

A transmissão do vírus da sida constitui uma conduta criminalmente relevante?

(Considerações sobre a tipicidade criminal)

Susana Aires de Sousa

Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Resumo: Através deste estudo, procura-se analisar a relevância criminal da conduta realizada por alguém que sendo portador do VIH transmite este vírus por via sexual a outrem. O primeiro degrau da relevância criminal de um comportamento reconduz-se à sua tipicidade legal. Segue-se o estudo dos tipos legais convocados pela conduta, tendo por parâmetros os princípios jurídico-penais dominantes em matéria de imputação objectiva, designadamente o âmbito de protecção da norma, de modo a delimitar a sua eventual tipicidade. Nesta medida, a discussão trava-se convocando os tipos legais do Código Penal relevantes nesta matéria: o homicídio (previsto no artigo 131.º), as ofensas à integridade física (previstas nos artigos 143.º e ss.) e a propagação de doença (prevista no artigo 283.º).

Palavras-chave: tipicidade, imputação objectiva, âmbito de protecção da norma, homicídio, ofensas à integridade física, propagação de doença contagiosa.

I. INTRODUÇÃO

A sida constitui não apenas um problema médico como também um problema social que suscita à ordem jurídica e, em particular, à ordem jurídico-penal a consideração e resolução de diversos problemas. Estas questões confrontam o sistema penal em toda a sua extensão: desde os pressupostos que legitimam a intervenção penal até à imputação objectiva de condutas tardias e ao domínio da prova processualmente admissível, passando pela adequação da técnica legislativa e pelo concreto tipo de crime eventualmente realizado.

· Este estudo teve por base, com as necessárias actualizações, o trabalho realizado enquanto aluna de licenciatura, no âmbito da disciplina de Direito Penal, 5.º ano (1999/2000), sob a regência e ensino das aulas teóricas pelo Sr. Professor Doutor José de Faria Costa e ensino das aulas práticas pela Sra. Dra. Cristina Líbano Monteiro. A ambos a devida palavra de gratidão pelo estímulo e apoio que nos confiaram.

Neste trabalho elege-se como objecto de estudo a eventual relevância típica da conduta daquele que infecta outra pessoa com o VIH, por via sexual. Tem-se em vista analisar os tipos legais convocados pela conduta, tomando por parâmetros os princípios jurídico-penais dominantes em matéria de imputação objectiva, designadamente o âmbito de protecção da norma, de modo a delimitar a relevância jurídico-criminal daquela conduta.

Uma das questões principais e primeiras que confronta o jurista é a questão da tipicidade criminal, designadamente quanto a eventuais delitos de resultado como o homicídio ou a ofensa à integridade física (artigos 131.º e 143.º, ambos do Código Penal) ou ainda de delitos estruturalmente mais complexos como a propagação de doença (artigo 283.º do mesmo diploma). Por sua vez, o problema da imputação do perigo de contágio ou do eventual resultado lesivo assume particular dificuldade, designadamente, nesta última hipótese por se referir à imputação de resultados tardios.

II. A IMPUTAÇÃO DE RESULTADOS TARDIOS. BREVE REFERÊNCIA DOUTRINAL

Na ilustração deste problema recorre-se às expressivas palavras de Claus Roxin quando a propósito dos danos sobrevivendo posteriormente, no contexto dos crimes negligentes, se interroga sobre o sentido semântico atribuível ao dizer-se que um soldado “caíu” na guerra, quando esse soldado morre muito tempo depois de firmada a paz, mas em consequência das feridas de guerra¹.

A nota distintiva da imputação de resultados tardios traduz-se no facto de mediar um considerável lapso temporal entre a acção e a consequência lesiva. Deste modo é importante determinar se o primeiro processo causal posto em marcha pela conduta do agente foi interrompido ou se o seu próprio devir é responsável pelo desencadear do resultado posterior². Com frequência se aponta como exemplo destas situações o estado de coma provocado por uma lesão (primeiro resultado da acção inicial) que evolui até um resultado lesivo posterior (a morte). Por conseguinte, há um *continuum* na produção de um resultado (ou entre as distintas fases do seu processo causal) susceptível de o reconduzir à actuação inicial. Todavia, os exemplos são variados e estendem-se a diferentes realidades, tendo alguns deles merecido amplo destaque na opinião pública pelas consequências nefastas que originaram. Pense-se, por exemplo, nas mortes e doenças decorrentes da

¹ Cf. *Problemas Fundamentais de Direito Penal*, Lisboa: Vega, 2004, p. 288.

² Desenvolvidamente, GOMEZ RIVERO, Maria Cármen, *La Imputación de los Resultados Producidos a Largo Plazo*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1998, p. 11 e ss.

comercialização da talidomida na década de 60 do século passado, ou nas consequências pessoais e ambientais do desastre de Chernobyl, muitas das quais ainda hoje não totalmente esclarecidas.

Esta discussão pode ser igualmente transposta para o contexto da transmissão, por via sexual, do vírus da sida, na medida em que as consequências desta infecção podem manifestar-se transcorrido um considerável lapso temporal. Resta pois saber se a progressão da doença desde o momento do contágio até à produção de um resultado lesivo se pode ainda considerar linear, pressupostos os actuais avanços médicos e de tratamento clínico – o que sobrevém actualmente marcado pela dúvida.

Por conseguinte, destaca-se a questão de saber se, neste contexto, existe um eventual resultado lesivo posterior (*v. g.*, a morte ou ofensa à integridade física) ainda susceptível de ser imputado à acção infecciosa do portador do VIH.

A título meramente exemplificativo da complexidade e da discussão doutrinal gerada pelo problema da imputação de resultados tardios faz-se uma breve alusão a algumas das principais propostas doutrinárias³.

A doutrina alemã tem concedido particular atenção quer em geral ao estudo da imputação dos resultados tardios, quer referindo-se especificamente à problemática da sida. Alguns autores admitem a imputação dos resultados tardios sem qualquer limite ou restrição. Para esta corrente doutrinal prevalece a ideia de que, de um ponto de vista valorativo, não há motivos para tratar de forma diferente quem produz um resultado lesivo de forma imediata à realização da conduta proibida frente a quem provoca o resultado decorrida que esteja uma margem temporal mais ampla. É esta a posição de, entre outros, Scherf, Schram, Scheuerl, Bottke ou Jakobs. Implicitamente em relação à problemática da sida, Eberbach⁴.

Entre os autores que excluem a imputação pelos resultados tardios destaca-se Schünemann⁵. Vinculando o seu raciocínio à problemática específica do VIH, este autor apresenta dois critérios – a *imprevisibilidade* e a *incontrolabilidade* – determinantes na exclusão da imputação da transmissão do VIH a título de homicídio. Considera que nos processos causais que se desenvolvem no tempo, o agente não dispõe de qualquer forma de influência no desenrolar da enfermidade (*Unbeherrschbarkeit*) o que impede que lhe possa ser imputado o resultado posterior. Consistindo esse resultado na morte da vítima, rejeita a possibilidade

³ Seguimos a este propósito a sistematização e análise dogmática realizada por GÓMEZ RIVERO, Maria Cármen, *La Imputación...*, *op. cit.*, p. 67 e ss.

⁴ Cf. GÓMEZ RIVERO, Maria Carmen, *La Imputación...*, *op. cit.* p. 67, com mais referências e desenvolvimentos.

⁵ Cf. «Problemas jurídico-penales relacionados con el Sida», *in*: *Problemas Jurídico Penales del Sida*, Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1993, p. 27 e ss. (também disponível *in*: *Temas Actuales y Permanentes del Derecho Penal después del Milenio*, Madrid: Editorial Tecnos, 2002, pp. 227 e ss.).

de o reconduzir à tipicidade de homicídio com base em diversos argumentos, na maioria assentes no que designa como uma correcta interpretação (gramatical, sistemática e teleológica) da norma incriminadora. Em primeiro lugar, considera incompatível o sentido social da acção de matar, inequivocamente ligada à imediação do resultado, e a recondução destas situações ao tipo legal de homicídio, sublinhando o paradoxo decorrente da afirmação do agora infectado de que foi vítima de homicídio e que a dita tentativa não fracassou. Em segundo lugar, Schünemann sublinha que a distinção realizada pelo legislador entre os tipos de ofensa à integridade física e homicídio impede de forma definitiva a recondução destes casos ao tipo legal de homicídio, na medida em que toda a ofensa, enquanto tal, supõe o esgotar parcial de recursos vitais e consequentemente diminui a expectativa de vida restante. Ora, o legislador ao fixar no catálogo a moldura penal correspondente às ofensas à integridade física considerou também o encurtar da vida como algo de consubstancial àquele tipo legal. Por outro lado, se a diminuição da expectativa de vida fosse equivalente à acção de matar, então praticamente todas as lesões à integridade física, na medida em que determinam um esgotar dos recursos vitais, estariam abrangidas por aquele conceito. Por fim, Schünemann considera ainda que, de um ponto de vista político-criminal, uma eventual condenação por homicídio não conseguiria um maior efeito preventivo do que a eventual condenação por ofensas à integridade física, pois dificilmente se poderia demonstrar a insuficiência desta norma para criar no infectado com VIH a vivência do desvalor da transmissão do vírus⁶.

Ainda neste contexto, merece especial referência Herzberg⁷ que considera ser uma exigência imposta pelo *sentimento jurídico* não fazer responder por tentativa de homicídio o portador do VIH que se limita a admitir a produção do resultado letal (diferentemente de outros casos em que o mesmo *sentimento jurídico* parece afirmar a responsabilidade penal). A aplicação dos seus critérios à específica problemática colocada pela infecção do vírus leva-o a afirmar que, mesmo no caso do portador pretender dolosamente infectar a outra pessoa na esperança de o contaminar e de por esta via lhe causar a morte passado alguns anos, a sua responsabilidade haveria de decorrer dos tipos de lesões à integridade física e nunca do tipo de homicídio. Considera o decurso do tempo um factor determinante para a limitação da responsabilidade penal. Entende que os limites da responsabilidade são definidos pela aplicação analógica dos prazos de prescrição do delito, de tal modo que, em princípio, a atribuição normativa do resultado será possível enquanto estes não tenham decorrido.

⁶ *Ibidem*, p. 35.

⁷ «Die Strafdrohung als Waffe im Kampf gegen Aids?», *NJW* 1987, *apud* GÓMEZ RIVERO Maria Carmen, *op. cit.*, pp.71 e ss.

Também o autor espanhol Luzon Peña⁸, referindo-se à problemática da imputação dos resultados tardios de lesões ou morte no contexto da transmissão do VIH, coloca sérias dúvidas e obstáculos à afirmação da conduta típica de homicídio. Muito embora não exclua essa possibilidade, sublinha que a exclusão do tipo legal de homicídio dar-se-á não tanto por falta da imputação objectiva, mas antes porque «encurtar em alguns anos a vida não tem o significado da acção típica de matar»⁹.

Uma posição algo diferente é seguida por Maria Carmen Gómez Rivero que considera não existirem, em abstracto, obstáculos conceptuais em referir a conduta do portador à tipicidade das ofensas corporais, nem, sendo o caso, ao tipo de homicídio. Todavia, em matéria de imputação de resultados tardios deve convocar-se, segundo a autora, dois critérios adicionais limitativos como forma de prevenir resultados injustos e com a finalidade de limitar ou excluir a responsabilidade criminal. Estas subcategorias são designadas como *adequação ou procedência da imputação* e, em segundo lugar, a *atribuição típica do comportamento*. O primeiro limite baseia-se exclusivamente em exigências político-criminais de punição a partir dos fins das penas. Através deste limite fundamentam-se quer casos de atenuação punitiva – resultados negligentes produzidos a longo prazo –, como casos de exclusão da punição de um ponto de vista preventivo – actuação negligente não seguida de resultado. Ao invés do primeiro, o segundo daqueles limites não se restringe a corrigir a pena que de outro modo corresponderia à conduta. Na verdade, o seu âmbito de actuação é mais extenso na medida em que exclui totalmente a responsabilidade do autor transcorrido um lapso temporal importante (cujo critério se encontra nas regras da prescrição). Nas situações de verificação cumulativa destes dois limites (que, para a autora seriam referidas aos casos em que o agente não actuou intencionalmente) prevalece uma nota evidente de subsidiariedade: só quando a dilação temporal entre a conduta e o resultado não obrigue, por razões de segurança jurídica, a excluir a punição, é que funcionará a atenuação punitiva do primeiro limite.

III. UMA QUESTÃO PRÉVIA

Surge como necessária uma reflexão prévia acerca da legitimidade e eficácia da intervenção penal no contexto da transmissão do vírus da sida.

⁸ Cf. «Problemas de la transmisión y prevención del Sida en Derecho Penal español», *Problemas Jurídico Penales del Sida*, (cord. Mir Puig), Barcelona: Bosch Editor, 1993, p. 18.

⁹

Na verdade, a possibilidade de incriminar penalmente a transmissão dolosa ou imprudente do VIH aparece directamente condicionada pela própria realidade social e criminológica em que se contextualiza o contágio.

Todavia, as respostas da doutrina penal estão longe de alcançar um consenso unânime acerca desta intervenção e/ou do modo como ela deve realizar-se. Alguns autores têm defendido a exclusão do direito penal nesta matéria encontrando arrimo em diversos argumentos, designadamente na ineficácia das normas penais em travar a difusão do vírus; nos prejuízos pessoais e sociais que a criminalização destes comportamentos acarreta; na inexistência de um comportamento criminalmente relevante, pressuposta na normalidade dos casos dada a ausência de uma vontade de contágio e como tal, do ponto de vista jurídico, de uma actuação dolosa; e, por fim, na auto-responsabilidade do risco de infecção em que o companheiro, ainda que não informado, incorre¹⁰. Esta perspectiva minimalista do direito penal pretende sobretudo realçar que «a intervenção penal neste contexto obnubila e desincentiva as políticas sanitárias e de sensibilização para o flagelo da sida, pois introduz uma tutela estatal heterónoma onde se pretende educar e estimular a auto-responsabilidade. Este efeito de concorrência faz com que essa tutela seja altamente contra-producente»¹¹.

Um maior grau de consenso merecem as soluções diferenciadoras que fazem depender a intervenção penal de uma análise casuística, e, em concreto, do âmbito e contexto em que se desenvolve a relação de contágio, bem como da igualdade ou disparidade do conhecimento sobre a situação do risco por parte de cada um dos parceiros¹².

Deve ser sublinhado e reconhecido que a ressonância do direito penal no contexto de transmissão do VIH é muito diminuta. A sida é um problema social que ultrapassa desmedidamente o direito penal. As motivações humanas presentes neste cenário tornam-se surdas à capacidade de motivação da norma penal. Como tal, não pode esperar-se que o direito penal seja o único ou sequer o primeiro instrumento no combate à propagação da doença. E, de todo, não será o mais eficaz. Mas, como refere Augusto Silva Dias, isso não significa que a proibição jurídico-penal de certos comportamentos não desempenhe nenhum papel nesse combate e muito menos que o direito penal impeça a formação de

¹⁰ Para uma análise mais desenvolvida destes argumentos, HERZBERG, Rolf Dietrich, «Sida: desafío y piedra de toque del derecho penal. Comentario a la sentencia del BGH de 4 de Noviembre de 1988 (1StR 262/88)», in: *Problemas Jurídico Penales del Sida*, Barcelona: Bosch Editor, 1993, p. 122 e ss.

¹¹ Cf. 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: *Colectânea de Textos de Parte Especial do Direito Penal*, Lisboa: AAFDL, 2008, p. 77.

¹² Cf. Gómez Rivero, *La Imputación...*, *op. cit.*, p. 165 e nota 273.

premissas de auto-responsabilidade¹³. Todavia, entendemos que uma intervenção criminal adequada tem necessariamente de atender às especificidades problemáticas do contexto de transmissão. Trata-se de uma intervenção fragmentária, vinculada a comportamentos de uma gravidade tal perante bens jurídico-penais que, em obediência ao princípio da proporcionalidade, sustentem e convoquem a aplicação de uma sanção criminal. A funcionalidade e a conveniência da intervenção penal há-de adequar-se, em nosso modo de ver, não só às realidades dogmáticas que possa oferecer o direito penal, mas também à realidade contextual em que se desenvolve a transmissão da própria enfermidade.

Deste modo, deverá atender-se à concreta situação contextual em que ocorre o contágio. Nesta medida, destaca-se a relação de conflito entre dois princípios fundamentais: o princípio da confiança e o princípio do risco. De um lado, o conhecimento hoje socialmente generalizado sobre os riscos e modos de transmissão da doença, permitem afirmar como regra geral que o sujeito que voluntariamente assume determinadas práticas perigosas, como partilhar seringas ou manter relações sexuais de risco, está implicitamente a aceitar a perigosidade que lhe é inerente; mas, por outro lado, esta consciência generalizada em torno do risco que determinadas condutas comportam, não converte automaticamente aquele que é infectado no único responsável da sua actuação, com a consequente exclusão de responsabilidade do portador, pois é possível, nalguns casos, afirmar uma margem de confiança que iniba o risco referido.

Na sequência destes dois pressupostos Maria Cármem Gómez Rivero¹⁴ distingue uma relação conflitual entre um certo grau de confiança depositado na pessoa do portador e o risco de infecção assumido pelo não portador. Considera esta autora que faltando um destes vectores o problema se simplifica. E, na verdade, nos casos em que a relação é estável seria difícil considerar que quem voluntariamente decide ter relações sexuais sem adoptar medidas de protecção esteja assumindo implicitamente um risco de contágio e negar-lhe, desta forma, tutela penal. O único princípio que subsistiria nestas situações é o princípio da confiança na condição de não portador do companheiro. Por conseguinte, seria imprudente excluir de um modo geral e apriorístico a eventual responsabilidade criminal inerente à transmissão do vírus. Afirmar o contrário corresponderia a aceitar que toda a relação sexual comporta um risco para a vida que terá de ser assumido por quem nela consente. Com efeito, alguns autores têm defendido a existência, nestes casos, de uma posição de garantia por parte do portador/infectado fundamentado no conhecimento

¹³ Cf., mais desenvolvidamente, DIAS, Augusto Silva, «Responsabilidade criminal por transmissão irresponsável do vírus da Sida», *op. cit.*, p. 78 e s.

¹⁴ Cf. *La Imputación...*, *op. cit.*, pp. 169 e ss.

especial da sua situação, o que lhe confere o domínio sobre a causa do resultado¹⁵. Esta posição de garantia seria então suficiente para fundamentar uma eventual responsabilidade criminal por omissão.

No extremo oposto, situam-se aquelas situações em que não existe qualquer vestígio daquele chamado princípio de confiança (*n. g.*, prática de relações sexuais com membros dos denominados grupos de risco ou a partilha de seringas). A intervenção do direito penal revelar-se-ia carecida de sentido por não existir qualquer confiança a tutelar. Por conseguinte, neste particular contexto, deve prevalecer o risco assumido pelo não portador, não se justificando a intervenção penal.

Porém, a maioria das situações não se situam em qualquer um daqueles pólos extremos. Basta atender ao quadro das relações esporádicas entre sujeitos que, não tendo conhecimento sobre a condição de portador do vírus do parceiro, tão pouco realiza um comportamento que possa reconduzir-se àquelas situações de risco. Neste contexto relacional deve convocar-se, mais uma vez, a relação de conflito entre os princípios da confiança e do risco. Em particular e na concretização desse conflito, adquire especial relevância, nestes casos, o grau de conhecimento da doença tido por cada um dos membros da relação.

Neste sentido, se ambos têm conhecimento da situação de risco de transmissão do vírus, cabe perguntar qual o efeito da anuência na situação de risco por parte daquele que conhece a condição de portador da outra pessoa. A pergunta ganha relevância se se considerar que a infecção pode ou não ser tomada como possível pela outra pessoa, dada a inexistência de uma probabilidade de 100% na transmissão da doença¹⁶. A este propósito talvez se possa convocar a distinção proposta pela doutrina a propósito de eventuais correcções da imputação de um resultado a uma conduta por forma a restringir a afirmação do nexo de causalidade e consequentemente a responsabilidade criminal que daí poderia resultar. Trata-se dos princípios da auto-colocação em perigo realizada pela própria vítima (“*Selbstgefährdung*”) frente aos casos de consentimento desta na colocação em perigo por terceiro (“*Einwilligung in einer Fremdgefährdung*”). O critério da distinção reside em saber quem tem o domínio de facto sobre a fonte perigo, e neste sentido se a “vítima” se auto-coloca em perigo ou assente que outrem o coloque em perigo¹⁷. Na primeira há uma co-actuação

¹⁵ Cf. SCHÜNEMANN, Bernd, «Problemas Jurídico-penales del Sida», *op. cit.*, p. 54.

¹⁶ Cf. desenvolvidamente e com mais referências GÓMEZ RIVERO, Maria Carmen, *La Imputación...*, *op. cit.*, p. 180 e ss.

¹⁷ ROXIN, Claus, «Sobre o fim da protecção da norma nos crimes negligentes», *Problemas Fundamentais de Direito Penal*, Lisboa: Veja, 2004, p. 284, que entende que «o sentido profundo de tal diferenciação radica em que uma pessoa domina a todo o momento com a sua própria decisão a medida em que se quer expor ao perigo procedente das suas próprias acções, enquanto que o mero facto de tolerar a exposição ao perigo que é obra de outra pessoa deixa a vítima à mercê de um desenvolvimento imprevisível que, por vezes, por vezes,

de alguém na auto-colocação em perigo de outrem (por exemplo: alguém morre de overdose por se ter injectado com uma quantidade de heroína deixada na sua mesa de cabeceira por um amigo). Nas situações de hetero-colocação em perigo a actuação de uma pessoa põe em risco outra mas com a concordância desta (*v. g.* o conhecido “caso de escola” do barqueiro que, apesar de uma forte tempestade, acede a atravessar o rio perante a insistência de outrem que pretendia passar para o outro lado, acabando por se voltar o barco e provocando a morte daquele passageiro). Em ambos os casos, a doutrina alemã tem defendido a exclusão do âmbito de tutela da norma penal. Tal solução é igualmente suportada pelo quadro jurídico-penal. Com efeito, na primeira hipótese o fundamento para sustentar a não punição defendida por alguma doutrina alemã, decorre de um argumento retirado da lei penal alemã a partir da não punição das condutas de auxílio ao suicídio e das lesões infligidas ao próprio. O mesmo argumento não procede no quadro da lei penal portuguesa, uma vez que os actos de auxílio ao suicídio são entre nós punidos, nos quadros do artigo 135.º do CP¹⁸. Deste modo, o nosso quadro legal há um maior constrangimento à disponibilidade do bem jurídico vida (de outrem) na medida em que o auxílio à morte, pedido e consentido por aquele que quer morrer, é punido. Deste modo, importa saber, na procura de solução para as situações em análise, se estas são ainda abrangidas pelo âmbito de protecção do homicídio e das normas penais com ele relacionados (o que se analisa no ponto IV. 1) e, em última instância, se nas situações em análise está ou não em causa a tutela *imediata* do bem jurídico-penal vida humana (de outrem). Deste modo, pressuposta a relativa indisponibilidade criminal em consentir na lesão por outrem de alguns bens jurídicos – como a vida – somos remetidos para um segundo momento que consiste na análise concreta do tipo legal ou tipos legais de crime que estas situações convocam. Ao contrário das situações extremas atrás consideradas, não é possível resolver estes casos num primeiro momento onde se averigua do conflito entre o princípio da confiança e o princípio do risco e da supremacia absoluta de um deles sobre o outro. A força relativa de ambos os princípios exige um passo posterior concretizado na determinação do âmbito de protecção da norma incriminadora.

Num contexto em que apenas o portador tem conhecimento do seu estado de saúde as necessidades de confiança aumentam perante a inerente aceitação do risco. É a diferença significativa entre o conhecimento que cada um dos sujeitos tem sobre o risco situacional que faz aumentar a necessidade da tutela da confiança. O portador actua com

pode não ser controlado nem interrompido num estágio em que, pelo contrário, ainda o pode fazer quem se põe em perigo a si mesmo».

¹⁸ Quanto ao ordenamento jurídico-penal espanhol *vide* GÓMEZ RIVERO, Maria Carmen, *La Imputación...*, *op. cit.*, p. 183.

pleno conhecimento da sua condição, consciente que o risco assumido pelo seu parceiro assume é bastante mais elevado do que pensa. É este conhecimento superior que, segundo a análise de Maria Carmen Gómez Rivero, leva parte da doutrina a excluir, nestes casos, a auto-responsabilidade da vítima e a ver nela um mero instrumento fundamentando a responsabilidade do transmissor a partir do expediente da autoria mediata¹⁹.

Na generalidade dos casos, parece extremamente difícil que se possa qualificar aquele que não dispõe da totalidade da informação como um mero instrumento nas mãos do portador do vírus. Por duas ordens de razões. Em primeiro lugar, a instrumentalização pressuposta na autoria mediata pressupõe um total domínio da vontade do instrumento que confere ao homem de trás (autor mediato) o total domínio do acontecimento criminoso. Ora, esse total domínio da vontade, essencial à figura da autoria mediata, não existe nestes casos, desde logo porque o “instrumento” não-portador da doença, está ou deve estar consciente do risco inerente à sua conduta. O que imediatamente se liga com a segunda razão inerente ao contexto informacional que actualmente rodeia a transmissão do vírus que consequente generalizou e consciencializou o risco. Esta consciencialização do risco, embora não anule, faz regredir a necessidade de tutelar a confiança daquele que dele está consciente. Existe o risco de a outra pessoa estar infectada, risco que compreende a eventualidade da infecção, risco que é voluntariamente assumido. Deste modo, há um “erro”, não quanto à existência do risco, mas relativo à quantidade de risco. Procurar estender a protecção penal a estes casos corresponde a correr o risco de querer transformar o direito penal num meio de prevenção da transmissão do vírus VIH²⁰.

Até aqui considerámos hipóteses em que o infectado não adoptou precauções mas a mesma ideia parece ter lugar nos casos em que o infectado adopte medidas para evitar o contágio. O direito penal não deve perder de vista o seu carácter de *ultima ratio*. Um desses limites à intervenção penal é preconizado pelo risco permitido. E esta parece ser uma situação aí reconduzível²¹.

Todavia, a delimitação do risco proibido há-de resultar da análise das normas incriminadoras, e do respectivo âmbito de protecção. Trata-se de uma reflexão jurídica breve e funcionalizada ao quadro factual aqui pressuposto, a saber, se actuação do agente portador do vírus da sida que infecta outrem pode reconduzir-se a algum dos tipos legais previstos no Código Penal (CP).

¹⁹ Cf. *Ibidem*, p. 188. Seguem esta posição, segundo a autora, HERZOG / NESTLER-TREMEL e SCHÜNEMANN.

²⁰ Alguns autores admitem neste contexto a relevância de um erro na formação da vontade e, por esta via, uma eventual responsabilidade do infectado decorreria dos tipos legais que procuram tutelar a livre formação da vontade da vítima, mais concretamente através de uma interpretação extensiva dos tipos de crimes relativos à coacção. Neste sentido GÓMEZ RIVERO, Maria Carmen, *La Imputación...*, *op. cit.*, p. 190.

²¹ Neste sentido e de modo mais desenvolvido GÓMEZ RIVERO, Maria Carmen, *ibidem*, pp. 191 e ss.

IV. TRANSMISSÃO DO VIH NO CONTEXTO DA LEI PENAL PORTUGUESA

1. O tipo legal de homicídio (artigo 131.º do CP)

A tutela jurídico-penal da vida funda-se, em primeiro linha, no tipo de homicídio simples previsto e punido no artigo 131.º. É a partir deste tipo fundamental que a lei constrói os restantes tipos de crimes contra a vida, ora qualificando-o, ora privilegiando-o, ora especializando as formas de ataque ao bem jurídico ou o tipo subjectivo de ilícito e de culpa. O bem jurídico protegido é a vida humana, desde o seu início e até ao seu termo. O tipo objectivo de ilícito de homicídio realiza-se com a morte de outra pessoa, isto é, com o causar a morte de pessoa diferente do agente. Assim, “causar a morte” quer significar a necessidade de se estabelecer o indispensável nexo de imputação objectiva do resultado à conduta.

A doutrina da imputação objectiva introduziu algumas correcções práticas de forma a evitar determinadas soluções a que chegaríamos pela teoria da causalidade adequada. Em causa não está a determinação de uma relação causal (natural), mas antes a avaliação da imputação jurídica: “será juridicamente adequado imputar este resultado a esta conduta?” Esta doutrina parte da ideia fundamental de risco (todos nós, vivendo no mesmo mundo, somos obrigados a partilhá-lo) e mobiliza vários critérios no sentido de limitar as condutas que realizam um risco proibido. Um desses critérios corresponde à determinação do *âmbito de protecção da norma* cujo conteúdo reside na ideia de que o resultado jurídico-penalmente desvalioso não deve ser imputado a uma conduta geradora de um risco proibido quando a norma determinante de tal proibição não visa impedir a produção daquele resultado.

É certo que o tipo objectivo de ilícito do artigo 131.º se realiza com o causar a morte a pessoa diferente do agente. Todavia, embora se possa afirmar um contributo da doença contraída no resultado final morte, tal não é suficiente para que se possa imputar juridicamente aquele resultado àquela acção. E é assim tanto de uma perspectiva de causalidade adequada, uma vez que é hoje questionável, face aos avanços médicos e clínicos, se, segundo as regras da experiência médica, transmitir o vírus da sida é uma conduta adequada a causar a morte. Como de uma perspectiva assente no âmbito de protecção da norma incriminadora de homicídio. Na verdade, como refere Costa Andrade, a sida é um «processo longo e dinâmico», sendo que «entre o contágio e a doença podem

mediar mais de vinte anos»²². Deste modo, em nosso modo de ver, o risco criado pela conduta do portador da doença não é um dos riscos proibidos pelo núcleo de protecção da norma.

Deve ainda acrescentar-se que o artigo 131.º do CP, enquanto exemplo primário de um delito de lesão, restringe o seu âmbito de protecção às lesões do bem jurídico vida humana. O risco proibido assenta no risco de lesão deste bem jurídico. Deste modo, não se compadece com o mero perigo de lesão deste mesmo bem jurídico. Perigo esse pressuposto e tipificado pelo legislador através de outras incriminações que procuram antecipar a tutela da vida humana (v. g. ofensa à integridade física, a exposição ou abandono, a condução sobre o efeito de drogas ou álcool).

Por fim, no contexto da transmissão do VIH, a razão parece acompanhar aqueles autores que entendem que “encurtar a vida não é o mesmo que matar”. Se assim fosse alguns dos comportamentos considerados lesões à integridade seriam abarcados pelo artigo 131.º. O que contraria, desde logo, o sentido e a intenção da lei penal. Quem priva alguém de importante órgão ou lhe retira a capacidade de trabalho ou as capacidades intelectuais ofende a integridade física dessa pessoa, embora a sua esperança de vida possa, por vezes, ficar reduzida. Ora, o adiamento do resultado morte possibilitado pelos novos conhecimentos médicos permite «questionar se a probabilidade de morrer devido à doença (e não devido a outras circunstâncias) não estará realmente enfraquecida»²³.

Não se entenda do que se expôs uma defesa no sentido de o tipo legal de homicídio implicar um resultado morte imediato à conduta; é óbvio que não é assim. Esse seria todo um outro tema problemático que extravasa este estudo. Apenas se procurou sustentar que, nestas situações de transmissão do VIH, um posterior resultado morte não é reconduzível ao tipo legal de homicídio²⁴.

Coloca-se pois a questão de saber se o agente assumiu com a sua conduta algum risco proibido²⁵. Ora se considerarmos que o risco se resume a colocar em perigo e na consequente lesão da integridade física de outra pessoa, o risco proibido corresponde à

²² Cf. ANDRADE, Manuel da Costa, *Direito Penal Médico*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 13.

²³ Cf. PALMA, Maria Fernanda, «Transmissão da Sida e responsabilidade penal», in: *Colectâneas de Textos da Parte Especial do Direito Penal*, Lisboa: AAFDL, p. 56.

²⁴ Em sentido ligeiramente diferente FRISCH que, referindo-se concretamente à problemática da sida, considera que os delitos contra a vida não estão desenhados para aqueles resultados que eventualmente se realizam muitos anos depois da conduta do agente. O perigo que produzam anos mais tarde resultados mortais por causa do comportamento que conduziu ao contágio não é um perigo no sentido do tipo penal dos delitos contra a vida. Por outro lado, nem sequer será necessário recorrer a um argumento baseado na ideia de prevenção como faz SCHÜNEMANN, cf. nota 6 e texto correspondente.

²⁵ Mas também me parece que esta dificuldade se dissiparia se considerasse o âmbito de protecção da norma como uma decorrência da interpretação teleológica a que as normas estão sujeitas, incluindo as normas penais.

proibição típica da ofensa à integridade física. E ainda que se invoque que, dada a gravidade da doença, há um perigo para a vida daquele que é infectado, esse perigo é tipificado e absorvido pela qualificação prevista na alínea *d*) do artigo 144.º (ofensa à integridade física que causa um perigo à vida) e não na área de tutela típica do homicídio²⁶.

2. O tipo legal de ofensas à integridade física (artigos 143.º e 144.º do CP)

O crime de ofensas à integridade física simples constitui o tipo legal fundamental em matéria de crimes contra este bem jurídico-penal. O nosso legislador usa esta expressão “integridade física, preterindo a anterior designação de “ofensas corporais” utilizada no Código de 1886, assim como na versão originária do actual Código. Tal modificação deve-se a uma tentativa de aproximação ao bem jurídico tutelado (que não se resume à integridade corporal) e à procura de um maior rigor do texto legal. Contudo, a delimitação do conceito de integridade física tem suscitado algumas reflexões doutrinárias designadamente quanto à concretização do seu conteúdo, cuja amplitude excessiva poderá contender com a protecção dispensada a outros bens jurídicos. Porém, a doutrina tem entendido que devem ser referidas a este conteúdo certas consequências psíquicas associadas a lesões do corpo ou da saúde, bem como o abalo psicológico de certa gravidade²⁷.

É a partir daquele tipo legal fundamental que o legislador constrói uma série de outros tipos legais referentes ao mesmo bem jurídico: ofensas à integridade física grave (artigo 144.º); agravação pelo resultado (artigo 145.º); ofensas à integridade física qualificada (artigo 146.º); ofensas à integridade física privilegiada (artigo 147.º) e ofensa à integridade física negligente (artigo 148.º)²⁸.

No caso em estudo, deverá atender-se, em primeiro lugar, à distinção que a nossa lei efectua entre ofensas no corpo e ofensas na saúde. Embora a maior parte das vezes a coincidência entre estas duas modalidades de realização do tipo prevaleça, nem sempre será assim. Segundo Eser estamos perante dois círculos que se cruzam, embora mantendo a sua autonomia. Por *ofensa no corpo* poderá entender-se, como refere Paula Ribeiro de Faria,

²⁶ Também DIAS, Augusto Silva, «Responsabilidade criminal por transmissão...», *op. cit.*, p. 88, desenvolve diversos argumentos no sentido de excluir destas situações o tipo legal de homicídio.

²⁷ FARIA, Paula Ribeiro, «Artigo 143.º», *in*: Comentário *Conimbricense do Código Penal*, § 5, p. 204.

²⁸ Para um estudo desenvolvido e aprofundado, por todos, FARIA, Paula Ribeiro, «Artigo 143.º», *op. cit.*, p. 202 e ss; e SÁ, Fernando de Oliveira, «As ofensas corporais no Código Penal: uma perspectiva médico-legal. Autópsia de um workshop», *RPCC* 3 (1991), p. 49-443.

“todo o mau trato através do qual o agente é prejudicado no seu bem-estar físico de uma forma não insignificante”²⁹.

No âmbito deste trabalho importa sobretudo considerar o que deve entender-se por *ofensa à saúde*. Os significados atribuídos a “saúde” são diversos: saúde individual e saúde pública; saúde psicológica e saúde fisiológica, etc. Porém, deve considerar-se como lesão da saúde, em sede de ofensas à integridade física, “*toda a intervenção que ponha em causa o normal funcionamento das funções corporais da vítima prejudicando-a*”, ou seja, uma alteração funcional das capacidades orgânicas (embora a determinação do nexo de causalidade entre a ocorrência de um dado facto e a alteração da saúde psíquica seja mais difícil, esta não é excluída do alcance da definição anterior)³⁰. Deste modo, pode qualificar-se como lesão da saúde a criação de um estado de doença através de uma infecção, ou em particular do contágio de uma doença sexualmente transmissível, como é o caso da transmissão do VIH.

No contexto deste trabalho merece especial atenção o disposto no artigo 144.º do CP, de modo a determinar se se verifica alguma circunstância que agrave a ofensa à integridade física. A alínea *a)* deste preceito refere-se à produção de lesões graves no corpo. Da alínea *b)* da mesma disposição constam lesões funcionais que podem não ser visíveis. Estão em causa ofensas que afectam de forma grave e permanente as funções ali especificadas. Na alínea *c)* da mesma norma estão tipificadas como lesões graves para a saúde doenças dolorosas ou permanentes e anomalias psíquicas incuráveis em alternativa a graves. O legislador atendeu de modo especial à *duração* dos efeitos nocivos sobre a saúde e à impossibilidade de os evitar. A alínea *d)*, autonomizada pela reforma ao Código de 1995, alude ao perigo para a vida do ofendido.

A relevância desta última alínea para os casos de transmissão do VIH advém imediatamente do carácter perigoso e grave reconhecido à doença, dada a actual impossibilidade de cura. Poderia colocar-se a questão de saber se o legislador penal exige para o preenchimento do tipo agravado um perigo concreto ou se é suficiente a ocorrência de um perigo abstracto. A doutrina tem entendido que atendendo à finalidade de protecção do bem jurídico que o tipo pretende desempenhar, deve exigir-se a verificação *em concreto* de um perigo para a vida para que possa ser desencadeada a punição prevista no artigo 144.º, sob pena de se considerar suficiente para o preenchimento típico uma mera possibilidade de perigo³¹.

²⁹ *Ibidem*, p. 205

³⁰ Sobre a interessante discussão em torno da existência ou não de um dever de se curar, PUCCINELLI, Oscar R., *Derechos Humanos y SIDA*, Buenos Aires: Depalma, 1995, p. 287.

³¹ Neste sentido, na nossa doutrina, FARIA, Paula Ribeiro, «Artigo 144.º», *op. cit.*, p. 231-232. Também DIAS, Augusto Silva, «Responsabilidade criminal por transmissão...», *op. cit.*, p. 96.

A questão que no âmbito deste trabalho se suscita é a de saber se haverá um perigo concreto para a vida humana nos casos de transmissão do VIH por via sexual. É certo que os avanços da medicina no tratamento da doença têm alargado bastante a esperança de vida do portador do VIH. Mas será tal suficiente para excluir a existência de um perigo concreto para a vida?

O bem jurídico vida humana é especialmente propiciador a discussões quando se procura concretizar os seus limites. Ora, a vida humana não é só extensão, duração, percurso interrompido pela morte, mas contém em si um devir crescente, denso e axiológico. Ambos os aspectos são abalados. Na verdade, há alguma incongruência em reconhecer que a infecção com o VIH afecta a saúde do paciente mas não põe, actualmente, em perigo (concreto) a vida humana. Por um lado, uma infecção não representa um perigo mas antes uma verdadeira lesão na saúde da pessoa. Por outro lado, pese embora o indiscutível avanço da medicina conseguido nesta matéria, a eminência da morte está presente, ainda que ela venha a ocorrer após um largo lapso temporal, na medida em que o sistema imunitário é enfraquecido, expondo-se o doente a perigos graves para a sua pessoa. Na verdade, a eventual interrupção do nexo de causalidade não constitui por si só um argumento plausível (é óbvio que se colocam aqui as dificuldades presentes no domínio da imputação dos resultados tardios). Outrossim, a interrupção da causalidade pode igualmente acontecer quando o resultado seja quase imediato à acção (por exemplo, se A dispara contra B provocando-lhe um ferimento susceptível de lhe causar a morte mas quem desfere o último golpe e mata B é C, seu inimigo de longa data). Assim, a eventual interrupção do nexo de causalidade (aliás mais provável nos crimes em que o resultado não é imediato) não parece ser suficiente para excluir a existência de um *perigo* concreto para o bem jurídico vida humana de acordo com as circunstâncias do caso³².

Não obstante, deve reconhecer-se que o lapso temporal existente entre o contágio e a manifestação da doença – sida –, de onde resulta o concreto perigo para a vida humana, tem vindo a ser alargado nos últimos anos pelos avanços da medicina, o que confere uma cada vez maior dificuldade em afirmar que a transmissão do VIH coloca em perigo concreto a vida. Todavia, julgamos que do estágio actual da ciência médica relativo à

³² Em sentido contrário Dias, Augusto Silva, «Responsabilidade criminal por transmissão...», *op. cit.*, pp. 95 e ss. Este autor rejeita também a agravação por via da alínea c) do artigo 144.º por considerar que a existência de uma doença permanente só acontece quando o vírus degenera na doença sida, o que pode implicar uma considerável dilação temporal que dificulta a prova da relação de causalidade entre o contágio e a manifestação da doença.

doença não pode, ainda hoje, deixar de derivar um concreto perigo para vida daquele que é infectado.

As dificuldades também se manifestam ao nível da prova da relação causal, ou seja, da possibilidade de relacionar as manifestações patológicas decorrentes da infecção com o VIH com um acto de transmissão ou de contágio determinado³³. Embora haja autores que se refiram àquela prova como dificilmente exequível, o certo é que alguns autores se têm referido à possibilidade de demonstrar concretamente e com precisão, através da análise das estirpes virais, de quem provém a infecção³⁴. Deste modo, do ponto de vista do tipo objectivo de ilícito será possível determinar o acto de contágio do qual resultou a lesão da integridade física.

Em nota conclusiva, do ponto de vista da tipicidade objectiva a conduta de transmissão do VIH é abrangida pelo tipo legal de ofensas à integridade física. Maiores dúvidas e dificuldades se colocam quanto à existência de um concreto perigo para a vida daquele que, em consequência daquele acto de transmissão, é infectado com o VIH. Todavia, apesar de todos os avanços médicos traduzidos em diferir as consequências mais graves da doença sida, dificilmente se poderá excluir este caso de uma concreta situação de perigo para a vida.

Contudo, deve ainda acrescentar-se, meramente a título de excursão, que o preenchimento do tipo de ilícito objectivo é por si só insuficiente para imputar qualquer responsabilidade criminal ao agente. Para que se possa afirmar uma actuação dolosa é desde logo necessário que o agente actue com o conhecimento e vontade de realização do tipo objectivo. Quer o dolo, quer a negligência enquanto violação de um dever objectivo de cuidado³⁵, são elementos constitutivos do ilícito de verificação necessária à responsabilidade criminal³⁶.

3. Propagação de doença – artigo 283.º do CP

³³ Sublinhando estas dificuldades, embora sem excluir o recurso às ofensas corporais perigosas, PALMA, Maria Fernanda, «Transmissão da Sida...», *op. cit.*, p. 67.

³⁴ Cf. PUNICINELLI, Oscar Raul., *op.cit.*, p. 429.

³⁵ O dever objectivo de cuidado pode decorrer de preceitos normativos que visam limitar ou diminuir os riscos próprios de certas actividades ou das particulares circunstâncias do caso concreto. Também no contexto da transmissão do VIH se revelam algumas dificuldades quanto à determinação de um dever objectivo de cuidado. Porém, será possível descortinar o dever de tomar precauções para evitar a produção do resultado e, embora mais discutível por pôr em causa a intimidade do portador, o dever de informar a outra pessoa sobre o estado de portador do vírus. Esta é uma situação de conflito e consequentemente complexa, desde logo porque põe em causa a esfera íntima de duas pessoas. Mas a existência daquele dever parece impor-se desde logo nos casos em que exista uma relação de confiança.

³⁶ Sobre estes elementos subjectivos *vide* DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, op. cit.*, Cap.13 e 35.

O artigo 283.º do CP reúne no seu corpo normativo três tipos legais, anteriormente autonomizados (crime de propagação de doença contagiosa, crime de alteração de análises e crime de alteração de receituário), relacionados entre si pela criação de um perigo para a vida ou de um perigo grave para a integridade física de outrem. Para o âmbito deste trabalho apenas interessa considerar o conteúdo normativo da alínea *a*) deste preceito que se refere àquele que “propagar doença contagiosa”. Todavia, o aplicador da lei depara-se com graves dificuldades no processo interpretativo da norma perante a hipótese da sua aplicação a casos de transmissão do vírus da sida por via de relacionamento sexual.

Desde logo é discutível que este preceito abranja as situações típicas de contágio. No seu conteúdo normativo este preceito pretendeu abranger a difusão ou propagação de doenças contagiosas, isto é a propagação de vírus ou germes patogénicos que possa pôr em perigo a vida e em perigo grave a integridade física das pessoas que pertencem a uma determinada colectividade. O elemento típico propagar é detentor de um sentido expansivo da doença. Deste modo, situam-se fora do âmbito do presente crime “a eventual transmissão do vírus a uma concreta pessoa, não havendo, de antemão, possibilidade de posterior transmissão”³⁷. Como sublinha Damião da Cunha, este aspecto tem sobretudo relevância no caso de transmissão do vírus da sida por via de relacionamento sexual. Neste caso, entende este autor, se a transmissão do vírus ocorrer no âmbito de uma relação estável e baseada numa legítima confiança, não se pode falar em acto de propagação, pelo que não estará preenchido o tipo legal de crime. Se a transmissão ocorrer no contexto de uma relação ocasional ou num contexto em que haja possibilidade de posterior transmissão do vírus, então, segundo o autor, já se poderá equacionar a propagação e o preenchimento deste crime³⁸.

Já Augusto Silva Dias³⁹ considera que fora do âmbito normativo estariam todas as situações de contágio que têm lugar no contexto de contactos sociais directos ou cara a cara, em que a vítima é uma pessoa determinada. O alcance limitado desta norma compreende-se se se atender à projecção colectiva do bem jurídico que, embora de matriz individual (a vida ou a integridade física), tem um carácter pluri-individual, sendo o seu titular um sujeito indiferenciado. Segundo este autor, a contaminação do namorado ou do cônjuge com VIH escapa «à “ratio” dos crimes de perigo comum e são mais

³⁷ Cf. CUNHA, J. M. Damião da, «Artigo 283.º», *Comentário Conimbricense do Código Penal*, 1999, p. 1011.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ Cf. «Responsabilidade criminal por transmissão...», *op. cit.*, p. 97.

adequadamente resolvidas através de tipos que tutelam bens jurídicos individuais de titularidade determinada»⁴⁰.

Na verdade, deverá questionar-se se o objecto imediato de tutela desta norma é ainda um bem jurídico-individual, ou, diferentemente, se trata de um bem jurídico transindividual ou colectivo⁴¹, concretizado na saúde pública. Neste sentido, para que haja realização típica, concebe-se a pessoa concreta cuja vida ou integridade é posta em perigo, como representante da comunidade. Esta é a autêntica titular do bem jurídico colectivo – a saúde pública –, bem este que é lesado com a colocação em perigo de uma concreta vida ou integridade física. Por sua vez, a vida e a integridade física, enquanto bens jurídicos individuais, seriam mediatamente protegidos através da protecção imediata da saúde pública. Com efeito, é a protecção da saúde pública perante a propagação de uma doença contagiosa que justifica que se antecipe a tutela para o momento em que a vida ou a integridade física de alguém é posta em perigo, sem que se aguarde pela sua efectiva lesão. A protecção deste autónomo bem “saúde pública” confere, deste modo, uma ilicitude agravada às condutas típicas que justificaria a intervenção do direito penal ainda antes de qualquer lesão da integridade física ou vida, enquanto bens jurídicos individuais⁴². Ora, também do ponto de vista do seu objecto de protecção, não faz parte da intencionalidade primeira da norma prevista no artigo 283.º do CP a punição da transmissão por via sexual do vírus da sida, quer em contexto ocasional quer no contexto de um relacionamento estável. Desta forma, em nosso modo de ver, só com algum esforço interpretativo se poderá integrar este comportamento no âmbito de protecção daquela norma.

V. CONCLUSÃO

O direito penal não escapa ao complexo conjunto de questões associadas à sida. Todavia, procurou-se analisar a relevância criminal da conduta realizada por alguém que, sendo portador do VIH, transmite o vírus por via sexual a outra pessoa. O primeiro degrau da relevância criminal de um comportamento reconduz-se à sua tipicidade legal. Cumprindo o princípio *nullum crimen sine lege*, segundo o qual não há crime sem lei anterior que preveja tal comportamento, procurou-se analisar os tipos legais a que tal conduta

⁴⁰ *Ibidem*, p. 84.

⁴¹ Sobre a categoria dos bens jurídicos colectivos *vide*, por todos e com mais referências, DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 148.

⁴² Neste sentido, SOUSA, Susana Aires, «Medicamentos e responsabilidade criminal: problemas jurídico-criminais suscitados a partir de uma análise casuística», *Lex Medicinæ* 9 (2008), p. 92-93.

poderia ser reconduzida. Com este objectivo considerou-se os tipos legais de homicídio, ofensa à integridade física e propagação de doença contagiosa.

Há ainda que ter presente a possibilidade de a própria tipicidade poder ser excluída nalguns casos. Em nosso modo de ver, é necessário atender, em primeiro lugar, às particularidades do contexto em que se dá aquele contágio. Será assim quando a transmissão do VIH aconteça no âmbito de relações ou contextos de risco. Ainda aqui faz sentido estabelecer uma distinção entre situações em que ambos os intervenientes na relação têm conhecimento do perigo de transmissão do vírus através da relação sexual e casos em que um dos intervenientes na relação tem um conhecimento superior na medida em que sabe que é portador e nada revela. Nas primeiras o não portador conhece o estado de infectado da outra pessoa e assente na relação sexual, o que faz pender a balança para o lado da auto-colocação em perigo que conduziria a excluir, afirmada a possibilidade de se auto-dispor responsabilmente do bem jurídico em causa, a responsabilidade criminal. Todavia, essa disponibilidade é limitada legalmente se se considerar que em causa está a vida de outrem, e que o tipo legal em causa nestas situações é o tipo legal de homicídio, uma vez que a lei penal pune actos de auxílio ao suicídio. Todavia, em nosso modo de ver e como se procurou demonstrar, estas situações não podem ser reconduzidas ao tipo legal de homicídio.

De modo diferente se passam as coisas quando exista uma relação estável entre os intervenientes que permita criar em um deles a confiança na condição de não portador do vírus do outro. O princípio da confiança parece afastar o princípio do risco, e consequentemente afirmar a tipicidade da conduta.

Coloca-se então a questão de saber qual o tipo objectivo de ilícito preenchido por aquela conduta. Da análise realizada, concluiu-se pela realização de uma ofensa à integridade física. Afastou-se a realização do tipo legal de homicídio por se entender que âmbito da norma prevista no artigo 131.º do CP não abrange as condutas através das quais se transmite o VIH por via sexual. Do mesmo modo, foram sublinhadas as dificuldades em considerar que aquele comportamento corresponde à intencionalidade e sentido do crime de propagação de doença contagiosa previsto no artigo 283.º do CP.

Por conseguinte, o contágio do VIH corresponde ao tipo objectivo de ilícito previsto no artigo 143.º do CP. Todavia, deve questionar-se se, perante a gravidade que a

sida comporta e a impossibilidade de ser curada, a transmissão do seu vírus não representa um perigo concreto para a vida humana. Uma resposta afirmativa – que em face dos actuais conhecimentos médicos, se apresenta como a mais provável – corresponde a considerar que esta ofensa à integridade física é agravada nos termos da alínea *d)* do artigo 144.º.

Deve ainda acrescentar-se que a realização do tipo objectivo de ilícito é apenas o primeiro passo na afirmação de uma eventual responsabilidade criminal, que somente teria lugar após a comprovação do elemento subjectivo, ao nível do ilícito e da culpa, e da punibilidade⁴³.

⁴³ As dificuldades em afirmar a tipicidade da conduta conduziram um grupo de autores espanhóis e alemães a apresentar uma proposta de incriminação capaz de atender às especificidades destas situações, nos termos da qual, «quem expuser outrem sem o seu consentimento ao perigo de infecção do vírus de imunodeficiência humana conhecendo o risco existente e representando-o como possível, será punido com pena de prisão menor no seu limite médio e máximo (...), cf., com a proposta integral, *Problemas Jurídico Penales del Sida* (org. Santiago Mir Puig), *op. cit.*, p. 175.