

DOCTRINA INTERNACIONAL

RESPONSABILIDADE MÉDICO-SANITÁRIA E AIDS (SEGUNDA PARTE)

CARLOS MARIA ROMEO CASABONA

Catedrático de Direito Penal da Universidade de La Laguna

III - PREVENÇÃO MÉDICO-SANITÁRIA DA TRANSMISSÃO DA AIDS. 1. Medidas preventivas gerais — 2. Medidas especiais. 2.1 Utilização de substâncias orgânicas humanas — 2.1.1 Transfusões de sangue — 2.1.2 Extração e transplante de órgãos — 2.1.3 Doação de sêmen — 2.1.4 Aspectos comuns — 2.1.5 Responsabilidade penal — 2.2 Prevenção da transmissão à descendência — 2.2.1 Esterilização — 2.2.2 Aborto — 2.3 Paciente ou doador com indícios de estar contagiado — 2.3.1 Realização obrigatória dos testes para detecção de anticorpos do vírus relacionado com a Aids? — 2.3.2 Responsabilidade pela emissão de um diagnóstico equivocado — 2.3.3 Dever de informar sobre os resultados das provas — 2.4 Entrega de seringas e outros materiais de assepsia e prevenção — 2.5 Responsabilidade do paciente ou doador portadores de anticorpos — 2.5.1 O delito de propagação maliciosa de doenças transmissíveis às pessoas — 2.5.2 Delitos de lesões corporais — 2.5.3 Delito de homicídio — 2.5.4 Configuração do dolo e relevância do risco permitido e do consentimento da vítima — IV - DEVER DE CONFIDÊNCIA EM RELAÇÃO AO PACIENTE E AO DOADOR. 1. Proteção da intimidade do paciente e do doador — 2. Exceções ao dever de confidência.

III — Prevenção médico-sanitária da transmissão da Aids

Na atualidade os cientistas e expertos em epidemiologia e saúde pública são da opinião de que o melhor procedimento para combater a Aids é reduzir sua propagação, propondo para isso medidas preventivas de diversos tipos. Neste sentido, em nosso país, tem se tomado decisões e medidas por parte do Ministério de Sanidade e Consumo, a Comissão Nacional de Coordenação e Seguimento de Programas sobre a Aids, as Comunidades Autônomas e outras instituições públicas e privadas; estas últimas (p.ex., os Comitês Cidadãos anti-Aids)²⁵ tem demonstrado sua capacidade impulsora e de sensibilização à sociedade e às instituições. Nós vamos ocupar-nos daquelas que afetam de forma direta aos

profissionais da sanidade e de outras que devem adotar eles mesmos de acordo com a *lex artis*.

1. Medidas preventivas gerais

Em geral devem tomar-se todas as precauções adequadas de assepsia, higiene e prevenção já previstas para os tratamentos de doenças contagiosas com riscos de transmissão tanto para o pessoal sanitário e para-sanitário²⁶ como para os demais pacientes que estejam sendo objeto de tratamento de outras enfermidades não contagiosas. Dado as características da Aids e as vias de transmissão hoje conhecidas, estas medidas devem extremar-se (ou limitar-se) naquelas práticas que podem estar em contato com fluídos orgânicos do paciente afectado: cirurgia, partos, estomatologia e ortodon-

tia, laboratórios, extrações de sangue etc. Com tal objetivo já se tem ditado algumas disposições pelas Comunidades Autônomas. Por outro lado, as autoridades sanitárias (ou o diretor do centro, se é privado), têm a obrigação de fornecer todos os meios necessários para garantir que os profissionais sanitários realizem seu trabalho em condições de segurança frente aos possíveis riscos de contaminação, e estes o direito de exigi-lo, de forma que possam reclamar as indenizações em caso de chegar a ocorrer e que se lhes reconheça como acidente de trabalho. Também lhes assiste o direito de conhecer a condição do paciente portador de anticorpos ao qual, de um modo ou de outro, têm de prestar seus serviços na medida em que comportem um risco imediato, com o objetivo de que possam tomar as medidas indicadas. Deste direito decorre a obrigação de pôr em conhecimento de quem participe no tratamento os resultados do diagnóstico positivo relativo ao paciente, sem prejuízo do dever de confidência que lhes corresponde a todos por igual, qualquer que seja sua categoria profissional; e também a obrigação do paciente de comunicar sua condição de portador de anticorpos, da que é conhecedor com anterioridade ao início da assistência médica, se aquela é desconhecida para o profissional e carrega riscos na realização do tratamento, à vista da natureza do mesmo (p.ex., uma intervenção cirúrgica ou o curativo de uma ferida em urgências), posto que dita omissão unida a sua posição de garante (originada por ser fonte de perigo para a saúde do médico) e o resultado do contágio, poderia dar lugar também a responsabilidade penal em alguma das modalidades que analisaremos mais à frente.

Uma aplicação dirigente das medidas preventivas que correspondam deveria eliminar qualquer possibilidade de contágio a si mesmo ou a outro paciente ou a um colega profissional, o que permite

pensar em descartar ou reduzir ao máximo as hipóteses acidentais ou fortuitos de transmissão, que se ocorrerem, não seriam puníveis (arts. 1.1 e 6, *b* CP). Por conseguinte, o mais freqüente será que o contágio se tenha produzido por uma inadequada, insuficiente ou carência absoluta de adoção das medidas preventivas que estejam indicadas em cada caso. Tais comportamentos e resultados nos movem no âmbito da imprudência. Sem embargo, para sua melhor qualificação jurídico-penal devemos distinguir as hipóteses nas quais o contagiado tem manifestada tão somente a soropositividade daqueles nos que a doença (ou o complexo de enfermidades relacionadas com a Aids) já se há manifestado.

A aparição da soropositividade no paciente ou num colega contagiado nos plantea a primeira interrogante no sentido de se poderá entender-se já como equivalente à produção de uma lesão corporal, posto que aquela não supõe ainda a doença em si mesma nem manifestações externas patológicas, nem sequer se pode predir no momento atual se a pessoa soropositivada evoluirá ou não à doença. Todavia, entendo que a mera soropositividade já constitui uma lesão corporal,²⁷ posto que é evidente o prejuízo para a saúde (física e psíquica) do afectado (art. 420.1 CP) por tempo indefinido, ademais de requerer um controle médico prolongado e também indefinido de sua evolução para prevenir a possibilidade de contrair a doença, impõe restrições em sua forma de vida — posto que ele por sua vez se há convertido em agente transmissor de anticorpos ou da doença, mesmo que ele próprio não chegue a padecê-la —, como a limitação para manter relações sexuais e para ter descendência, somado ao previsível forte impacto psicológico (depressão e ansiedade) que haverá de acompanhar seu desconhecimento ante a incerteza e temor de desenvolver ou não a doença da Aids; portanto pode qualificar-se a aquisição da

soropositividade já como uma doença crônica.²⁸ Por conseguinte, concorre o tipo objetivo das lesões corporais do art. 420.1 ou 2, segundo o caso.²⁹ Em virtude do comportamento imprudente realizado existirá um delito de imprudência temerária (art. 565.1 CP; p.ex., se não adotou o médico nenhum tipo de medida preventiva tendo tratado outros pacientes contagiados) ou uma falta de imprudência simples (art. 586), pois ao ser delito o fato objetivo (lesões corporais, art. 420 CP) seria punível; não o seria se o fato, de ter sido cometido dolosamente houvesse constituído uma falta de lesões corporais (art. 582 CP), mas como tenho manifestado acima, não seria correta tal qualificação pois a falta dolosa requer tão somente uma primeira assistência facultativa; por sua vez poderá ser imprudência simples com ou sem infração de regulamentos (p.ex., segundo se tenham infringido ou não as disposições existentes a respeito, ou do próprio hospital ou centro, ou das autoridades sanitárias), o que é relevante para determinar a pena aplicável do art. 586. Para que exista uma infração penal culposa é preciso que se tenha incorrido na inobservância dos deveres objetivos de cuidado (de forma grave ou leve, o que permitirá qualificar a imprudência como temerária ou simples), que tenha ocorrido um resultado de lesão para a saúde ou vida do paciente, que aquela inobservância seja a causa do resultado, e que este se tenha produzido precisamente como consequência daquela, da conduta do autor, ademais de que a norma lesionada vise a evitar o resultado efetivamente produzido. Tenha-se em conta que para a valoração do fato não é preciso esperar a prova de que o contagiado desenvolve ou não a doença, senão que basta com a determinação da gravidade da conduta imprudente e da soropositividade (se bem que o resultado tem interesse para estabelecer as limitações da pena que prevê o art. 565.4 CP em caso de imprudência temerária, pois

a pena do delito culposos não pode ser nunca igual ou superior à do delito doloso correspondente). A qualificação da imprudência como temerária ou simples tem sua importância, ademais da diferença da pena estabelecida para o fato segundo se trate de delito ou falta, posto que se a pena é de prisão menor (prevista para a imprudência temerária), se deverá aplicar, junto àquela, as penas acessórias correspondentes, que comportam, entre outras, e se assim o determina de forma expressa o juiz em sua sentença, a suspensão da profissão ou ofício durante o tempo da condenação (arts. 42.2 e 47 CP), ainda que a pena de privativa de liberdade não chegue a cumprir-se por aplicação da suspensão condicional da pena por parte do juiz.

Se o paciente há desenvolvido a doença, a qualificação jurídico-penal por imprudência se regerá pelos mesmos critérios. Um problema particular se plantearia se o aidético falecesse em consequência da doença antes do fim do processo, pois ainda que se possa qualificar como homicídio por imprudência (temerária ou simples), é preciso determinar até que momento deve ter-se em conta a evolução da doença: até a vista oral, a retificação das qualificações ou a qualificação final. Sobre o critério aplicável nesta particular, voltarei depois.

A transmissão da doença pode ser direta do profissional quando este a padece ou é portador de anticorpos (contraídos, p.ex., por ocasião do próprio exercício da profissão). Se conhece sua situação isto não significa que o profissional que apresente tais sintomas deve abster-se da prática profissional que vinha exercendo com anterioridade, nem sequer das especialidades com maior risco de exposição ao vírus (portanto, e neste caso, não só de contagiar-se ou contagiar terceiros por meio do instrumental etc., senão de transmitir ele sua própria enfermidade), pois sendo muito concretas as vias de transmis-

são bastará com extremar as medidas de prevenção e assepsia estabelecidas (diferentemente do que poderia ocorrer se a transmissão fosse possível por outras vias menos controláveis, p.ex., aérea).³⁰ Portanto, se o contágio ocorrer seria por não ter adotado medidas oportunas, em cujo caso facilmente haveria imprudência temerária; inclusive em relação àquelas atividades médicas de maior risco quando não se houver tomado medida alguma haveria que plantear a séria possibilidade de dolo eventual — que modificaria a qualificação do delito para um doloso de lesões corporais ou de homicídio —, ou a menos de culpa consciente. Não conhecendo o profissional sua própria infecção, somente quando não aplicasse as medidas gerais de prevenção estabelecidas para intervenções de risco poderia discutir-se sua responsabilidade por imprudência e o grau desta.

Quanto à responsabilidade civil vinculada aos delitos referidos, parece acertado condicionar a quantia da indenização à evolução da doença, de modo que deveria prever-se pelo tribunal um aumento de referida indenização se o portador passasse a desenvolver as patologias relacionadas à Aids após o processo penal.³¹

2. Medidas especiais

Sendo conhecidas e limitadas as vias de transmissão da Aids e sendo que uma delas é a utilização de substâncias orgânicas humanas, as autoridades sanitárias tem ditado diversas disposições relativas às mesmas que pretendem descartar a presença do vírus antes de sua introdução no corpo dos pacientes que as necessitem. Por outro lado, ao poder-se transmitir também à descendência cabe a possibilidade de tomar medidas para evitá-la.

2.1 Utilização de substâncias orgânicas humanas

As medidas de prevenção na utilização de substâncias ou componentes orgânicos dizem respeito ao sangue, aos órgãos e tecidos para transplante e ao sêmen para as técnicas de reprodução assistida. Embora as medidas em relação com este último componente estejam também dirigidas a evitar que a descendência nascida com sêmen de doador possa vir a padecer a doença, pelas suas características técnicas e implicações jurídicas mais próximas com as outras substâncias ou elementos humanos, as abordaremos conjuntamente com estas.

2.1.1 Transfusões de sangue

Como é sabido, se trata de uma questão particularmente vinculada aos serviços de Hematologia. A responsabilidade do Hematólogo e, em geral, do Serviço de Hematologia, se centra em proporcionar componentes do sangue compatíveis com o grupo sanguíneo do receptor e que não estejam deteriorados ou contaminados. Neste sentido, os riscos de contágio do vírus vinculado à Aids não representam, do ponto de vista jurídico, particularidade destacável em relação aos problemas que apresentam outras enfermidades contagiosas. O resto (a transfusão em si mesma) recai sobre o médico e o pessoal sanitário responsáveis pelo tratamento do paciente ou de vigiar especificamente o bom curso da transfusão.³²

A normativa vigente sobre hemodoadção contém previsões gerais com o fim de evitar a colheita de sangue que possa transmitir aos receptores enfermidades contagiosas (hepatites, sífilis) padecidas pelo doador.³³ Face à gravidade da Aids e ao fato de que as transfusões de sangue foram uma das vias significativas de sua transmissão (em particular os hemofílicos, que precisam de periódicas recepções do fator VIII, assim como os submetidos a intervenções cirúrgicas

maiores), se comprovou que as medidas preventivas de caráter geral previstas na normativa citada sobre hemodoadção eram insuficientes para descartar as doações de sangue contaminado pelo vírus vinculado à Aids e que o sangue importado tampouco oferecia garantias suficientes a esse respeito. Por este motivo se ditaram algumas disposições específicas através do Ministério de Sanidade e Consumo que impunham a obrigatoriedade da detecção de anticorpos do vírus associado à síndrome da imunodeficiência adquirida pelas indústrias fracionadoras do plasma e os fabricantes e importadores de hemoderivados.³⁴ Um pouco mais tarde se impôs a obrigação de realizar de forma sistemática provas de detecção de marcadores de HIV — entre elas ao menos a prova de detecção dos anticorpos anti-HIV — em todas as unidades de sangue ou plasma recém-extraídos, mediante determinadas técnicas.³⁵

Por sua vez, algumas Comunidades Autônomas, no uso de suas atribuições em matéria de sanidade, ditaram disposições em seu âmbito territorial respectivo impondo a obrigatoriedade da realização de provas de detecção de anticorpos do vírus associado à Aids nos Bancos de Sangue,³⁶ algumas destas disposições eram anteriores à OM de semelhante finalidade emitida pelo Ministério de Sanidade e Consumo.

Todas as disposições assinalam o dever de cuidado que deve observar-se na prática de extrações e transfusões de hemoderivados. De qualquer forma, é interessante averiguar o que ocorreria se num regulamento atualmente vigente (p.ex., algumas das disposições do Ministério de Sanidade e Consumo ou das Comunidades Autônomas citadas) se estabelecessem determinadas provas obrigatórias para descartar a presença do vírus da Aids que tenham sido superadas pelo nível científico adquirido ao respeito: o dever de cuidado imporia nesta

situação a obrigação de não ater-se ao regulamento, embora para evitar o risco de incorrer numa infração administrativa, pareceria aconselhável realizar as provas regulamentares ademais das reconhecidas pela especialidade como mais eficazes e confiáveis. Tudo isso sem prejuízo da obrigação e responsabilidade que recai sobre as administrações sanitárias de atualizar a normativa ditada por elas que contempla fundamentalmente aspectos técnicos suscetíveis de tornar-se defasados por seu aperfeiçoamento graças aos descobrimentos científicos.

Outra questão distinta se apresenta quando o paciente necessita sangue fresco (normalmente na atualidade só em situações excepcionais de urgência), pois nesta eventualidade resulta impossível eliminar por completo o risco de utilizar sangue contaminado pelo vírus requerer um período de incubação de quatro a seis semanas, segundo apontam os especialistas (vale dizer, o doador pode tê-lo contraído recentemente sem que tenham manifestado ainda anticorpos em seu sangue durante esse período de “janela”). Qual será o dever de cuidado nesses casos? Além de realizar as provas habituais para descartar a presença de anticorpos ou outros elementos que ajudem a detectá-lo, o dever de cuidado se dirigirá a uma escrupulosa seleção do doador (mediante explorações, interrogatórios do mesmo etc., segundo estabelece a OM 1985, ponto 5), descartando os que apresentem qualquer sintoma de risco. Se efetivamente não existe outro procedimento de averiguação, um eventual contágio do paciente receptor não daria lugar a responsabilidade penal (nem civil) do profissional, pois em tal caso se cumpriu com os deveres de cuidados exigíveis.

2.1.2 Extração e transplante de órgãos

Medidas preventivas semelhantes se tem adotado em relação à obtenção, extração,

enxerto ou implantação de órgãos e tecidos humanos (incluídos expressamente medula, córnea, ossos, pele, vasos e cabelos) que se realizarão tanto ao doador quanto ao receptor,³⁷ ainda que não se especifique com que finalidade deve realizar-se a este, se como causa de contra-indicação do transplante ou para tomar as medidas adequadas pelo pessoal sanitário antes de realizar a operação de transplante. Em qualquer caso, parece uma questão a decidir-se exclusivamente com critérios clínicos pelo médico em cada caso concreto, levando em consideração a situação e prognóstico do receptor de ser submetido à intervenção, contando com seu parecer.

2.1.3 Doação de sêmen

Também são obrigatórias as provas na obtenção e recepção de sêmen,³⁸ tanto para prevenir que a doença seja transmitida ao filho como à mãe. A receptora será igualmente submetida às provas, cuja explicação se encontra em evitar que ela mesma através destas técnicas de reprodução assistida seja transmissora da doença a seu futuro filho, o que supõe a realização de um diagnóstico ante-natal (preconcepcivo) obrigatório; ainda que para esta hipótese se estabeleça tão somente a reconsideração da continuação da intervenção médica. Por outro lado, a Lei 35/1988, de 22 de novembro, sobre Técnicas de Reprodução Assistida, veio exigir em caráter geral que ditas técnicas se realizarão somente quando não pressuponham um grave risco para a saúde da mãe ou a possível descendência, que aquela haverá de gozar de um bom estado de saúde psicofísica (art. 2.1) e que o doador deverá ser submetido a um protocolo obrigatório, com a afirmação de que não padeça de enfermidades genéticas, hereditárias ou infecciosas-transmissíveis (art. 5.6).

2.1.4 Aspectos comuns

Em todas as disposições que limitam o uso das mencionadas substâncias e elementos humanos se estabelecem prescrições semelhantes: na detecção e prevenção do vírus, sistemáticas e métodos de realização das provas; os reativos específicos que se utilizem para realizar estas provas terão de contar com licença sanitária em vigor da Direção de Farmácia e Produtos Sanitários; em que não se utilize o produto contaminado e seja destruído, salvo se puder ser utilizado para estudos, análise e investigação; em deixar constância e certificação do processo seguido, inclusive em relação ao receptor das substâncias; e em respeitar a confidência dos afectados. E como assinalava antes os procedimentos e métodos que estipulam essas disposições ou aos que se reportam indicam o dever de cuidado que deve observar-se na prática das atividades mencionadas em relação com ditas substâncias ou produtos orgânicos humanos, sem prejuízo das peculiaridades oportunas que se tem destacado.

2.1.5 Responsabilidade penal

A responsabilidade penal em que se poderia incorrer por uma inadequada realização das provas de detecção mencionadas, ou por sua não realização em absoluto, quando o produto em questão é aplicado depois a um paciente, incumbe geralmente aos centros ou serviços encarregados da obtenção de tais substâncias ou elementos orgânicos ou de realizar referidas provas, porém não, em princípio, aos médicos que as deverão usar com posterioridade em seus pacientes, salvo se têm elementos racionais suficientes para suspeitar da irregularidade cometida por aqueles. Isto se deve a que em matéria de responsabilidade penal rege o "princípio da confiança", segundo o qual cada pessoa que participa numa

relação social determinada pode confiar que os demais participantes se comportarão conforme os deveres e cuidados necessários, sempre que ele por sua vez atue corretamente e as circunstâncias concretas não lhe imponham outro comportamento. Tem grande importância no trabalho conjunto mediante distribuição de funções, como no caso que nos ocupa agora. Isso rege tanto para o próprio Serviço onde o profissional desenvolva seu trabalho como em relação a outros serviços profissionais.

Portanto, a infração aos deveres gerais de cuidado impostos ao facultativo por sua profissão para descartar que os produtos orgânicos (ou outros, ainda que não tenham sido especificados regulamentarmente) estejam contaminados e sejam suscetíveis de transmitir enfermidades contagiosas pode dar lugar a responsabilidade penal por imprudência, se os receptores resultam ademais contagiados e contraem a doença ou ao menos são portadores de anticorpos do vírus relacionado com a Aids; como se indicou anteriormente, dita imprudência poderá ser temerária (p.ex., se não se realizou nenhuma prova das estabelecidas) ou simples, segundo os casos. A infração de uma disposição regulamentar (em sentido amplo: tanto emanada do Ministério de Sanidade ou outras autoridades sanitárias competentes, quanto ao próprio centro sanitário onde o médico presta seus serviços: regulamentos internos), como as mencionadas, constitui uma referência importante sobre a inobservância do dever de cuidado, embora não determine por si só a gravidade da imprudência (temerária ou simples), e portanto, sua qualificação como delito ou falta, se bem que o frequente será o primeiro, face a importante função orientadora que desempenham referidas disposições sobre o comportamento que deve ser seguido. A jurisprudência espanhola tem entendido que nestes casos concorre um delito por imprudência.

“De fato, por imprudência condenou a importante sentença sobre a matéria do TS de 18.11.1991,³⁹ relativa à extração de sangue e sua posterior transfusão sem ter cumprido as prescrições dispostas pela *Generalitat de Catalunya* (O. 10.10.1986) por parte de um hospital desta Comunidade, do que resultaram portadores de anticorpos do vírus vinculado à Aids três pacientes.⁴⁰ O hospital vinha fazendo extrações de sangue sem outro controle para prevenir doações de portadores daquele vírus que a exclusão dos pertencentes aos chamados grupos de risco; a chefe do Serviço de Hematologia e Hemoterapia do Hospital havia comunicado em várias ocasiões ao Diretor Médico do Centro a necessidade de adquirir reativos para realizar no sangue doado as provas de detecção correspondentes, o que não impediu que no fim de junho de 1986 um paciente transfundido fosse portador de anticorpos; com posterioridade a *Generalitat de Catalunya* ditou a O. 10.10.1986 referida, mas apesar disso continuaram as extrações sem realizar as provas obrigatórias até 27.2.1987, data em que o Diretor Médico ordenou interromper as transfusões se antes não se realizassem aquelas; neste período se praticaram 6.226 extrações e 2.284 transfusões, em consequência das quais os pacientes resultaram contagiados (portadores assintomáticos de anticorpos); e isso apesar de que a Chefe do Serviço — que em nenhum momento se absteve de praticar as transfusões necessárias, porém sem realizar as provas — voltou a insistir em seu pedido e levou conhecimento do Diretor Médico a O. da *Generalitat*; este inclusive excluiu da ordem do dia de uma reunião (em 6.11.1986) da Comissão de Administração o estudo deste assunto sem dar qualquer explicação. Enquanto que a sentença de primeira instância da AP de Barcelona (s. 20.11.1989, igualmente muito bem elaborada em seus fundamentos jurídicos) condenou pelos delitos de

imprudência temerária com a agravante de negligência profissional (art. 565.5 do CP, antes da reforma de 1989), o TS cassou e condenou por imprudência temerária o Diretor Médico do Hospital, sem a agravante de negligência profissional, e por imprudência simples a Chefe do Serviço de Hematologia e Hemoterapia do Hospital (critério de atenuação da imprudência correto, posto que observou uma mínima diligência reclamando os reativos de forma reiterada, mas não se absteve de realizar mais transfusões, não solicitou ajuda a outros centros que dispunham dos reativos, nem os adquiriu por sua própria iniciativa num caso tão grave e urgente), insinuando a possibilidade de ter incorrido também num delito de imprudência o Diretor Gerente da Área de Gestão do Instituto Catalão de Saúde, mas não o condenou em virtude do princípio acusatório (não havia sido acusado por este delito nem pelo Ministério Público nem pela acusação particular), conclusões todas elas que estimo acertadas, pois também o gerente pode ter incorrido em grave responsabilidade; certo é que a Chefe do Serviço poderia ter alegado que se encontrava num conflito de deveres, o que talvez teria resultado noutra solução (o dever de não subministrar sangue sem as devidas garantias frente ao dever de atender com a transfusão a pacientes necessitados de sangue de forma insubstituível; sem embargo, o discutível é que não desse cumprimento a este dever com a devida diligência, podendo fazê-lo, sem prejuízo também da valoração de suas dificuldades). Como veremos adiante, frente ao critério da AP, o TS absolveu os três envolvidos dos delitos contra a saúde pública. É também digno de destacar que o TS estimou, contra o parecer da AP, que se havia cometido também uma infração penal de imprudência em relação ao paciente que contagiado antes da entrada em vigor da O. da *Generalitat*

que prescrevia a realização sistemática das provas de detecção de anticorpos no sangue doado; esta posição do TS se há de compartilhar também, pois efetivamente, os deveres de cuidado não se extraem exclusivamente de disposições administrativas, senão da genérica *lex artis*, que indicava já naquelas datas a necessidade de realizar referidas provas,⁴¹ o que se confirma não só pelas petições da Chefe do Serviço (realmente a experta na matéria), senão que também — e sobretudo — pelos abundantes debates e critérios científicos existentes até então coincidentes em sua necessidade (apesar de que nos fatos provados na sentença se indica que os cientistas guardavam dúvidas a esse respeito),⁴² porque já se realizavam noutros centros de Barcelona e, em maior abundância, pelas disposições muito anteriores das outras Comunidades Autônomas (p.ex., País Vasco e Aragón) sobre a obrigatoriedade das provas. Outros casos isolados semelhantes, relativos também a transfusões de sangue, ao serem apresentados à jurisdição civil tem dado lugar a condenações por danos e prejuízos. Mais grave e censurável parece o caso descoberto na França — ainda *sub judice* — de que as autoridades sanitárias se negaram sistematicamente a realizar as provas no sangue com o fim de poupar custos, o que tem provocado a transmissão a milhares de pacientes, especialmente hemofílicos.”

Inclusive ainda que não ocorresse nenhum resultado lesivo para algum paciente, nos termos apontados, a não adoção das provas estabelecidas para detectar a presença de anticorpos do vírus comporta um evidente perigo para a saúde pública, pela potencialidade transmissora de tais substâncias, sobre as que se desconhece se estão livres de anticorpos ou não. Isto tem originado a questão de se tal comportamento caracterizaria já um delito contra a saúde

pública, em concreto, o de por à venda medicamentos de qualquer classe sem cumprir as formalidades legais e regulamentares (art. 343 *bis* CP).

“Esta possibilidade foi ponderada na STS de 18.11.1991, já mencionada. A sentença da AP de Barcelona estimou a concorrência de ambos os delitos (dando-se o tipo de ambos haveria um concurso de normas, a resolver em favor do art. 343, e não um concurso de delitos, como sustentou a AP), enquanto que o TS o afastou pelas razões que exporemos a continuação”.

A questão se planteia especificamente em relação ao sangue. Para isto deve-se elucidar se o sangue pode considerar-se medicamento para efeito dos delitos apontados. Não há dúvida que de acordo com o bem jurídico tutelado por estes delitos e em particular com a vigente Lei do Medicamento de 1990 o sangue humano e seus derivados tem a natureza de medicamento;⁴³ inclusive antes desta Lei poderia chegar-se à mesma conclusão.⁴⁴ No entanto, a questão que põe em dúvida a tipicidade da conduta é o entendimento das expressões “por à venda” e “expende”. O TS considera⁴⁵ que ambas as expressões, de significado equivalente, se referem à colocação à venda ao público do medicamento, que há de ser objeto de negociação mercantil, e que a administração direta de sangue aos pacientes não satisfaz tal condição, enquanto que, ademais, o sangue está fora do comércio, por ter-se proibido expressamente sua venda⁴⁶ ou qualquer forma de comércio (exceto a importação). Se aceitáveis tais conclusões (e parece que ao menos são defensáveis),⁴⁷ resulta insatisfatório que tais comportamentos tão graves não sejam puníveis, sem embargo das sanções administrativas a que derem lugar; ao menos da ótica da presença de outros delitos de perigo abstrato no CP vigente, face a *ratio legislatoris* que os preside de proteção à

saúde pública (e mediamente da saúde individual) frente a condutas potencialmente perigosas para aquela. Sem querer entrar agora na polémica da oportunidade do mantimento desta classe de delitos de perigo abstrato no CP, sua existência justificaria a ampliação no futuro CP dos tipos penais referidos,⁴⁸ mediante a inclusão da expressão “ou subministrasse”, de modo que as condutas analisadas ficassem previstas no tipo respectivo sem nenhuma dúvida interpretativa.

2.2 *Prevenção da transmissão à descendência*

O mantimento de relações heterossexuais quando um dos membros do casal é portador de anticorpos comporta riscos de transmissão para o outro membro, mas também para o futuro filho no caso da mulher engravidar. Consequentemente é possível tomar medidas para evitar o contágio entre os membros do casal, assim como para não ter descendência, ou que a mulher acuda às técnicas de reprodução assistida mediante doador se o portador é só o homem.

2.2.1 *Esterilização*

A esterilização voluntária é permitida pelo CP sempre que se realize por ato facultativo e consinta o interessado, ademais de outros requisitos que garantem a liberdade da decisão, tanto na formação da vontade como em pressões ou estímulos a que pudesse ser submetido (art. 428.2 CP). Mediante esta intervenção se previne ter descendência, da mesma forma que se se recorre a anticoncepcionais medicamentosos ou outros de barreira, mas não é suficiente para evitar a contaminação do companheiro, pelo que é necessário, se se insiste em manter relações sexuais, utilizar preservativos ou outros meios que impeçam o contato direto dos fluídos orgânicos.

2.2.2 Aborto

Se uma mulher portadora fica grávida, não é improvável, segundo os expertos, que transmita a soropositividade a seu filho, e se há comprovado que estes desenvolvem a doença com mais frequência que os adultos, assim como que seu processo é mais rápido. Por tal razão, a mulher poderia acolher-se voluntariamente ao aborto por motivos eugênicos, sempre que se credite a transmissão ao feto ou sua probabilidade imediata mediante os ditames emitidos por grandes especialistas, dentro das vinte e duas primeiras semanas da gravidez (art. 417.1.3.º CP). Ultrapassado esse prazo, ou pela ausência de outros requisitos que dêem lugar a esta indicação (p.ex., que não tenha ficado determinada a contaminação do feto), acredito que poderia acolher-se a mulher à indicação terapêutica do aborto (art. 417.1.1.º), baseada em evitar um grave perigo para a vida ou a saúde física ou psíquica da mulher (p.ex., a imunodepressão somada à gravidez agravada pela própria doença, que poderia supor um encurtamento sensível de suas expectativas de vida; ou a intensa e grave depressão psíquica), dado as características que apresenta na atualidade esta enfermidade ou a mera soropositividade.⁴⁹

2.3 Paciente ou doador com indícios de estar contagiado

2.3.1 Realização obrigatória dos testes para detecção de anticorpos do vírus relacionado com a Aids?

Pode ocorrer que se lhe apresente ao médico um paciente com indícios de padecer a doença da Aids ou de ser portador de anticorpos, suspeita originada por qualquer circunstância (p.ex., ao elaborar a anamnese). A questão é se o médico pode fazer ao referido paciente as provas de detecção de anticorpos.

Indubitavelmente deverá solicitar previamente o consentimento do paciente, e sempre que seja necessário o conhecimento dos resultados da prova a valoração de sua enfermidade ou para a realização correta do tratamento; se concorrer esta circunstância — ou, inclusive, como precaução preventiva para o pessoal sanitário — haveria que notificá-la ao paciente para que a valore e outorgue seu consentimento. Nunca, por conseguinte, poderão realizar-se sem seu conhecimento,⁵⁰ nem muito menos praticar estas provas de forma sistemática com todos os pacientes com o fim de adotar as medidas preventivas oportunas; não sendo estas especialmente custosas devem tomar-se em todos os casos, em função do risco que comporte a intervenção ou o tratamento em si mesmos. Realizando-se mediante engano do paciente e com o fim exclusivo ou prioritário de adotar medidas preventivas, não se tratando já nesta hipótese de uma ação médica terapêuticamente indicada, poderia se incorrer numa falta dolosa de lesões corporais (art. 582.1 CP), sem que por isto (a adoção de medidas de prevenção) possa alegar-se a excludente do estado de necessidade (art. 8 n. 7 CP). Se o paciente se submete a um *check-up* geral, o médico pode plantear-se a realização desta prova; nessa hipótese regem os princípios gerais relativos à informação e o consentimento, de forma que, a não ser que o paciente renuncie de modo expresso a que se lhe informe sobre as provas a que irá a ser submetido, deverá comunicar-se-lhe essa previsão. Pode ocorrer que se tenha extraído sangue do paciente com uma finalidade determinada, conhecida e consentida por ele (ou que se disponha dela, já extraída), e com posterioridade se plante a oportunidade de realizar a prova de anticorpos do vírus HIV (também com o fim preventivo para o pessoal sanitário), sem comunicá-lo neste caso ao paciente. Indubitavelmente neste caso não há lesão corporal do

paciente, pois a extração de sangue teve sua justificação terapêutica (ou diagnóstica encaminhada a um tratamento); portanto, a lesão afeta sua intimidade, que poderia dar lugar a uma indenização civil de danos e prejuízos.⁵¹

Evidentemente que estas provas poderiam realizar-se com caráter obrigatório, tanto em pacientes como em grupos determinados da população, se assim o determinasse a autoridade sanitária competente, de conformidade com o estabelecido pela LO de Medidas Especiais em Matéria de Saúde Pública de 1986, mas, como indicávamos então, nunca por iniciativa de um médico em particular.

Se se trata de candidatos a doadores de sangue, sêmen ou órgãos ou tecidos, a realização das provas é obrigatória, como sabemos, sem que isso impeça pô-lo em conhecimento do doador antes de sua realização, e se se negar às mesmas deverá ser excluído como doador. No caso do doador de órgãos cadáver, estas provas se realizarão sem necessidade de qualquer consentimento (nem do doador, por razões óbvias, nem de seus familiares), da mesma forma que se praticam outras análises prévias (grupo sanguíneo, HLA). A cobertura legal destas imposições se obtém através da indicada LO de 1986.

2.3.2 Responsabilidade pela emissão de um diagnóstico equivocado

Vejamos agora que ocorre se como consequência das provas realizadas se chega a um diagnóstico equivocado, do que é informado o paciente ou o doador. Há que deixar constância de que normalmente se reconhece ao diagnóstico uma maior margem de erro, face às dificuldades que costuma carregar diagnosticar com exatidão o padecimento de uma doença determinada cuja identidade ainda se desconhece; sem embargo, em relação ao caso que nos ocupa a situação é (ou costuma ser) diferente, posto que

a atividade diagnóstica (as provas prescritas regulamentariamente e outras mais precisas ou mais confiáveis e rápidas que se possam descobrir) no caso que nos ocupa vá dirigida à averiguação de uma enfermidade concreta, a da Aids ou a presença de anticorpos, para o que se dispõe de umas técnicas já estabelecidas, o que significa que aqui a margem de erro escusável é muito menor, sem prejuízo de situações excepcionais.

O erro pode consistir em emitir um diagnóstico falso positivo (se acredita que a pessoa objeto da análise é portadora de anticorpos quando não o é) ou falso negativo (se acredita que não os tem, mas na realidade sim). No primeiro caso — mais facilmente evitável, enquanto que a prática existente de repetição das provas quando o resultado das mesmas é inicialmente positivo revelaria o erro incorrido — não se produz a lesão de um bem jurídico protegido pelo Direito Penal, portanto fica descartada a possibilidade de responsabilidade penal culposa; não obstante, poderia dar lugar a uma responsabilidade civil, em relação aos danos materiais e morais inflingidos (problemas familiares, laborais, psicológicos etc.). No segundo caso, o doador não é, em sentido estrito, um doente (o objeto da atenção médica não se baseia em sua condição de enfermo), se bem é verdade que para assegurar a qualidade do sangue ou de seus componentes há que realizar uma série de provas com o fim de proteger o receptor; logicamente estas precauções beneficiam de forma indireta ao doador enquanto lhe permitem realizar um *check-up* por ocasião da doação (de fato, tem-se conhecido casos de pessoas pertencentes aos chamados grupos de risco, ou que não pertencem a eles, porém medrosos, que tem ido doar sangue com o fim primário de conhecer por este meio se são portadores de anticorpos relacionados à Aids). Poderia sustentar-se uma imprudência penalmente punível, na medida em que tal conhe-

cimento e a confiança emprestada ao resultado dessas análises tenham atrasado consideravelmente submeter-se a tratamento e o prognóstico seja substancialmente pior,⁵² trata-se, em suma, de demonstrar a existência da lesão do bem jurídico e de que dita lesão se há produzido precisamente como consequência da conduta imprudente (o diagnóstico errado). Sem contar, claro está, com as eventuais responsabilidades a que poderia dar lugar se esse sangue chegasse a ser utilizado em algum paciente receptor, segundo temos visto. O mesmo poderia dizer-se em relação ao paciente e à pessoa que presumivelmente sadia se submeta a um *check-up* geral, incluindo estas provas.

2.3.3 Dever de informar sobre os resultados das provas

Se na análise do sangue doado ou outras provas praticadas no doador se evidência que apresenta anticorpos vinculados à Aids (como em qualquer outra enfermidade), o médico deve informá-lo acerca de sua situação,⁵⁴ dos possíveis tratamentos existentes, assim como da natureza contagiosa da doença (ou da condição de portador de anticorpos do vírus), das vias de transmissão (incluindo os riscos de transmissão à descendência futura) e das precauções pessoais que deve adotar em suas relações e contatos com outras pessoas. O não cumprimento da obrigação de informar originaria uma falta administrativa,⁵⁵ posto que sua omissão estaria aumentando os riscos de transmissão da doença. Esta obrigação vem reforçada pela Lei Geral de Sanidade (art. 10.5 e 8) para esta e as demais hipóteses nas que se realizem as provas (doadores do sêmen ou de órgãos, pacientes e p.ex., também uma pessoa supostamente sã que se tem submetido a um *check-up* periódico geral que incluía estas provas). Neste ponto se planteia uma questão delicada, posto que a LGS es-

tende a obrigação de informar também aos familiares e afins, e precisamente em relação a esta doença pode ser mais freqüente que o paciente exija que a confidência inclua também os membros de sua família; esta decisão é a que deve prevalecer e ser respeitada pelos médicos. Se o doador ou o paciente adoece e morre por não ter podido tomar as medidas adequadas, ao desconhecer seu estado, poderia dar lugar a responsabilidade penal por negligência (sempre que concorram todos os requisitos enumerados acima, particularmente neste caso o último mencionado, isto é, o de que o resultado não se teria produzido igual se a conduta imprudente não tivesse ocorrido, na medida em que ainda não é possível prevenir ou curar esta doença, mas sim retrasar cada vez mais seu prognóstico).

A falta ou insuficiência de informação ao paciente pode dar lugar a responsabilidade civil, segundo vem estimando o direito comparado e vem apreciando já em algum caso — não vinculado com a Aids — os tribunais espanhóis.

2.4. Entrega de seringas e outros materiais de assepsia e prevenção

Esta possibilidade é comum plantear-se principalmente em relação aos toxicômanos adictos a drogas subministráveis por via parenteral, os quais, ao compartilhar as seringas com outros toxicômanos, correm um maior risco de contágio, como demonstram suficientemente as estatísticas nacionais. Este problema se agrava no meio carcerário, onde teoricamente parece mais difícil conseguir ditos instrumentos e o contágio é mais fácil, fenômeno apoiado também estatisticamente.

A decisão de facilitar seringas descartáveis e outros produtos desinfetantes, como também de preservativos, corresponde às autoridades sanitárias ou, no caso, às administrativas do sistema

penitenciário, mas pode plantear-se-lhe também de forma individual a um médico ou outro profissional sanitário.

A dificuldade consiste, não em não se opor às decisões dos superiores, senão em não ser acusado de um delito de favorecimento, promoção ou facilitação do consumo ilegal de drogas (art. 344 CP), face à amplitude atual desse delito; ademais, existe um tipo agravado quando o consumo se facilita em estabelecimentos penitenciários (art. 344.a. 1.º CP) e outro referente a quando os autores são facultativos (art. 344.7.º CP). Poderia aceitar-se a existência do delito se com a conduta se contribuísse ao incremento do consumo ilegal de drogas em duas direções: influir na maior frequência do consumo por parte dos toxicômanos, e favorecer a iniciação de indivíduos ainda não toxicômanos. Descartada de nosso planteamento a segunda hipótese, está claro que na realidade não se produz favorecimento nem estimulação de qualquer espécie, posto que o viciado possui a droga (se supõe) e irá consumi-la de qualquer modo, inclusive se não dispor de meios para prevenir seu próprio contágio; pelo contrário, com esta atuação se está favorecendo não agravar seu estado de saúde provocado por sua toxicomania com a possibilidade de contrair outras doenças, neste caso de uma gravidade indiscutível; o que se pretende e ocorrerá normalmente é que o mesmo número de atos de consumo se realize em melhores condições de higiene. O que parece querer prevenir o CP são as condutas de favorecimento do consumo que propiciem o acesso à droga.⁵⁶ Mais especificamente ao âmbito carcerário, se se entendessem incluídas no tipo delitivo estas condutas, também o seria facilitar lixívia ou outros produtos semelhantes para desinfetar as seringas, assim como — por omissão — não despojar das seringas ou das drogas que se sabe que se possuem. O mesmo pode se dizer em relação à entrega de preservativos a

pessoas nas que é evidente que mantém relações sexuais e são adultas (ao respeito seria difícil decidir a partir de que idade do solicitante devem entregar-se-lhe, não obstante exista um limite claro, se não é mais elevado: o de doze anos, caso em que sempre que se mantivessem relações sexuais haveria delito de violação); embora neste caso a transcendência penal seja muito remota, salvo no delito de expender anticoncepcionais sem cumprir as formalidades legais ou regulamentais (art. 343 CP), também de escassa relevância.

2.5 Responsabilidade do paciente ou doador portadores de anticorpos

O paciente ou doador que é informado de possuir anticorpos e do que isso supõe de um possível desenvolvimento da doença, deve abster-se de realizar condutas que suponham um perigo de transmissão da enfermidade a terceiros. Se apesar desse conhecimento e das advertências recebidas realiza condutas de risco de transmissão poderia incorrer em delito, sendo várias as alternativas puníveis existentes, de acordo com as circunstâncias que se apresentem em cada situação concreta. Alguns destes problemas de responsabilidade penal já tem sido analisadas ao contemplar a responsabilidade penal do facultativo que contagia seu paciente por não ter adotado medidas suficientes de prevenção da transmissão (em particular os casos de imprudência punível), pelo que agora nos centraremos em outros aspectos ainda não abordados, advertindo que são muitos e muito controvertidos os matizes com que podem apresentar-se, mas que aqui se resolvem de forma mais global.⁵⁷

2.5.1 O delito de propagação maliciosa de doenças transmissíveis às pessoas

Sendo a Aids uma enfermidade contagiosa, em seguida vem à mente o delito

conhecido como de propagação maliciosa de doenças transmissíveis às pessoas (art. 348 CP).⁵⁸ Muito se tem discutido acerca deste delito e de seu alcance, em particular se é aplicável ou não ao contágio malicioso de doenças venéreas (hoje diríamos, mais amplamente, enfermidades de transmissão sexual, ETS), como parece ter sido o propósito do legislador,⁵⁹ fracassado ademais, em vista de sua nula aplicação pelos tribunais de justiça.⁶⁰ Sem embargo, para estes casos, como veremos adiante, parecem superados os inconvenientes que apresentavam para alguns estudiosos os delitos de lesões corporais até sua profunda reforma em junho de 1989, pois permitem cobrir melhor os prejuízos de diversa índole produzidos na saúde de outra pessoa.⁶¹

Por tal motivo, o delito objeto de análise deve ser delimitado com toda clareza, e em consequência situá-lo como um crime contra a saúde pública (bem jurídico protegido por este delito), isto é, contra a saúde da coletividade, que apresenta a estrutura de um crime de perigo (abstrato).⁶² Isto significa que o delito existirá quando se propague uma enfermidade contagiosa para as pessoas, como é a Aids, a pessoas indeterminadas, embora estas não cheguem a padecer a doença (como poderia chegar a ser o caso do que adquire soropositividade sem desenvolver a enfermidade em sentido estrito). Assim, o tipo objetivo do delito concorrerá quando uma pessoa que é portadora do vírus sede uma seringa já usada por ele mesmo a outros que sucessivamente a utilizam injetando-se droga por via intravenosa. Como também existiria se se inocula qualquer objeto de uso pessoal suscetível de transmitir a doença, como lâminas de barbear (e as cede a outros), pois a lei utiliza a expressão “propagar”, que admite qualquer meio de extensão da enfermidade e não só a transmissão direta a pessoas, embora sejam indeterminadas. Para a consumação bastará a comprovação de que se

tenham realizado efetivamente atos de extensão do vírus transmissor da Aids.⁶³

De qualquer forma, a dificuldade maior consiste no tipo subjetivo, se se entende que a expressão “maliciosamente” abarca unicamente o dolo direto e não o dolo eventual, sem que seja possível tampouco a comissão culposa. Este critério tão restritivo é sustentado majoritariamente pelos autores espanhóis,⁶⁴ e de acordo com a qual existirá o delito se o que cedeu a seringa não só conhecia nesse momento sua condição de portador senão que, ademais, tinha a intenção de propagar a doença, intencionalidade que podemos presumir pouco frequente, embora não impossível. Se o que pretendia era contagiar por este procedimento a uma ou a várias pessoas determinadas ou determináveis haveria um concurso com o resultado material causado ou tentado (homicídio ou lesões, segundo os casos), que haverá de resolver-se de acordo com os critérios que estabelece o art. 348.

“A doutrina está dividida quanto ao concurso ser de leis ou de delitos. Em atenção a que se encontram afectados dois bens jurídicos distintos (a saúde pública e a vida ou a saúde individual), pareceria mais correta a solução do concurso de delitos, pelo que a pena haveria de refletir ambos os crimes (art. 71 do CP). Sem embargo, apesar da obscura redação do último inciso do art. 348, parece que a vontade da lei é que se castigue em qualquer caso por um só dos crimes (concurso de leis): se o fato constitui delito mais grave, por este, e se é menos grave, pelo de propagação maliciosa, pois nesta última hipótese, a *sensu contrario*, excluiu-se a possibilidade de castigar pelo delito de resultado, pelo que seria incongruente a primeira solução.”

Em resumo, aplicado ao caso em questão se confirmam as observações comentadas da virtual inaplicabilidade deste preceito, diante de sua rígida estrutura típica. Ao mesmo tempo se refor-

ça a opinião de que este delito deveria desaparecer do CP, como já previam o Projeto de CP 1980 e a Proposta de 1983.⁶⁵

2.5.2 Delitos de lesões corporais

A reforma dos delitos de lesões corporais experimentada pelo CP espanhol em 1989 eliminou em grande medida os inconvenientes que viam alguns autores quanto à excessiva concreção — portanto, restritiva — de meios comissivos de que adoezia a anterior redação dos tipos dos arts. 420 e 421. Desde esta reforma o tipo básico dos delitos de lesões corporais admite qualquer meio ou procedimento de causar uma lesão que atinja a integridade corporal ou a saúde física ou mental de uma pessoa. Portanto, não há dúvida de que agora também se integra na conduta típica o contágio de uma doença a outra pessoa, seja qual for sua natureza.

O tipo objetivo em relação à Aids se dará quando efetivamente se transmita a doença ou mesmo os anticorpos do vírus a uma ou várias pessoas determinadas por quaisquer das vias assinaladas, pois tais situações produzem uma diminuição na saúde física — quando não também mental — do contagiado, como requer o tipo. As características próprias do desenvolvimento das patologias da Aids planteiam dois problemas. Em primeiro lugar, há que se determinar se a mera infecção do vírus de insuficiência humana, ainda sem contrair a doença (em realidade não se sabe se o indivíduo infectado chegará a contraí-la ou não no futuro) constitui já em si mesma uma diminuição da saúde. Esta questão já foi resolvida acima em sentido afirmativo.⁶⁶ Por outro lado, é importante estabelecer a relação de causalidade entre a ação de transmissão ou de contágio e o resultado, o que não se entorpece pelo fato de que o resultado apareça muito mais tarde, segundo já expusemos. No entanto, o

problema se apresentará no momento de comprovar se a conduta do agente foi realmente a transmissora, em particular se o sujeito passivo há realizado práticas de risco com várias pessoas já afectadas de um modo ou de outro; se nesta hipótese não se pode determinar pericialmente com absoluta precisão quem foi o transmissor, haveria que condenar, no caso, tão só por tentativa do delito,⁶⁷ em função do princípio *in dubio pro reo*. O outro problema também está vinculado à consumação do crime, mas com relação a outro aspecto: o de quando se entenderá consumado, posto que a doença, se se manifesta, dizíamos que tarda bastante tempo em fazê-lo — inclusive anos. Aqui nos encontramos com uma limitação processual, relacionada ao momento em que, dentro do processo, se possa modificar por última vez a qualificação dos fatos; até este instante poderiam ter-se em conta as variações na evolução do infectado para fixar a natureza do delito cometido, porém não depois de referido momento,⁶⁸ em respeito ao princípio da “coisa julgada”, o que é decisivo para estabelecer a consumação ou a tentativa, segundo se tenha produzido ou não o resultado típico.⁶⁹ Sem embargo, posto que a soropositividade se pode detectar mediante análise umas semanas depois da exposição ao vírus, existiria provavelmente sempre consumação do delito de lesões em relação à aquela, em minha opinião o tipo do art. 420.1 ou 2 (se bem estimo este último mais improvável, em atenção às características apontadas que apresenta a condição de soropositivo), mas seria discutível a aplicação do tipo agravado do art. 421 n. 2.º, vale dizer, se como resultado das lesões o ofendido tiver ficado com uma doença somática ou psíquica incurável, pois se trata de um delito determinado pelo resultado; isto dependerá da relevância que se dê ao contágio em relação a este tipo delitivo, isto é, se se pode qualificar de incurável a consideração de enfermidade crônica

que temos outorgado mais acima à mera aquisição de anticorpos; de qualquer forma, sua qualificação jurídica há de realizar-se em atenção a critérios científicos de cada momento sobre a reversibilidade ou irreversibilidade da soropositividade. Se entrar em discussão o tipo do art. 418, isto é, quando alguém de propósito causar a outrem uma grave enfermidade somática ou psíquica ou uma incapacidade mental incurável, seria este de preferente aplicação frente ao art. 420 e provavelmente estaríamos ante uma tentativa de delito (mais exatamente, delito frustrado), enquanto não se manifesta a enfermidade da Aids,⁷⁰ mas depende também da qualificação definitiva que se conceda à condição de portador de anticorpos como doença grave.

O tipo subjetivo requer o dolo, embora se discuta qual há de ser a natureza deste para que abarque os casos objetivos compreendidos no art. 420 ou 421 n. 2, por um lado, ou o 418, por outro. Portanto, será decisivo no caso concreto provar o dolo que animava o sujeito para que seja aplicável uma ou outra figura delitiva (a do 418 ou as do 420 ou 421 n. 2.^o). Cabe a comissão culposa das lesões quando se tenha produzido como consequência da infração dos deveres de cuidado de forma grave ou leve (arts. 565.1 e 586, do CP, respectivamente) nos termos já expostos.

2.5.3 Delito de homicídio

Tampouco deve ser excluída a possibilidade de um delito de homicídio. O problema continua sendo aqui também o de sua consumação, já que ao tempo do processo e da condenação só poderia plantear-se geralmente um homicídio frustrado. Em resumo, se reproduzem aqui semelhantes problemas que os apontados em relação às lesões corporais sobre a determinação da relação de causalidade e consumação do delito, embora neste caso a produção ou não da

morte e seu momento permite chegar a soluções mais nítidas.⁷¹

A intenção de matar, ainda que eventual, nos situará no delito de homicídio (no caso, doloso) consumado ou tentado (pense-se, p. ex., o que agride outrem com uma seringa infectada), sendo possível sua comissão culposa, nos termos apontados acima. De qualquer forma, segue constituindo um problema capital e difícil averiguar o dolo do autor, se de homicídio ou de lesões corporais.

2.5.4 Configuração do dolo e relevância do risco permitido e do consentimento da vítima

Em todo o processo da valoração jurídico-penal é decisiva a apreciação da real existência do dolo. A comprovação, sempre difícil, do dolo do sujeito, nos indicará se é o delito de lesões corporais ou o de homicídio o aplicável, o que, se ocorre ao longo do processo, pode afetar a natureza do procedimento (abreviado ou ordinário).⁷² Se existir, bastará com que seja eventual, que será o mais frequente. Para sua valoração há que ter-se em conta o prognóstico sempre grave ou inclusive mortal da doença no momento atual uma vez contraída (não apenas a infecção), circunstância geralmente conhecida da população.

Por outro lado, o risco permitido em relação à conduta da pessoa contagiada (p.ex., no mantimento de relações sexuais isentas em si mesmas do risco de contágio ou empregando preservativos ou outros meios) e o consentimento do que se encontra em perigo de contágio (consentimento no risco), tendo sido previamente informado de dito perigo (p. ex., de que a seringa não é estéril e a condição de portador do que a subministra; ou antes de manter a relação sexual) podem ser determinantes para a exclusão da responsabilidade por imprudência daquele,⁷³ ainda que em princípio tenham de estimar-se irrelevantes para a exclusão

do dolo, por não serem bens jurídicos disponíveis a vida e a integridade física no CP espanhol.⁷⁴

“Os riscos de contágio de doenças que, embora sendo perigosas, geralmente não apresentam riscos graves, como a gripe (se bem que em certas situações não está livre de índices de mortalidade), não parecem situações comparáveis com a Aids, já que as vias de transmissão — p. ex., aérea — não são tão facilmente controláveis e os riscos derivados do contágio são muito menores.”

Finalmente, deve mencionar-se que o RD 1945/1985 considera como falta grave do doador a ocultação de antecedentes, circunstâncias ou dados patológicos, relativos às condições mínimas de aptidão ou causas de incapacidade temporal ou definitiva; assim como o não cumprimento dos reconhecimentos sanitários periódicos a que esteja obrigado (art. 21.4 a); ainda que no caso do doador seria difícil que passasse despercebida sua condição de soropositividade, diante da obrigação das provas para sua detecção.

IV — Dever de confidência em relação ao paciente e ao doador

Quando o médico descobre que o paciente ou o doador tem desenvolvido anticorpos do vírus da Aids, se lhe plantea o dever de manter o segredo desse conhecimento que há adquirido como consequência do exercício de sua profissão. Este dever é uma das manifestações da proteção reconhecida ao direito à intimidade individual, necessidade de proteção que se intensifica em relação aos aidéticos, diante do caráter estigmatizante e discriminatório que se há criado em torno dessa enfermidade,⁷⁵ por sua gravidade e por vinculá-la freqüentemente com atividades sociais rechaçadas (drogadicação, práticas sexuais heterodoxas). Portanto, junto com a obrigação de informar ao paciente ou doador de sua situação tem ademais o dever paralelo de

guardar segredo quanto a ela em relação a terceiros, para assim resguardar a intimidade do interessado, com a exceção dos demais profissionais diretamente implicados no tratamento. Vejamos agora como se encontra protegida aquela, que consequências podem derivar-se de sua conculcação, e que deve fazer-se se surgem outros interesses dignos também de proteção e se produz um conflito entre estes e a intimidade do doador.

1. Proteção da intimidade do paciente e do doador

A intimidade das pessoas aparece reconhecida como um direito fundamental na Constituição Espanhola (arts. 18.1 e 4, e 20 CE), assim como pela Declaração Universal de Direitos Humanos (à que se vincula a CE na interpretação dos direitos fundamentais, art. 10.2) e o Convênio Europeu para a proteção dos direitos do homem e das liberdades fundamentais de 1950 (ratificado por Espanha em 1977), que protege também o direito à intimidade da pessoa (art. 8).

A LGS reconhece este direito em vários preceitos, e não há dúvida de que alcança não só o paciente senão também ao doador de sangue, seja ele centro público ou privado: “todos tienen los siguientes derechos...” (art. 10 n. 1 e 3). No art. 61 se insiste nesta ordem de idéias em relação à informação e ao histórico clínico, devendo ficar plenamente garantidos o direito do doente a sua intimidade pessoal e familiar e o dever de guardar segredo por quem, em virtude de suas competências, tenha acesso ao histórico clínico. A utilização no art. 61 do termo “enfermo” não constitui, na minha opinião, obstáculo para entender incluído também aqui o doador ou outra pessoa a respeito da qual se há confeccionado um histórico clínico.

Do ponto de vista penal, a vulneração do dever de segredo profissional só está castigada em relação aos advogados e

procuradores. Os médicos, muito ao contrário, têm o dever de denunciar determinados delitos que tenham conhecido no exercício de sua profissão (assim, CP art. 576, como falta; a LECr, art. 262). Apesar de que também os juristas tem reclamado que os médicos estejam amparados e obrigados penalmente pelo segredo profissional, não existe ainda em nosso Direito um reconhecimento expresso do mesmo, salvo no que lhes obrigue sua relação com o paciente.

Sem embargo, os funcionários públicos e as autoridades podem incorrer em delito quando revelem os segredos ou qualquer informação de que tenham conhecimento em razão de seu ofício ou cargo e que não devam ser divulgados, castigando-se expressamente quando se trate de segredos de um particular (art. 367.1 e 3. CP). Este preceito tem grande importância para os médicos que exercem em centros sanitários públicos, pois para os efeitos do CP, e somente para eles, estes médicos têm, como se há dito acima, a consideração de funcionários públicos (art. 119.3 CP), e se revelam a terceiros alheios ao tratamento ou atuação a doença concernente ao paciente ou doador que atenderam em seu Serviço incorrerão sem a menor dúvida no referido delito. Se, de modo mais excepcional, se trata de um hematólogo com laboratório próprio ou que desempenha suas funções num centro privado (seja o caso de um doador ou de um paciente que recorre a sua consulta), dificilmente poderia ser acusado pelos delitos de descobrimento e revelação de segredo cometidos por particulares, diante dos tresnoitados termos que utiliza o CP para descrever a ação punível (arts. 497 e ss. do CP).

Para os casos anteriores e aqueles outros nos que não exista uma cobertura penal suficiente, permanece aberta a via civil de responsabilidade, conforme o disposto pela Lei Orgânica 1/1982, de 5 de maio, de proteção civil do direito à

honra, à intimidade pessoal e familiar e à própria imagem, cujo art. 7.4.º considera como intromissão ilegítima a revelação de dados privados de uma pessoa ou família conhecidos através da atividade profissional ou oficial de quem os revela. A cobertura civil desta Lei parece ampla e suficiente, tanto nesta como em outras formas de agressão à intimidade individual.

2. Exceções ao dever de confidência

Apesar do dito anteriormente, cabe perguntar se nestas situações o médico tem a possibilidade ou o dever de vulnerar este outro dever de segredo, em favor de terceiras pessoas ou de outros interesses alheios ou coletivos. O médico pode perguntar-se, em consequência, se devem primar ou não estes interesses de terceiros frente ao direito à intimidade do doador ou paciente, em particular quando se encontre em jogo a saúde ou a vida das pessoas ou a saúde pública.

Nestas hipóteses o médico pode chegar a encontrar-se ante um conflito de deveres e interesses e terá que recorrer ao ordenamento jurídico em seu conjunto para ver se efetivamente se há produzido e como terá de resolver em tal caso. Só no caso em que se comprove que primam os outros deveres ou interesses frente ao direito à intimidade do doador e correspondente dever de sigilo, o desrespeito do mesmo deixará de acarretar-lhe qualquer tipo de responsabilidade (art. 8.11.º CP) nos termos descritos acima.

O médico tem, em primeiro lugar, o dever de dar a conhecer às autoridades sanitárias a existência de um caso de enfermidade infecto-contagiosa de declaração obrigatória. Para comprovar quais são estas terá que estar no disposto na normativa correspondente.⁷⁶ Algumas Comunidades Autônomas têm ditado disposições nas que se declara a obrigatoriedade de dar a conhecer os casos de Aids detectados, como a *Diputación*

General de Aragón, cujo decreto 86/1987, de 17 de julho inclui a síndrome de imunodeficiência adquirida na lista de doenças de declaração obrigatória (art. 1.º),⁷⁷ não obstante, se estabelece também a obrigação de garantir, tanto pelas fontes declarantes, como pela Administração, a confidência dos dados que se gerem com a aplicação da presente normativa e o uso exclusivamente sanitário dos mesmos (art. 4.º). Por outra parte, e já dentro do âmbito do Estado, temos visto também que a LO de Medidas Especiais em matéria de Saúde Pública de 1986 faculta às autoridades sanitárias competentes a adotar determinadas medidas quando o exijam razões sanitárias de urgência ou necessidade, entre outras as destinadas a controlar as enfermidades transmissíveis, podendo afetar parte da população, aos doentes e às pessoas que estejam ou tenham estado em contato como os mesmos (arts. 1.º a 3.º). Pois bem, uma dessas medidas pode consistir no dever de comunicar os casos de Aids detectados (embora, segundo parece impor-se nos foros científicos internacionais, não se estima conveniente a adoção de medidas drásticas, por ineficazes ou contraproducentes). Observe-se que esta Lei pode afetar também o direito fundamental da intimidade individual.

Por razões familiares, laborais ou de outro tipo (relativa, p. ex., à subscrição de apólices de seguros de vida) se pode recorrer ao médico tratante ou ao hematólogo com a pretensão de que esclareça as suspeitas existentes de que um doador ou um paciente seu ou de seu Serviço há contraído a doença ou é portador dos anticorpos da síndrome; ou o médico mesmo pode plantear-se em casos semelhantes se tem o dever de tomar ele a iniciativa e revelar a situação de seu paciente. Em nenhuma dessas situações tem o médico o dever de revelar a situação de seu paciente (ou doador), vale dizer, não está obrigado a

realizar ação alguma.⁷⁸ Agora, no caso excepcional de que tenha a evidência comprovada de que existe um perigo real de contágio para um terceiro (p. ex., o cônjuge), e com isso um perigo, também real, para sua vida ou grave para a saúde, e no caso de que o afectado não esteja disposto a comunicar sua situação a esse terceiro e/ou a tomar medidas preventivas adequadas, o médico poderá revelá-la, mas não como dever jurídico, amparado por um estado de necessidade justificante de sua conduta (art. 8.º, n. 7 do CP), sempre que ocorram todos os requisitos, dentre os que podemos destacar agora o que exige que o mal causado (o atentado contra a intimidade do paciente ou doador) sejam menos — excepcionalmente: igual — que o mal que trata de evitar (a perda da vida ou menoscabo para a saúde do terceiro). Ainda assim, não existe pronunciamento por parte dos Tribunais de Justiça sobre algum caso similar que nos sirva de referência, como tampouco se há recorrido ao Juiz para que autorize revelar um segredo por razões imperiosas.

Em resumo, enquanto não o imponha a Lei ou a autoridade sanitária de acordo com o exposto, ou o autorize o Juiz amparado no ordenamento jurídico (em hipóteses certamente muito excepcionais) o médico não pode vulnerar esse dever de confidência ou de segredo.

NOTAS

1. Heike Jung, *Aids im Blickfeld des Strafrechts*, Universitat des Saarlandes, Saarbrücken, 1988, 20 e ss.

2. Com o fim de simplificar, as referências no texto a pacientes de Aids ou à enfermidade da Aids aludem tanto ao portador de anticorpos do vírus HIV assintomático, como a quem padece a doença da Aids, assim como o complexo de enfermidades relacionados com a Aids (CRS), salvo que de modo expresso se indique alguma delas quando assim o requeira a análise jurídica individualizada de cada uma destas situações.

3. Lembre-se a concordância deste preceito com o art. 14 da CE, que proscree a discriminação, conseqüente da declaração de igualdade de todos os espanhóis.

4. V. Horst Herzog, "Die rechtliche Problematik von Aids in der Praxis des niedergelassenen Arztes", em *Medizinrecht*, 1988, p. 289 e ss.

5. V. também a respeito as previsões desta Lei sobre a Sanidade Penitenciária nas disposições finais 2.ª.5 e 3.ª.1.a.

6. Sobre estes aspectos da LGP, v. Carlos García Valdes, *Comentarios a la legislación penitenciaria*, 2.ª ed., Civitas, Madrid, 1982, 111 e ss.; Fidel del Río y Prado, "Ley Orgánica Penitenciaria. La asistencia sanitaria", em *Comentarios a la Legislación Penal* (dir. por M. Cobo del Rosal, e coord. por M. Bajo Fernández), t. VI, v. 1.º, Edersa, Madrid, 1986, 521 e ss.

7. O art. 140 do RP indica, entre outros fins, "descubrir la posible existencia de enfermedades, adoptando en su caso las medidas necesarias". De qualquer forma, haveria de perguntar-se se as provas específicas da Aids (p. ex., o teste Elisa), não deveriam ser realizadas prévia informação e consentimento do interno, de acordo com o caráter voluntário (e confidencial) que propugnam os organismos internacionais aos que aludo abaixo, com o fim de prevenir discriminações, ao menos enquanto não o imponham as autoridades administrativas de acordo com as faculdades que lhes outorga a LO de Medidas Especiais em Matéria de Saúde Pública, de 1986. Em relação com o mesmo, o citado art. 140 do RP prevê que em conjunto com esse reconhecimento inicial o médico proponha o isolamento dos suspeitos de enfermidades infecto-contagiosas e de perturbações mentais...

8. Refiro-me ao RD de 2 de março de 1978, parcialmente derogado pelo de 1988 que se menciona na continuação do texto.

9. O art. 147.2 do RP requer que a petição de ingresso no centro hospitalar extrapenitenciário público seja acordada pelo Centro Diretivo da correspondente Administração Penitenciária, prévia proposta arrazoada das Juntas de Regime e Administração, acompanhada por informes médicos nos que conste o diagnóstico da doença ou anomalia que requeira tratamento.

10. Fica aberta todavia uma última possibilidade, consistente na liberação do aidético em fase terminal avançada. V. Romeo Casabona,

C. M., "El sida en las prisiones. Transmisión del sida entre reclusos", em *VII Jornadas Penitenciarias Andaluzas*, Consejería de Gobernación, Junta de Andalucía, Sevilla, 1991, p. 47 e ss.

11. STS 15.11.1973, 15.6.1979 e abril 1981: também os farmacêuticos, as enfermeiras e os médicos da Previdência Social são funcionários em decorrência deste artigo.

12. V. art. 66.3 LGS, relativo ao regime de convênio, que indica ao respeito que "el sector privado vinculado mantendrá la titularidad de centros y establecimientos dependientes del mismo, así como la titularidad de las relaciones laborales del personal que en ellos preste sus servicios".

13. O art. 165 do CP diz o seguinte: "Incurrirá en la pena de arresto mayor (pena de privação de liberdade de um mês e um dia até seis meses de duração) y multa de 100.000 a 1.000.000 de pesetas el particular encargado de un servicio público que, por razón del origen, sexo, situación familiar o pertenencia o no pertenencia a una etnia, raza, religión, grupo político o sindicato, de una persona le denegare una prestación a la que tuviere derecho. Las mismas penas serán aplicadas cuando los hechos requeridos (sic: referidos) se cometieren contra una asociación, fundación o sociedad o contra sus miembros por razón del origen, sexo o situación familiar de sus miembros o de alguno de ellos, o por razón de la pertenencia o no pertenencia de aquéllos, o de una parte de los mismos a una etnia, nación, raza o religión determinada". V. Carlos M. Romeo Casabona, "Bias crime in Spanish Law", em *Symposium on Domestic and International Bias Crime*, International Criminal Law Center, Fordham University School of Law, New York, 1992 (no prelo).

14. STS 18.11.1991.

15. STC 27.6.1990, sobre o "recurso de amparo" de presos em greve de fome reivindicatória, e outras posteriores semelhantes.

16. De acordo com o que expõe Eduardo Cobreros Mendazona, "Notas acerca de los requisitos jurídicos de un eventual tratamiento sanitario obligatorio (A propósito de los enfermos de sida)", em *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 57, 1988, 59 e ss. (62).

17. Josefina Alventosa Del Río / Jaime Vidal Martínez, "Sida y Derecho en España", Informe apresentado ao *Rencontre Internationale sur le*

Thème Droit et Sida: Comparaison Internationale, Paris, 24-26 de outubro de 1991 (inédito).

18. Cobreros Mendazona, ob. cit., 63 e s. De acordo com este critério, Alventosa Del Rio / Vidal Martinez, "Sida y Derecho en España", cit.

19. Segundo propõe Cobreros Mendazona, "Notas acerca de los requisitos jurídicos de un eventual tratamiento sanitario obligatorio (A propósito de los enfermos de sida)", cit. 64 e s.

20. V. Organização Mundial da Saúde, *Declaración de la Reunión Consultiva sobre Prevención y Lucha contra el Sida en las Cárcels*, Genebra, 16/18 de novembro de 1987.

21. Assim, a "Recomendación 1080 (1988)" da Assembléia Parlamentar, relativa a *Une politique européenne coordonnée de la santé pour prévenir la propagation du sida dans les prisons*, ap. 7 e 13.

22. O art. 5.1.e diz assim: "Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y com arreglo al procedimiento establecido por la ley: (...) e) Si se trata de un internamiento, conforme a derecho, de una persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa, de un enajenado, de un alcohólico, de un toxicómano o de un vagabundo".

23. No "Ante-Proyecto de Recomendación" e no "Proyecto de Informe" relativos a *Le Sida et les Droits de l'Homme*, recom. D. ii, e *Conclusiones preliminares*, respectivamente.

24. Outros aspectos jurídicos vinculados à investigação epidemiológica da Aids podem ser vistos em Wollfram Eberbach, "Arzneimittel- und epidemiologische Forschung bei AIDS", em *Medizinrecht*, 1989, p. 281 e ss.

25. V. ao respeito, mais amplamente sobre este tipo de ações, Alventosa Del Rio / Vidal Martinez, ob. cit.

26. Sobre as implicações no âmbito laboral, v. Alventosa Del Rio / Vidal Martinez, ob. cit.

27. Assim, já Romeo Casabona, "El sida y las prisiones", ob. cit., 54; também, Diego M. Luzon Peña, "Problemas de la transmisión y prevención del sida en el Derecho Penal español", em *Jornadas sobre los derechos de los pacientes 1990*, Instituto Nacional da Saúde, Madrid, 1992, 105; e na bibliografia alemã, já, Wollfram Eberbach, *Rechtsprobleme der HTVL-III-Infektion (AIDS)*, Springer Verlag, Berlim, 1986, p. 761 e ss.

28. Neste sentido, STS 18.11.1991: portadores assintomáticos de anticorpos anti-HIV.

29. A dúvida que surge é se a consideração de enfermidade crônica do soropositivo e sua abstenção de ter descendência podem entender-se incluídos em *quedar esteril* ou com *una enfermedad somática o psíquica incurable* que menciona o art. 421 n. 2 CP, em cujo caso daria lugar à aplicação deste tipo agravado. Embora discutível, me inclino pelo critério negativo, enquanto a só soropositividade parece que pode ser reversível.

30. Outra questão conexa é a de se o médico deve comunicar sua situação ao paciente. Sendo suficientes e eficazes as medidas adotadas, não parece exigível.

31. Assim procedeu a STS 18.11.1991: dez milhões para cada um dos prejudicados por sua condição de portadores e mais quinze milhões se no futuro desenvolvessem a doença.

32. Tenha-se em conta que o RD 1945/1985, sobre Hemodação e Bancos de Sangue, assinala que corresponde aos Bancos de Sangue hospitalares (integrados em seus Serviços ou Unidades de Hematologia e de Hemoterapia) planejar e realizar a hemoterapia do hospital onde estejam situados (art. 21.2.a).

33. A este respeito regem o RD 1945/1985, de 9 de outubro, sobre Hemodação e Bancos de Sangue, e a OM 4.12.1945, que desenvolve o anterior RD (ponto 5.3). Posteriormente se tem ditado outras disposições (em particular pelas Comunidades Autônomas) que impõem a obrigação de realizar determinadas provas com o fim de detectar a presença de anticorpos de certos vírus, como o da hepatite C.

34. Resolução 6 septiembre 1985.

35. OM 18.2.1987, modificada por outra OM de julho 1987. V. também Resolução de 10.3.1987, da Subsecretaria do Ministério de Sanidade e Consumo, sobre coordenação de atuações e controle das provas de detecção de anticorpos anti-Vírus de Imuno-deficiência Humana.

36. Assim, p. ex., o País Vasco (O. 10.9.1985, O. 4.10.1985 e Resolução 8.10.1985). Navarra (D. Foral 205/1985, 23 de outubro), Aragón (O. 3.12.1985), Cataluña (O. 10.10.1986).

37. OM 24.6.1987.

38. OM 15.6.1988.

39. V. comentário da mesma daquele que foi seu relator, José Augusto de Vega Ruiz, *El tratamiento jurídico del sida*, Colex, Madrid, 1992.

40. Não teve o mesmo parecer o Auto do TSJ de Valência de 14.6.1990, que não encontrou responsabilidade penal alguma no caso de uma transfusão de sangue realizada em uma criança em 1984, que resultou contagiada (referido por Alventosa Del Rio / Vidal Martinez, "Sida y Derecho en España", cit., n. 58).

41. Critério que já mantive em 1987 em um Simpósio celebrado em 1987 pela *Sociedade Aragonesa de Hematologia e Hemoterapia*, cujo texto foi publicado algo mais tarde. V. Carlos M. Romeo Casabona, "Algunos problemas jurídicos relacionados con el sida", em *Razón y Fe*, n. 1097, 1990, 262.

42. P. ex., na República Federal Alemã são obrigatórias desde 1.10.1985 por disposição da Oficina Federal de Sanidade. V. Eberbach, *Rechtsprobleme der HTVL-III-Infektion (AIDS)*, cit., 35.

43. V. art. 8.1, que define o conceito de medicamento; e o art. 8.2, que define a substância medicinal, que inclui as de origem humana.

44. Neste sentido, as mencionadas ss. da AP de Barcelona e do TS 18.11.1991.

45. STS 18.11.1991.

46. RD 1945/1985, art. 3.1, embora sua Disposição Final primeira abre a possibilidade de gratificação econômica quando assim o autorize, em caráter excepcional, o Ministério de Sanidade e Consumo.

47. Na doutrina se discute se é necessária a venda em Farmácia para que possa considerar-se um produto como medicamento (ademais de outros requisitos). O resolve em sentido negativo, Javier Boix Reig, *Derecho Penal, Parte Especial* (coord. por T. Vives Antón), 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1988, 328; em sentido contrário, Francisco Muños Conde, *Derecho Penal, Parte Especial*, 8.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1990, 476 e s.

48. O Anteprojeto de CP de 1992 recolhe estas figuras delitivas em termos iguais que na atualidade, nos arts. 335 e 336, respectivamente, dentro dos delitos contra a saúde pública.

49. Eberbach, *Rechtsprobleme der HTVL-III-Infektion (AIDS)*, cit., 13 e s.

50. De opinião contrária, Gunter Solbach / Thomas Solbach, "Zur Frage der Aufklärung der Patienten bei Blutentnahmen (AIDS)", em *Medizinrecht*, 1988, p. 241 e s.

51. V. sobre esta casuística, Bernd Schunemann, "Problemas penales de la transmisión y prevención de Sida desde la perspectiva alemana" em *Jornadas sobre los*

derechos de los pacientes 1990, Instituto Nacional de Saúde, Madrid, 1992, 67 e ss.

52. O duvidoso da questão me levou a plantear, com reservas, a opinião contrária em um trabalho anterior. V. Romeo Casabona, "Algunos problemas jurídicos relacionados con el sida", cit., 264 e s.

53. Deste parecer, Alventosa Del Rio / Vidal Martinez, "Sida y derecho en España", cit., apoiando-se nos arts. 1902, 1104.1.º e 1266 do CC.

54. Como previnem o RD 1945/1985 (art. 6.º d) e a OM de 1985 (art. 6 p. 2.º).

55. Das estabelecidas no RD 1945/1985 (art. 21.5, ult. inciso, falta muito grave: "cualquier otra actividad que ocasione un riesgo o un daño directo de carácter grave para la salud pública"). As sanções se imporão, segundo o RD (art. 22), de acordo com o regime de infrações sanitárias da Lei 26/1984, de 19 de julho, sobre Defesa dos Consumidores e Usuários, conforme sua disposição adicional segunda, e normas ditadas em sua execução e desenvolvimento.

56. Cf. art. 344.a.1.º: "Cuando las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicótropas... se introduzcan o difundan en centros docentes, en centros, establecimientos y unidades militares o en establecimientos penitenciarios", também é oportuno transcrever o n. 4º: "Cuando las citadas sustancias o productos se faciliten a personas sometidas a tratamiento de deshabitación o rehabilitación".

57. V. também, Luzon Peña, "Problemas de la transmisión y prevención del sida en el Derecho Penal español", cit., 103 e ss.; Schunemann, "Problemas penales de la transmisión y prevención del Sida desde la perspectiva alemana", cit., 27 e ss.

58. Segundo o art. 348: "El que maliciosamente propagare una enfermedad transmisible a las personas será castigado con la pena de prisión menor. No obstante, los Tribunales, teniendo en cuenta el grado de perversidad del delincuente, la finalidad perseguida o el peligro que la enfermedad entrañare, podrán imponer la pena superior inmediata, sin perjuicio de castigar el hecho como corresponda si constituyere delito más grave".

59. V. ao respeito o estudo monográfico de José A. Sainz Cantero, "El delito de propagación maliciosa de enfermedad transmisible a las personas", em *Revista de Estudios Penitenciarios*, 1967, 13 e ss.

60. Tampouco resenham nenhum antecedente jurisprudencial, por inexistente ou desconhecido, José L. Manzanares Samaniego / José L. Albacar Lopez, *Código Penal (Comentarios y Jurisprudencia)*, 2.ª ed., Granada, 1990, comentário ao art. 348, p. 874.

61. V. sobre esta discussão, Sainz Cantero, "El delito de propagación maliciosa de enfermedad transmissible a las personas", cit., 28 e ss.; o mesmo, "Alcance del delito de propagación de enfermedades contagiosas", em *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados*, Granada, 1961; Boix Reig, *Derecho Penal, Parte Especial*, cit., 379 e s. 382 e s.; o mesmo, "Consideraciones críticas sobre el artículo 348 bis del Código Penal (Propagación maliciosa de enfermedades)", em *Delitos contra la salud pública*, Publ. do Instituto de Criminología, Valencia, 1977.

62. Assim, Sainz Cantero, "El delito de propagación maliciosa de enfermedad transmissible a las personas", cit., 35 e s. Sem embargo, o entende de perigo concreto, Boix Reig, *Derecho Penal, Parte Especial*, cit., 380. Parece que o entende de resultado, Muñoz Conde, *Derecho Penal, Parte Especial*, cit., 483.

63. Para isso é decisivo o alcance que se confira à expressão da conduta típica "propagar": v. José M.ª Rodríguez Devesa / Alfonso Serrano Gomez, *Derecho Penal Español, Parte Especial*, 14.ª ed., Dykinson, Madrid, 1991, 1092.

64. Desta opinião em relação ao art. 348, Boix Reig, *Derecho Penal, Parte Especial*, cit., 380 e s.; Muñoz Conde, *Derecho Penal, Parte Especial*, cit., 483; Rodríguez Devesa / Serrano Gomez, *Derecho Penal Español, Parte Especial*, cit., 1092; Sainz Cantero, "El delito de propagación maliciosa de enfermedad transmissible a las personas", cit., 57 e s. Sem embargo, não compartilha estas interpretações em geral quando a lei utiliza o termo "malícia", José Cerezo Mir, *Curso de Derecho Penal Español*, I, 3.ª ed., Tecnos, Madrid, 1985, 376 e ss., para quem compreende todas as classes de dolo, critério que subscrevo; no mesmo sentido, em relação a este delito, Luzon Peña, "Problemas de la transmisión y prevención del sida en el Derecho Penal español", cit., 112.

65. O Anteprojeto de CP de 1992 parece trasladar o contágio aos delitos de lesões corporais (v. art. 155). Sobre o tratamento jurídico penal do contágio de enfermidades transmissíveis no direito comparado, v. (para França, Rep. Fed. Alemã e Suíça, respectiva-

mente): Bernd-Dieter Meier, "Strafrechtliche Aspekte der Aids-Übertragung", em *Golt-dammer's Archiv fur Strafrecht*, 1989, 209 e ss.; Michel Danti-Juan, "Quelques reflexions en Droit penal français sur les problèmes posés par le sida", em *Revue de Droit Penal et de Criminologie*, 1988, 636 e ss.; Karl-Ludwig Kunz, "Aids und Strafrecht: Die Strafbarkeit der HIV-Infektion nach schweizerischem Recht", em *Schweizerische zeitschrift fur Strafrecht*, 1990, 45 e ss.; O CP deste país conta com um delito (art. 231) relativo à propagação de enfermidades humanas.

66. De igual forma o há entendido o Tribunal Supremo Federal alemão, tendo sustentado nestes casos a existência de um delito de lesões aplicado ao mantimento de relações sexuais sem proteção. V. sentença de Bundesgerichtshof de 4.4.1988, com seu extrato e comentário de Roland Helgerth, "Ungeschützter Sexualverkehr mit HIV-Infiziertem", em *Neue Zeitschrift fur Strafrecht*, 1989, 114 e ss. No mesmo sentido, Kunz, "Aids und Strafrecht: Die Strafbarkeit der HIV-Infektion nach schweizerischem Recht", cit., 46 e s.

67. Do mesmo parecer, Meier, "Strafrechtliche Aspekte der Aids-Übertragung", cit., 209; Danti-Juan, "Quelques reflexions en Droit penal français sur les problèmes posés par le sida", cit., 638; Kunz, "Aids und Strafrecht: Die Strafbarkeit der HIV-Infektion nach schweizerischem Recht", cit., 46, 48 e s.

68. V. art. 793.3 da LECr: "Cuando, en sus conclusiones definitivas, la acusación cambie la tipificación penal de los hechos o se aprecien un mayor grado de participación o de ejecución o circunstancias de agravación de la pena, el Juez o Tribunal podrá conceder um aplazamiento de la sesión..." (para o procedimento abreviado). O que, não obstante, pode dar lugar a resultados judiciais diversos e insatisfatórios, em função da maior ou menor celeridade impulsada para a conclusão de uns ou outros processos com sentença. Teria que ficar aberta, não obstante, a questão das indenizações civis, se com posterioridade se manifestasse a doença, como assinalamos acima.

69. Ao menos com o delito de homicídio, pois se se produzir seria difícil iniciar um novo processo, posto que não há fatos novos, senão um resultado casualmente derivado de um fato anterior já julgado, apesar de ser duvidoso poder eliminar dita relação casual (ao menos

em hipóteses bem conhecidas e controladas), nem a imputação objetiva do resultado, posto se há produzido o resultado previsto pela norma que proíbe matar (embora com um lapso de tempo prolongado, circunstância que tão só poderia valorar-se na medição da pena), a falta de outro tipo mais específico que contemple o encurtamento da vida por um procedimento mais ou menos lento, como poderia ser contagiar uma enfermidade mortal.

70. No mesmo sentido, Danti-Juan, "Quelques reflexions en Droit penal français sur les problèmes posés par le sida", cit., 638; Kunz, "Aids und Strafrecht: Die Strafbarkeit der HIV-Infektion nach schweizerischem Recht", cit., 47 e s.

71. Sem embargo, rechaça a possibilidade de um delito de homicídio com numerosos argumentos, Schunemann, "Problemas penales de la transmisión y prevención del Sida desde la perspectiva alemana", cit., 31 e ss.

72. Seria o caso. p. ex., se o delito imputado inicialmente tivesse sido de lesões do art. 420 (procedimento abreviado), e diante da evolução do interno contagiado e de outros indícios se qualificasse o fato como lesões do art. 418 ou homicídio, tentados ou consumados (procedimento ordinário). V. LECr, art. 793.8.

73. V. mais extensamente sobre esta questão, em concreto com relação às lesões imprudentes, Carlos M. Romeo Casabona, "El consentimiento en las lesiones, en el Proyecto de Código Penal de 1980", em *Cuadernos de Política Criminal*, n. 17, 1982, 287 e ss.

74. Sem embargo, com relação à exclusão do dolo nestes casos a questão não é pacífica. V. sobre isto e o risco permitido, p. e., Meier, "Strafrechtliche Aspekte der Aids-Übertragung", cit., 230; Kunz, "Aids und Strafrecht: Die Strafbarkeit der HIV-Infektion nach schweizerischem Recht", cit., 49 e ss.

75. Neste sentido, Alventosa Del / Vidal Martinez, "Sida y Derecho en España", cit.

76. Assim, em caráter geral o Decreto 26.7.1945, pelo qual se aprova o Regulamento para a luta contra as doenças infecciosas, desinfecção e desinsetação; o Real Decreto 30.7.1982, através do qual se ditam normas complementares sobre enfermidades de declaração obrigatória; Resolução da Direção Geral da Saúde Pública de 22.12.1981, com a lista de enfermidades de declaração obrigatória.

77. Outras Comunidades Autônomas que tem ditado disposições semelhantes: Catalunha (O. 16.12.1987), Madrid (D. 21.4.1988), Islas Baleares (D. 7.7.1988), Galicia (O. 7.11.1989), Murcia (O. 28.11.1989).

78. Em termos muito diferentes se tem planteado e resolvido a questão na jurisprudência e na literatura norte-americana, as que provavelmente tem levado muito longe o dever do médico de quebrar o sigilo profissional relativo ao seu paciente com o fim de evitar ou prevenir de perigos a terceiros em relação a outras enfermidades (sobretudo mentais) e o pretendem transladar a esta. V. sobre a discussão, Lee S. Fruman, "Aids and the Physician's Duty to Warn", em *Medicine and Law*, v. 10, n. 5 e 6, 1991, 416 e ss. e 515 e ss.