outrem”*.²³⁶

Por outro lado, os conceitos de autoria e dolo também parecem afastar essa possibilidade. Isto é, partindo da ideia que o autor do facto doloso só pode ser aquele

²³³ DIAS, cit. 3, p. 81.

²³⁴ Como explica Augusto Silva Dias *“nessa dilação temporal intervirão normalmente no processo factores externos e somáticos, a que aludimos já, sobre os quais o autor não tem qualquer domínio e cuja influência sobre o resultado não é possível medir”*. Cf. Idem, Ibidem, p. 95.

²³⁵ Idem, Ibidem, p. 86.

²³⁶ Idem, Ibidem, p. 86.

que domina o acontecimento ou por outras palavras o curso-causal, Augusto Silva Dias acaba mesmo por concluir que o conceito de tentativa de homicídio “*não se ajusta aos casos de processos causais sinuosos e prolongados no tempo, sujeitos portanto a múltiplas interferências, porque neles o autor não controla o acontecimento nos seus detalhes principais. O único aspecto que o autor verdadeiramente pode dominar e relativamente ao qual o problema do dolo se pode equacionar é o da transmissão do vírus à vítima*”.²³⁷

Já no que diz respeito às ofensas corporais graves o autor invoca também algumas dificuldades, sobretudo se tivermos em consideração a produção de alguns resultados como acontece com a existência de uma doença incurável ou permanente ou mesmo com o chamado perigo para a vida que a lei utiliza como requisito. Assim, segundo o mesmo “*para que qualquer destes resultados se verifique é necessário que a contracção do vírus degenere numa patologia orgânica: a Sida propriamente dita. Não sendo tão diferida quanto a morte esta fase da doença declarada diagnosticável em regra tanto tempo volvido do momento do contágio que será igualmente difícil a comprovação do nexa causal entre ambos os acontecimentos*”.²³⁸

De outro modo, Augusto Silva Dias defende que o simples contágio com o vírus não coloca desde logo a vida da vítima numa situação de perigo concreto. Afinal de contas, qualquer situação de perigo concreto tem necessariamente de revestir uma hipótese de objetiva insegurança para o bem jurídico que a norma visa proteger. No entanto, como explica o autor, isso não se verifica com a simples transmissão do vírus. Apenas depois do início do apelidado período clínico é que se verifica, “*o substrato material que permite formular o juízo de perigo em que aquele resultado se consubstancia*”.²³⁹

Relativamente a um possível enquadramento típico deste tipo de comportamentos ao crime de propagação de doença contagiosa, Augusto Silva Dias refere igualmente que existem diversas dificuldades de imputação objetiva e subjetiva. Com efeito, defende que este tipo de crime não abrange muitas situações típicas de contágio, nomeadamente aquelas que se verificam *em* contexto de contactos sociais ou cara a cara.

²³⁷ Idem, *Ibidem*, p. 87.

²³⁸ Idem, *Ibidem*, p. 95.

²³⁹ Idem, *Ibidem*, p. 96.

Em suma, e fazendo um esforço para reduzir as dificuldades enunciadas à simples prova do contágio, o autor acaba mesmo por concluir que o tipo de crime que mais se adequa a esta realidade é o das ofensas corporais simples (eventualmente qualificadas por emprego de meio insidioso. Todavia, segundo Augusto Silva Dias “o resultado das ofensas corporais simples não deve consistir na verificação da Sida como doença específica, sob pena de o facto se converter em ofensa corporal grave nas modalidades de «doença incurável» ou «permanente» ou de «perigo para a vida» como referimos. Aquele resultado pode materializar-se num mau trato corporal ou num dano na saúde e este último já se produz, em meu entender, quando se realiza a contaminação”.²⁴⁰

²⁴⁰ Idem, Ibidem, p. 99.

8.4 POSIÇÃO DE ÁLVARO DA CUNHA GOMES RODRIGUES

Começando por esclarecer que entre o vírus da SIDA e a morte da pessoa infetada existe certamente uma conexão direta, Álvaro da Cunha Gomes Rodrigues refere mesmo que, em princípio, não se pode afastar a possibilidade de punir por homicídio uma conduta que resultou em última instância na morte de uma pessoa. Rejeitando todos aqueles argumentos que afastam a componente homicida da conduta que objetivamente transmite o vírus, o autor em questão escreve mesmo que *“matar uma pessoa, seja com resultado imediato, seja a longo prazo, integrará, por regra, um tipo legal de homicídio na nossa ordem jurídica”*.²⁴¹

Nesse sentido, alega ainda que independentemente do modo como o crime é praticado, a inoculação do vírus HIV/SIDA que posteriormente vem a produzir uma morte deve consequentemente ser enquadrado numa lógica de destruição biológica, razão pela qual, não deve ser retirado o desvalor da ação do agente transmissor para uma possível integração nos respetivos tipos de crime de homicídio ou mesmo de ofensas à integridade física.

Já no que diz respeito aos requisitos subjetivos da punibilidade, Álvaro da Cunha Rodrigues esclarece que nada parece impedir a existência de uma conduta dolosa por parte do agente transmissor, referindo mesmo que o domínio do facto, neste tipo de situações, começa e acaba no próprio ato de transmissão do vírus que por sua vez pode suceder no âmbito da transmissão sexual pela prática desprotegida de sexo.²⁴² Nesse sentido explica que *“o autor tem, em regra, o domínio do facto (Tatherrschaft) do processo causal da transmissão viral que é o único que ainda está sob controle humano, pois a partir daí, operada a inoculação, o processo infeccioso segue o curso inexorável da natureza patológica”*.²⁴³

Por último, este autor aborda ainda a questão da prova do nexos causal entre a conduta transmissora e o resultado. No âmbito desta temática refere mesmo que podem existir algumas dificuldades sobretudo naquelas hipóteses onde a pessoa que acabou por ser infetada conhecia a situação nosológica do agente e ainda assim decidiu partilhar o risco. Ao contrário de um sector da doutrina, Álvaro da Cunha Rodrigues não

²⁴¹ RODRIGUES, cit. 5, p. 218.

²⁴² O facto de o vírus poder ficar no organismo da pessoa sem necessariamente manifestar qualquer sintoma da sua presença durante um certo período de tempo, não afasta na opinião do autor a possibilidade de se verificar uma conduta dolosa nem mesmo a chamada autoria. Cf. Idem, Ibidem, p. 219.

²⁴³ Idem, Ibidem, p. 219.

hesita em rejeitar uma possível imputação naquelas situações onde a vítima possui uma total liberdade e esclarecimento concreto do risco e ainda assim decide participar na atividade arriscada. No entanto, para este autor importa analisar a questão de *“saber se basta um conhecimento genérico e abstracto do risco em geral, para excluir a imputação objectiva do resultado à conduta do autor, ou se deve ser, antes, exigível que a vítima tenha um conhecimento concreto, isto é, de que naquele caso, o parceiro sexual está infectado”*.²⁴⁴

Acabando por apelar à distinção entre figuras como a heterocolocação em perigo consentida ou mesmo a autocolocação em perigo, Álvaro Rodrigues conclui que nas situações onde o agente portador do vírus oculta ao seu parceiro sexual a sua seropositividade para evitar que este lhe negue a relação sexual, o resultado deve ser necessariamente imputado ao agente. Com base neste argumento, o autor vai ainda mais longe no sentido de aceitar uma possível imputação do resultado naquelas situações onde o agente tinha *“dúvida séria sobre o seu estado, ou, por falta de cuidado, nem sequer tenha pensado na contaminação que iria provocar”*.²⁴⁵ Por sua vez, se a *“vítima ciente do estado infeccioso do companheiro, se prontificar a manter relação desprotegida com este, ainda que nada saiba concretamente sobre tal estado, mas não desconheça que o parceiro pertence a grupo de risco (prostituição, toxicod dependência por via parentérica, ambientes propícios ao anonimato sexual, como os «dark rooms» e congéneres, etc), o risco de contágio corre por conta da vítima, numa situação de auto-colocação em perigo ou hetero-colocação em perigo consentida, pelo que ela será a única responsável pelo resultado típico consequente”*.²⁴⁶

²⁴⁴ Idem, Ibidem, p. 222.

²⁴⁵ Idem, Ibidem, p. 226.

²⁴⁶ Idem, Ibidem, p. 227.

8.5 POSIÇÃO DE MARIA PAULA BONIFÁCIO RIBEIRO DE FARIA

Numa tentativa de abordar o tema em análise, Maria Paula Ribeiro Faria começa por esclarecer que existe certamente alguma dificuldade em identificar um determinado resultado lesivo que por sua vez possa estar associado a um comportamento de risco do agente. Essa dificuldade acaba por estar relacionada com o tempo que demora a suposta concretização desse mesmo resultado, razão pela qual, deva ser discutida uma possível afirmação do dolo do agente.²⁴⁷

Olhando particularmente para a responsabilidade jurídico-penal do portador do vírus HIV/SIDA, a autora não hesita em considerar que não se pode afastar de forma clara e absoluta a possibilidade de existir uma heterolesão punível. No entanto, se tivermos em conta as suas palavras, tudo indica que a mesma também não considera que toda e qualquer infeção pressupõe uma real situação de autolesão. Considerando que toda a autolesão envolve necessariamente uma espécie de heterolesão, Maria Paula Ribeiro Faria defende mesmo que “*não existe o infectar sem o ser-se infectado, ou a transmissão do vírus sem a sujeição a essa transmissão*”.²⁴⁸

Não obstante fazer referência a uma certa reciprocidade entre estas duas realidades, a autora acaba mesmo por abrir a porta a uma possível responsabilidade criminal do agente transmissor, sobretudo naquelas situações onde é possível afirmar que existiu uma suposta agressão. Com efeito, segundo a mesma, a questão que importa analisar passa sobretudo por perceber quando é que estamos perante um conjunto de contactos que responsabilizam do ponto de vista penal o portador do vírus, ou por sua vez, quando é que esses contactos o afastam dessa responsabilidade porque o lesado se colocou a ele próprio numa situação de risco.²⁴⁹

Tomando como ponto de partida alguns exemplos da autoria de Prittwitz, a autora começa por defender que no caso do agente infetado ter comunicado a sua seropositividade ao respetivo parceiro sexual e ainda assim este último ter consentido manter relações de risco, estaremos perante uma autolesão não punível. Isto é, partindo do pressuposto que neste tipo de casos o lesado se encontra devidamente esclarecido sobre a existência e dimensão do chamado risco, tudo leva a crer que o agente deixa de constituir uma fonte de perigo, desde logo porque “*não é a doença, mas a relação*

²⁴⁷ FARIA, cit. 154, p. 986.

²⁴⁸ Idem, Ibidem, p. 991.

²⁴⁹ Idem, Ibidem, p. 991.

*sexual não protegida que constitui a conduta de perigo sobre o qual pode existir domínio, e que tem que ser jurídico-penalmente valorada”.*²⁵⁰

Já no que diz respeito aquelas situações onde o transmissor do vírus nada refere ao seu parceiro acerca da sua seropositividade, Maria Paula Ribeiro Faria parece rejeitar a aplicação dos princípios da autocolocação em risco consentida abrindo desta forma caminho para uma eventual responsabilização do agente.²⁵¹ No entanto, esclarece a autora que existem diversas situações onde o descuido da vítima pode afastar uma possível responsabilização do agente-transmissor. Indo ao encontro das palavras de Herzog, acaba mesmo por concluir que que *“dada a intensidade da divulgação da doença e dos meios de prevenção, o contacto sexual feiro dentro de certos grupos de risco vale como sinónimo ou expressão da previsibilidade do risco. E também aqui se afirma: quem intervém nesta esfera sem protecção actua sob o seu próprio risco. Uma infecção transmitida neste contexto não responsabiliza o portador”.*²⁵²

Por último, a autora aborda ainda aquelas situações onde o agente, sabendo que se encontra infetado, não avisa a outra parte de que é portador do vírus, mas ao mesmo tempo toma todas as medidas necessárias para evitar a sua transmissão. Realçando a notória divisão de opiniões que existe no seio da doutrina (sobretudo no que diz respeito ao facto de analisar uma suposta adequação social deste tipo de comportamentos), a autora distingue essas condutas quando as mesmas ocorram num quadro de *“one-night-stand”* ou por sua vez quando se verificam no âmbito de relações estáveis e duradouras. Nesse sentido, refere que relativamente a estas últimas existe um certo apelo à fidelidade, motivo pelo qual o parceiro confia necessariamente na inexistência de infeções de que se tenha que preservar.²⁵³

Tal lógica permite afirmar como escreve a autora que *“a ponderação do caso concreto tornar-se-á necessária, e deve ser levada a cabo em função da natureza da relação e da confiança que se deixa estabelecer entre parceiros, tendo em conta uma espécie de “consenso fáctico” susceptível de fundir uma forma de adequação social de conduta tipicamente relevante”.*²⁵⁴ Com efeito, considera Paula Ribeiro Faria que qualquer vítima que intervém no quadro das chamadas relações de risco atua justamente num sector objetivamente menos protegido. Em sentido inverso *“aquele que não sai do quadro de uma relação fixa tem expectativas de confiança mais altas,*

²⁵⁰ Idem, Ibidem, p. 992.

²⁵¹ Idem, Ibidem, p. 994.

²⁵² Idem, Ibidem, p. 996.

²⁵³ Idem, Ibidem, p. 1005.

²⁵⁴ Idem, Ibidem, p. 1005.

*deixando de bastar para o afastamento da relevância penal da conduta de risco o cumprimento de uma regra de cuidado que vale em contextos despersonalizados”.*²⁵⁵

²⁵⁵ No entanto, a autora defende que “o uso de preservativo constituiria um risco permitido, jurídico-penalmente atendível, tratando-se de relações de risco, dado o contexto em que essas relações têm lugar, mas não se traduziria um risco permitido relevante, onde, além da política de saúde, joga um papel importante na valoração da conduta a confiança e o respeito entre as pessoas. Nestes casos, muito embora o risco de infecção passe a ser substancialmente reduzido, nenhum homem razoável considera suficiente, em caso de infecção, o uso de meios técnicos de prevenção da doença, tendo em conta o risco de morte que esta envolve, tornando-se necessário o esclarecimento da doença”. Cf. Idem, *Ibidem*, p. 1006.

8.6 POSIÇÃO DE MARIA FERNANDA PALMA

Segundo Fernanda Palma, “o facto de a possibilidade de morte da vítima após a contaminação depender de um processo natural não comandado directamente pelo agente suscita uma analogia entre estes casos e todos aqueles em que uma remota acção inaugura um caminho irreversível sem, no entanto, se poder afirmar dela que é mais do que *conditio sine qua non* do resultado. A pessoa que é ligeiramente ferida e contrai tétano ou a pessoa que é exposta a uma radiação e desenvolve um cancro configuram casos em que a afirmação da causalidade é duvidosa devido à falta de conexão directa e à pouca previsibilidade do resultado. No caso da SIDA, também não há conexão directa, mas a conexão com a morte da vítima é inevitável”.²⁵⁶

Todavia, segundo a autora, a incerteza quanto à contaminação que por muitas vezes acaba por não se verificar juntamente com a responsabilidade da vítima num quadro de relações sexuais voluntárias que associam o ato transmissor a uma lógica de risco consentido e ainda o próprio alargamento da esperança de vida dos respetivos portadores do vírus, acabam por ser fatores que tendem a retirar ao comportamento de transmissão do vírus o imediato significado de homicídio.²⁵⁷ Nesse sentido refere mesmo Fernanda Palma que “o dolo de homicídio não bastará para suprir as debilidades da caracterização causal da conduta porque não há, em geral, crime doloso onde o processo causal não for reconhecido como relevante ou dominado pelo agente, tendo de existir uma congruência entre o tipo subjectivo e o tipo objectivo”.²⁵⁸

Admitindo justamente que a tendência da doutrina penal passa por considerar que a imputação objetiva se justifica neste tipo de casos, a autora tende assim a considerar que no âmbito do direito vigente “não é possível deixar de imputar objectivamente o comportamento homicida aos que actuem, eles próprios como fonte de perigo para os outros, não os informando que são portadores da doença mas detendo um conhecimento exacto sobre o seu estado, enquanto parceiros sexuais apenas podem contar em abstracto com tal perigo”.²⁵⁹

²⁵⁶ PALMA, cit. 124, p. 113 – 114.

²⁵⁷ Idem, Ibidem, p. 114.

²⁵⁸ Idem, Ibidem, p. 114.

²⁵⁹ Por sua vez num plano de *jure condendo* defende a autora que é necessária “a criação de deveres legais de informação às vítimas e de comunicação de tal doença às autoridades para todos os que tenham actividades profissionais de relacionamento sexual ou em que especificamente se verifique um acentuado perigo de contágio”. Cf. Idem, Ibidem, p. 118.

No entanto, Maria Fernanda Palma não hesita em considerar que a eficácia preventiva do Direito Penal não será certamente a mais correta se apenas se puder conjugar este tipo de comportamentos com o tipo legal de homicídio. Com feito, defende que é necessário procurar uma tutela eficaz destas condutas, independentemente de as mesmas se poderem qualificar enquanto verdadeiros comportamentos homicidas.²⁶⁰

De alguma forma os diversos sistemas penais europeus têm procurado resolver esse problema através do recurso a tipos incriminadores que por sua vez prescindem do resultado como acontece precisamente com as ofensas corporais perigosas, com o envenenamento ou mesmo com a criação de tipos específicos de transmissão ou propagação de doenças.²⁶¹ Relativamente a esta questão a autora questiona mesmo se não será necessária a existência “*de uma norma subsidiária capaz de abarcar condutas em que as dificuldades de prova obstariam ao enquadramento no homicídio ou deverá abranger-se uma área intermédia entre o homicídio e as ofensas corporais, entre o dolo e a negligência, de gravidade específica, em que a intensidade do perigo justificaria que os deveres de protecção das vítimas pelos agentes fossem mais intensos do que os vulgares deveres de cuidado?*”.²⁶²

Sendo certo que para Fernanda Palma o crime de propagação de doença contagiosa não consegue evitar igualmente a problemática da prova, a única solução alternativa acaba por ser a aplicação do artigo 144º, alíneas c) ou d). Contudo, esclarece ainda a autora que “*a moldura penal mais grave do artigo 144º alíneas c) e d), relativamente à do artigo 283º, N° 2, levanta, porém, de novo, o problema de saber se o legislador não teria representado, nos chamados crimes de perigo comum (em que a pena varia entre 1 a 8 anos), em geral, um evento de perigo menos concreto?*”.²⁶³

²⁶⁰ Já no que diz respeito à questão de saber se o contexto social em que a contaminação se realiza pode ser um critério para afastar o dolo, Fernanda Palma considera que “*a única conclusão possível é que o contexto social não altera em si mesmo a caracterização do acto, sendo necessário confrontar o concreto comportamento do agente com o resultado da sua acção e a base da sua decisão de agir?*”. Cf. Idem, *Ibidem*, p. 120.

²⁶¹ Idem, *Ibidem*, p. 120.

²⁶² Idem, *Ibidem*, p. 120 – 121.

²⁶³ Idem, *Ibidem*, p. 123.

CONCLUSÕES

Findo o percurso analítico sobre a questão da punibilidade na transmissão do vírus HIV/SIDA, importa agora destacar os pressupostos e ideias mais significativas, que não só orientam o estudo desta matéria como também decorrem da análise da mesma. Assim:

- O HIV é um vírus que ataca o sistema imunológico do ser humano, causando eventualmente o síndrome da imunodeficiência adquirida, que em última instância, pode provocar a morte da pessoa infetada.
- Em apenas três décadas de existência do vírus, o mesmo já matou mais de 30 milhões de pessoas. Estima-se que em 2012 cerca de 35 milhões de pessoas se encontravam infetadas com HIV/SIDA. Todavia, em Portugal, os casos de infeção têm vindo a diminuir de forma moderada mas ao mesmo tempo consistente.
- Apesar da sua dimensão, a SIDA é atualmente considerada uma doença crónica. Esta realidade é possível devido aos grandes avanços tecnológicos, médicos e científicos que desta forma proporcionaram o desenvolvimento de medicamentos cada vez mais eficazes no combate ao vírus.
- Associar a transmissão do vírus e a sua conseqüente propagação a grupos previamente delimitados e determinados, assenta numa verdadeira prática discriminatória que por sua vez ignora por completo a suscetibilidade de transmissão do mesmo relativamente a qualquer ser humano. Embora muitas vezes deturpada, a verdade é que o risco de contaminação acaba por estar exclusivamente associado à existência dos chamados comportamentos de risco.
- Hoje em dia, é de conhecimento geral que o HIV não escolhe sexos, raças, etnias ou mesmo grupos sociais. O mesmo acaba por atingir qualquer camada da sociedade, desde logo porque depende exclusivamente de fatores biológicos e não de natureza social.
- Na generalidade dos países, não existem ainda disposições legais específicas que prevejam a transmissão deste vírus. É precisamente nesse quadro que parece estar inserido o ordenamento jurídico português, razão pela qual, uma eventual punição, a existir, será feita com base nos tipos de crime já existentes.

- Embora seja necessário algum esforço interpretativo, a transmissão consciente do vírus parece admitir uma imputação de responsabilidade no tipo legal de crime previsto no artigo 283º do Código Penal. Ainda que as dificuldades probatórias sejam evidentes nesta matéria, nada parece impedir que de um comportamento que efetivamente resultou na transmissão do vírus, possa emergir responsabilidade para o agente por propagação de doença contagiosa.
- No entanto, não nos podemos esquecer que de uma contaminação pode resultar a morte da pessoa infetada. A partir do momento em que se verifique a morte da vítima, levanta-se a necessidade de analisar a possibilidade de punir o agente pelo crime de homicídio, desde logo porque o crime de propagação de doença contagiosa não corresponde às situações de morte posterior da vítima, mas apenas aos casos de contaminação isoladamente considerada.
- Se a pessoa infetada vier a morrer e se prove que o vírus HIV/SIDA contribuiu significativamente para esse resultado, nada parece impedir que o autor seja punido a título de homicídio. Afinal de contas, a última consequência do seu comportamento acabou por ser a morte da vítima.
- Partindo do pressuposto que a simples transmissão do vírus, só por si, não é suscetível de colocar a vida da vítima numa situação de perigo concreto, devemos então concluir que a tipicidade deste tipo de condutas relativamente ao crime de ofensas à integridade física deve assim ser rejeitada. Esta ausência de perigo concreto para a vida da vítima acaba por estar relacionada com o carácter imprevisível da doença nomeadamente no que diz respeito à sua evolução no organismo da pessoa infetada.
- Independentemente do tipo legal de crime que acaba por oferecer uma melhor resposta às situações de transmissão do vírus, a verdade é que o comportamento ou vontade da vítima funciona neste tipo de casos como um autêntico fator de redução ou mesmo exclusão da responsabilidade criminal do agente. Assim, quando a transmissão do vírus ocorrer no âmbito de relações ou ambientes de risco, a responsabilidade do agente deverá ser reduzida ou no limite excluída.
- Ao contrário, naquelas situações onde a transmissão do vírus ocorre fora de qualquer ambiente de risco, não podemos justamente falar numa hipotética sujeição ao risco por parte da vítima. Neste tipo de casos, tudo indica que a margem de confiança existente acaba por inibir o risco, o que desta forma determina a tipicidade da conduta em causa.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Manuel da Costa - Consentimento e acordo em Direito Penal (Contributo para a Fundamentação de um paradigma dualista). Dissertação de doutoramento em ciências jurídico-criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra, Coimbra Editora, 2004. ISBN: 9789723204384.

ASCENÇÃO, José de Oliveira (Coord.) - Estudos de Direito da Bioética, Coimbra, Edições Almedina, 2005. ISBN 9789724021898.

AZEVEDO, Marcos de Almeida Villaça - Aids e Responsabilidade Civil, S. Paulo, Editora Atlas, SA, 2002. ISBN 9788522432066.

CASTRO, Catarina Sarmento e – A protecção de dados pessoais dos trabalhadores, Questões Laborais, Ano IX, Nº 19, 2002.

CAETANO, Machado - Lições de Sida: lições de vida. Sida e comportamentos de risco, Porto, Âmbar, 2000. ISBN 972-43-0387-X.

CUNHA, José M. D. - Propagação de doença, alteração de análises ou de receituário - art. - 283º In Comentário Conimbricense do Código Penal, Tomo II, Coimbra, Coimbra Editora, 2000, ISBN 9789724411477, pp. 1006-1016.

DIAS, Augusto Silva - Responsabilidade criminal por transmissão irresponsável do vírus da Sida: Um olhar sobre o Código Penal português e o novo Código Penal de Cabo Verde. In DIAS, Augusto Silva et al. - Colectânea de textos Sobre a Parte Especial do Direito Penal: Materiais para o estudo da Parte Especial do Direito Penal, Lisboa, AAFDL, 2008. ISBN 978-972-629-040-7.

DIAS, Jorge de Figueiredo - Direito Penal, Parte Geral, Tomo I: Questões Fundamentais, A Doutrina Geral do Crime, Coimbra, Coimbra Editora, 2004. ISBN9789723221084.

DIAS, Jorge de Figueiredo - Pressupostos da punição e causas que excluem a ilicitude e a culpa. In Jornadas de Direito Criminal. O novo Código Português e legislação complementar, fase I, Lisboa, CEJ, 1983.

DINIZ, António; DUARTE, Raquel - PORTUGAL: Infeção VIH/SIDA e tuberculose em números - 2013. Programa Nacional para a infeção VIH/SIDA, Lisboa, Direção-Geral de Saúde, 2013. ISBN 2183-0754.

DIRECÇÃO REGIONAL DE SAÚDE - Programa Regional de Prevenção e Controlo da Infeção VIH/SIDA, PRS 2009-2012. Disponível em http://www.azores.gov.pt/NR/rdonlyres/58E1085F-3CBD-45C7-9A79-061B97D27317/472463/RPPCIVIH_SIDA11_11_2010.pdf. [consultado em 2014.07.15].

FARIA, Maria Paula Bonifácio Ribeiro de - Risco permitido e adequação social. A valoração jurídico-penal do contágio com o vírus da SIDA. In A Adequação Social da Conduta no Direito Penal - Ou o Valor dos Sentidos Sociais na Interpretação da Lei Penal, Lisboa, Universidade Católica, 2005. ISBN 9789728069612.

FARIA, Paula Lobato - Aspectos Éticos e Jurídicos da SIDA no Direito Português, Acta Médica Portuguesa, 1991.

FERREIRA, Manuel Cavaleiro de - Lições de Direito Penal. Parte Geral, I - A Lei Penal e a Teoria do Crime no Código Penal de 1982, 4ª edição, Lisboa /São Paulo, Editorial Verbo, 1992. ISBN 972-220-138-7.

GÓMEZ RIVERO, Maria Carmen, La Imputación de los Resultados Producidos a Largo Plazo, Valencia, ed. Lo Blanc, 1998.

LEVINE, Judith - Global Commission on HIV and the Law: Riscos, Direitos e Saúde. Tradução de JPD Systems, New York, UNDP, HIV/AIDS Group, 2012.

MINASSA, Alexandre Pandolpho - Direitos fundamentais e os portadores do vírus da imunodeficiência humana (HIV) e os adquirentes da síndrome de imunodeficiência adquirida (SIDA) na relação privada do trabalho, Relatório de Mestrado. Orientador: Margarida Salema Oliveira Martins, Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2003.

MOREIRA, Tereza Alexandra Coelho – Da esfera privada do trabalhador e o controlo do empregador, Coimbra, Coimbra Editora, 2004. ISBN 972-32-1228-5.

OLIVEIRA, Francisco da Costa - Crime Negligente e Culpa: Na dogmática penal e na prática judiciária, Lisboa, Almedina, 2010. ISBN 9789724041384.

OLIVEIRA, Maria Joana de Castro - A Imputação Objectiva na Perspectiva do Homicídio Negligente, Coimbra, Coimbra Editora, 2004. ISBN 972-32-1265-X.

PALMA, Maria Fernanda - A vontade no dolo eventual. In RAMOS, Rui Manuel Gens de Moura - Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço, Vol. II, Lisboa, Livraria Almedina, 2002. ISBN: 9789724018140, [Separata], pp. 795 e ss.

PALMA, Maria Fernanda – Transmissão da SIDA e responsabilidade penal. In ASCENÇÃO, José de Oliveira (Coord.) – Estudos de Direito da Bioética, Vol. I, Coimbra, Almedina, 2005. ISBN 9789724021898, pp. 113 – 127.

PEREIRA, André Gonçalo Dias - Cirurgião Seropositivo. Do Pânico ao Direito. In *Lex Medicinae*, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, ano 4, nº 8, 2007.

PEREIRA, André Gonçalo Dias - Discriminação de um Trabalhador portador de VIH/SIDA: Estudo de um caso. In *Lex Medicinae*, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, ano 3, nº 6, 2006.

PEREIRA, Maria Margarida Silva – Direito Penal II – Os homicídios, Lisboa, AAFDL, 2008. ISBN 978-972-629-038-4.

PEREIRA, Maria Margarida Silva – Os homicídios, colaboração de Amadeu José Ferreira, Lisboa, 2012. ISBN 978-989-97911-0-7.

PINTO, Ângela Pires - Culpabilização ou Co-Responsabilidade: Responsabilização na não-declaração da sorologia à/ao parceira/o sexual. IX HIV/AIDS Virtual Congress: A Infecção VIH e o Direito, Santarém, SIDAnet, Associação Lusófona, 2010. ISBN 978-972-95977-8-7, pp. 127-138.

PRADO, Luiz Regis e CARVALHO, Érika Mendes de - Teorias da Imputação Objetiva do Resultado - Uma aproximação crítica a seus fundamentos; 2ª edição revista, atualizada e ampliada; Editora Revista dos Tribunais, 2006.

RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes – A Negligência Médica Hospitalar na Perspectiva Jurídico-Penal – Estudo sobre a responsabilidade criminal Médico-Hospitalar, Almedina, 2013. ISBN 9789724051581.

ROXIN, Claus - Reflexões sobre a problemática da imputação em Direito Penal. In Problemas Fundamentais de direito penal. Tradução de Ana Paula dos Santos; Luís Natscheradetz, 3ª Ed. Lisboa: Vega, 1998, pp. 145-168. ISBN 972-699-157-9.

RUEFF, Maria do Céu - O segredo médico como garantia de não-discriminação. Estudo de caso: HIV/SIDA, Coimbra, Coimbra Editora, 2009. ISBN 9723217651.

RUEFF, Maria do Céu – Médico Cirurgião seropositivo, Lusíada, Direito, Lisboa, Nº6, 2008.

RUEFF, Maria do Céu - Pessoas com HIV/SIDA e médico com dupla responsabilidade (MDR), IX HIV/AIDS Virtual Congress: A Infecção VIH e o Direito, Santarém, SIDAnet, Associação Lusófona, 2010. ISBN 978-972-95977-8-7, pp. 57 – 72.

SHÜNEMANN, Bernd – Problemas Jurídico-Penales Relacionados com el SIDA (trad. Do alemão de Santiago Mir Puig) In Problemas Juridico-Penales del Sida, J.M.Bosch, Editor, S.A., 1993.

SOUSA, Carla Sofia de Oliveira - Cuidados a pessoas idosas com VIH/SIDA: Narrativas de profissionais de saúde, Dissertação de Mestrado em Gerontologia, Orientador: Alcione Leite Silva, Universidade de Aveiro, Secção Autónoma de Ciências da Saúde, 2011.

SOUSA, Susana Aires de - A transmissão do vírus da Sida constitui uma conduta criminalmente relevante? (Considerações sobre a tipicidade criminal). IX HIV/AIDS Virtual Congress: A Infecção VIH e o Direito, Santarém, SIDAnet, Associação Lusófona, 2010. ISBN 978-972-95977-8-7, pp. 107-121.

SOUZA, Annie Ivy Ferreira de - Culpa e Dano: Que relação nos casos de transmissão dolosa do vírus da Sida? Relatório de Mestrado. Orientador: Maria Fernanda Palma; Augusto Silva Dias, Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2007.

UNAIDS - Disponível em <http://www.unaids.org> [consultado em 2014.06.20].

VALDÁGUA, Maria da Conceição - Direito Penal, Apontamentos de Direito Penal, Parte Geral - 2006/07.