

Elementos para o estudo do Código Penal de Cabo Verde

Cadernos: 3

Augusto Silva Dias

Professor Auxiliar da Faculdade de Direito de Lisboa

Professor da Universidade Lusitana de Lisboa

- Responsabilidade criminal por transmissão irresponsável do vírus da Sida: um olhar sobre o Código Penal português e o novo Código Penal de Cabo Verde

FUNDAÇÃO DIREITO E JUSTIÇA

Responsabilidade criminal por transmissão irresponsável do vírus da Sida: um olhar sobre o Código Penal português e o novo Código Penal de Cabo Verde¹

1. Cruzamentos do tema da Sida com o Direito Penal: delimitação da exposição

São diversas as áreas de intersecção da problemática da Sida com o Direito Penal em sentido amplo. Assim, no âmbito do processo penal coloca-se o problema da admissibilidade como meio de prova dos testes arbitrários e, em especial, coercivos de Sida² e ainda a validade da recusa do médico em depor como testemunha acer-

¹ O presente artigo é uma versão desenvolvida da conferência proferida na cidade da Praia em 9 de Julho de 2004, a convite do Director desta Revista, meu colega e amigo Jorge Fonseca, e da Comissão Nacional Cabo-verdiana de luta contra a Sida, perante uma audiência constituída por Suas Ex.^{as} o Presidente da Assembleia Nacional, o Presidente do Supremo Tribunal de Justiça, o ex-Presidente da República, Doutor Mascarenhas Monteiro, a Bastonária da Ordem dos Advogados e ilustres deputados, magistrados e advogados. A mesma conferência foi apresentada no dia 12 do referido mês na encantadora e nostálgica cidade do Mindelo perante um - não menos ilustre - auditório de magistrados, advogados e outros juristas e quadros.

² Sobre o problema v. a recente publicação de COSTA ANDRADE, *Direito Penal médico. Sida: testes arbitrários, confidencialidade e segredo*, ed. Coimbra, 2004, p.134 e ss.

ca da seropositividade do seu paciente invocando o segredo profissional³. No domínio do Direito Penitenciário é recorrentemente suscitada por toda a parte a questão da legitimidade de testes forçados de Sida aos reclusos para protecção da saúde da população prisional⁴. Também no plano substantivo são variados e complexos os encontros com o tema da Sida. Desde os aspectos relacionados com a responsabilidade médica por intervenções médico-cirúrgicas arbitrárias realizadas sobre um paciente portador de VIH⁵, ou por revelação a terceiros de que um paciente está infectado com o vírus⁶, ou ainda por homicídio ou ofensas corporais por omissão com base em dever de garante fundado numa especial posição de protecção dos bens jurídicos do paciente ou num controlo da fonte de perigo representado pelo próprio agente infectado⁷, às situações de transmissão irresponsável do vírus a outras pessoas pelo portador, independentemente do meio utilizado, muitas são as questões com que legislador e doutrina penais vêm sendo confrontados, que requerem novas soluções e põem em crise algumas certezas tidas como garantidas.

O sempiterno e incontornável limite de tempo não permite tratar seriamente todos estes problemas no quadro da presente exposição. Por isso ela versará exclusivamente sobre o tema da transmis-

³ v. também COSTA ANDRADE, *Direito Penal médico*, em especial, p.232 e ss.

⁴ v. COSTA ANDRADE, *Direito Penal médico*, p.144 e ss.; SILVA SANCHEZ, *El Sida en la carcer algunos problemas de responsabilidad penal*, in MIR PUIG (ed.), *Problemas jurídico penales dei Sida*, ed. Bosch, 1993, p.112 e s.; BERND SCHÜNEMANN, *Problemas jurídico-penales relacionados con el Sida*, in MIR PUIG (ed.), *ob.cit.*, p.77 e ss.

⁵ v. COSTA ANDRADE, *Direito Penal médico*, p.51 e ss.; SCHÜNEMANN, *Problemas jurídico-penales*, p.69 e ss.; CORNELIUS PRITTWITZ, *Strafrechliche Aspekte von HIV-Infektion und Aids*, in PRITTWITZ (Hrsg.), *Aids, Recht und Gesundheitspolitik*, ed. Sigma Bohn, 1990, p.130 e ss.

⁶ v. COSTA ANDRADE, *Direito Penai médico*, p.179 e ss.; SILVA SANCHEZ, *El Sida en la carcer*, p.113 e ss., reflectindo sobre o problema no quadro penitenciário; SCHÜNEMANN, *Problemas jurídico-penales*, p.93 e ss.; PRITTWITZ, *Strafrechliche Aspekte*, p.135 e ss.

⁷ Sobre a questão v. FERNANDA PALMA, *Transmissão da Sida e responsabilidade penal*, p.167.

são irresponsável do vírus da Sida em contactos interpessoais directos ou anónimos. O adjectivo irresponsável exprime a atitude de quem sabe que está infectado e mantém contactos de risco com a vítima ou vítimas sem as informar da sua condição. Por contactos interpessoais directos entendo, seguindo a orientação da fenomenologia social⁸, as relações «cara a cara» em que agente e vítima dominam aspectos essenciais da biografia um do outro, como sucede nas relações entre cônjuges ou de estreita comunidade de vida e por contactos anónimos represento as relações entre sujeitos contemporâneos que se conhecem ocasional e tipicamente, como acontece nas relações aventureiras entre ou com pessoas pertencentes a grupos de risco. Reflectirei sobre o tema tendo em vista, como disse, o vírus da Sida e os contactos sexuais como via de contágio, mas a minha argumentação valerá *mutatis mutandis* quer para a contaminação por outros meios, como seringas infectadas, quer para a transmissão de outras doenças igualmente contagiosas, como as hepatites b e c. O caso central que elegerei como base das considerações que se seguem é o da prostituta que sabe que é seropositiva, ou representa seriamente essa possibilidade, e não informa o cliente do seu estado, nem lhe pede ou exige que use protecção adequada.

Uma advertência importa fazer ainda. As reflexões seguintes sobre a responsabilidade criminal do comportamento descrito partem de uma compreensão da evolução da doença baseada em dados

⁸ v. o fundador desta derivação da fenomenologia, ALFRED SCHÜTZ, *The phenomenology of the social world*, ed. Northwestern Univ. Press, Evanston, 1967, p.181 e s., onde afirma que «quando te encontro cara a cara conheço-te como pessoa num momento único de experiência. Enquanto esta relação-nós permanece ininterrupta cada um de nós está aberto e acessível aos actos intencionais do outro ... A situação muda por completo quando te experimento como meu contemporâneo ... Todo o meu conhecimento de ti é mediato e descritivo. Nesta forma de conhecimento estabeleço as tuas 'características' por inferência». Sobre o rendimento teórico e prático da distinção em causa v. AUGUSTO SILVA DIAS, «Delicta in se» e «delida mere prohibka»: uma análise das descontinuidades do ilícito penal moderno à luz da reconstrução de uma distinção clássica, (tese de doutoramento não publicada), Lisboa, 2003, ps. 358 e ss. e 710 e ss.

actuais da ciência médica⁹. Um deles indica que a Sida inclui como fases distintas e separáveis, o contágio ou infecção, o período de «janela», o período seropositivo assintomático, o período clínico ou de doença propriamente dita e eventualmente a morte por destruição ou falência do sistema imunitário¹⁰. Outro dado esclarece que a progressão da Sida não é linear. Enquanto a probabilidade de contágio é baixa, a de verificação dos períodos seropositivo e clínico é elevada. Mas factores variáveis como a carga virai transmitida, a constituição genética do infectado e a boa ou má recepção do organismo às terapias intensivas com antiretrovirais etc, podem protelar esses períodos por longo tempo, ou, num número mais reduzido de casos, bloquear a passagem de uns para outros¹¹. É sabido que as categorias do sistema de imputação, com base no qual a responsabilidade criminal é determinada, como elementos normativos que são, não reagem mecanicamente à evolução da medicina e à descoberta de novos dados sobre a dinâmica das doenças. Mas a ligação estrutural que mantêm com o mundo da vida social e a actividade humana que o constitui, faz com que possam receber as descobertas científicas a título de informação e a sua aplicação possa ser por estas mais ou menos influenciada. Não excludo, em síntese, que, também neste domínio, novas aquisições científicas sobre a doença em causa e a respectiva cura possam levar a alterar algumas das conclusões a que chego.

⁹ Dados que colhi sobretudo do livro de MACHADO CAETANO, *Lições de Sida, lições de vida: Sida e comportamentos de risco*, 2ª ed., ed. Âmbar, 2001; do *Manual Merck de saúde para a família*, ed. Merck Sharp & Dohme, s/d, um livro para não médicos mas escrito com rigor científico; da doutrina penal, muito em especial de COSTA ANDRADE, *Direito Penal médico, passim*.

¹⁰ v. MACHADO CAETANO, *Lições de sida, lições de vida*, especialmente p.107 e ss.

¹¹ MACHADO CAETANO, *Lições de Sida, lições de vida*, p.134 e ss. refere que a utilização de fármacos apropriados consegue hoje atrasar o desenvolvimento da Sida em cerca de 50% dos casos e que indivíduos há em que a Sida não progride por causas biológicas. São os chamados «long term non progressors»; O *Manual Merck*, p.962 adianta, por sua vez, que em consequência do tratamento com os novos fármacos a Sida «converteu-se numa doença tratável embora ainda não curável».

2. Fundamento e eficácia da intervenção penal no âmbito da contaminação com VIH em contactos íntimos.

Questão prévia e de certo modo prejudicial em relação à determinação da responsabilidade criminal do agente que irresponsavelmente infecta outrem é a de saber se é legítima e eficaz a intervenção do Direito Penal em contextos de intimidade e de cumplicidade como aqueles em que, de uma maneira geral, tem lugar a transmissão do vírus da Sida. Esta questão, está bem de ver, apela a um discurso de fundamentação que precede logicamente qualquer discurso de aplicação, como é o discurso dogmático que preside à análise e à decisão acerca da punibilidade dos comportamentos.

Responderam negativamente à interrogação posta alguns partidários confessos de um Direito Penal mínimo, assente num postulado de não intervenção, adiantando que o combate à transmissão do VIH através do Direito Penal causaria mais prejuízo do que benefício¹². Para além de estar condenada ao insucesso em virtude da elevada taxa de cifras negras que neste domínio se verifica, uma tal opção destrói o desenvolvimento da auto-responsabilidade e do sentido de auto-protecção, que as políticas públicas de prevenção da Sida se esforçam por promover. Na verdade, realçam estes autores, 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 contraproducente.

Esta posição adverte para um aspecto que não deve ser negligenciado. A Sida é um problema social que não pode ser resolvido

¹² Uma exposição crítica da perspectiva minimalista, aqui resumidamente apresentada, pode ver-se em ROLF-DIETRICH HERZBERG, *Sida: desafio y piedra de toque dei Derecho Penal*, in MIR PUIG (ed.), *Problemas jurídico-penales dei Sida*, p.122 e ss.

através do Direito Penal. Estamos perante um campo problemático em que o Direito Penal tem uma fraca capacidade de ressonância. Tanto os contactos sexuais como a utilização de seringas por toxicodependentes são comportamentos socialmente frequentes e num certo sentido (não normativo) normais, cuja motivação reside na satisfação de necessidades humanas. São áreas comportamentais propícias ao desenvolvimento de relações íntimas e de cumplicidades entre os intervenientes, onde a mensagem da proibição jurídica dificilmente penetra e as taxas de cifras negras da infracção são tendencialmente elevadas¹³. Se a este inconveniente acrescentarmos um outro, mais precisamente, o das sérias dificuldades que o quadro de evolução da doença¹⁴ coloca à aplicação de conceitos e categorias que servem a imputação jurídico-penal, como veremos, depressa concluiremos que o Direito Penal não constitui o meio mais adequado de lidar com e de controlar este problema social. Se a comunidade apenas dispusesse do instrumento penal para reagir à transmissão irresponsável do vírus da Sida, estaria seguramente a travar uma batalha perdida. As políticas preventivas e de educação para a auto-preservação têm de ocupar efectivamente o primeiro plano na protecção das vítimas e no combate à propagação da doença.

Se é certo, como julgo, que o Direito Penal não deve ser o único, nem o primeiro instrumento de combate ao flagelo em causa e às formas da sua propagação irresponsável, isso não significa, como quer a concepção minimalista exposta, que a proibição jurídico--penal de certos comportamentos não desempenhe nenhum papel

¹³ Sobre este défice probatório, recorrentemente salientado pela doutrina, v. por todos CARMEN GÓMEZ RIVERO, *La imputación de los resultados producidos a largo plazo*, ed. Lo blanc, 1998, p.166; PRITTWITZ, *Strafrechtliche Aspekte*, p.128.

¹⁴ Uma descrição do processo evolutivo da doença pode ver-se em MACHADO CAETANO, *Lições de Sida, lições de vida*, p.105 e ss.; *Manual Merck*, p.959 e s; COSTA ANDRADE, *Direito Penal médico*, p. 13 e s.

nesse combate e muito menos que o Direito Penal impede a formação de premissas de auto-responsabilidade. Acaso a circunstância de o furto (de uso e não só) de automóveis ser um facto punível nos leva a deixar o carro aberto à noite? O facto de a burla ser crime predispõe-nos porventura para embarcarmos no conto do vigário? Se não baixamos a guarda nestes casos e procuramos adoptar medidas prudentes de auto-tutela, por que razão deixaríamos de o fazer no plano dos contactos sexuais (ou do uso de seringas) só porque certos comportamentos transmissores do VIH são definidos como crime? Será razoável pensar que as vítimas potenciais serão mais prudentes e aperfeiçoarão o sentido de auto-protecção se prescindirmos completamente neste âmbito da ameaça de pena?

A única resposta racional é obviamente a negativa¹⁵. Creio mesmo que a completa renúncia à intervenção penal como último recurso, isto é, como retaguarda do combate à transmissão dos casos mais graves e reprováveis de contaminação com VIH, seria paradoxal e, agora sim, manifestamente contraproducente. Como se compreenderia que o Estado, ao mesmo tempo que concebe e leva a cabo políticas educativas e sanitárias, de prevenção e controlo da expansão do fenómeno epidémico, se demitisse de punir os comportamentos que de forma mais censurável contribuem para essa expansão? Faria algum sentido e teria algum sucesso uma estratégia pública que visasse, por um lado, a redução do número de infectados (a tal promoção da auto-responsabilidade das potenciais vítimas) e dissesse, por outro lado, aos infectantes que nada lhes acontece se contagiarem outros de modo irresponsável? É realmente difícil imaginar cenários em que uma estratégia seja mais contraditória e auto-neutralizante¹⁶. Às potenciais vítimas ela faz um discurso incentivador

¹⁵ Em sentido idêntico se pronuncia HERZBERG, Sida: desafio, p.124 e ss.

¹⁶ Deste modo também HERZBERG, Sida: *desafio*, p.126.

da auto-protecção e aos potenciais agentes convida à contaminação sem consequências e ao laxismo. Basta isto para perceber que as políticas preventivas e de sensibilização, se se pretendem consequentes, não podem dispensar o recurso, em «ultima ratio», ao Direito Penal. Este não concorre com essas políticas, antes complementa e reforça, do modo descrito, o seu significado e objectivos na consciência colectiva.

A defesa da intervenção do Direito Penal no âmbito da transmissão irresponsável da Sida que acabo de fazer, não significa que seja adepto da sua incriminação «qua tale». A particularização e autonomização formal de comportamentos já puníveis, como, por exemplo, a inscrição de grafites em monumentos, a excisão clitoridiana, ou a transmissão do VIH, traduz-se as mais das vezes em práticas discriminatórias e estigmatizantes de grupos sociais, numa lógica mais de Direito Penal do inimigo do que de Direito Penal do cidadão¹⁷. Ilustra-o à saciedade a inclusão entre os resultados agravantes do artº 177 nº3 do Código Penal (doravante, CP) português da «transmissão de vírus do síndrome de imunodeficiência adquirida ou de formas de hepatite que criem perigo para a vida». Além de comentários formais que se prendem com a redacção dos efeitos em causa, cabe perguntar por que razão o legislador discriminou a Sida e certas formas de hepatite em relação à sífilis, ao ponto de a agravação se bastar nesta última com o facto de o autor ser dela portador (v. nº2), enquanto nas duas primeiras se prevê uma agravação pela sua efectiva transmissão, e, por outro lado, por que não seguiu aqui a técnica utilizada no artº 283 nº1 ala) do CP fazendo menção sim-

¹⁷ Sobre o significado das expressões Direito Penal do inimigo e Direito Penal do cidadão v. JAKOBS/CANCIO MELIÁ, *Derecho Penal dei enemigo*, ed. Civitas, Madrid, 2003, *passim*; SOUSA E BRITO, O inimigo em *Direito Penal*, conferência não publicada, apresentada no Colóquio Internacional de Direito Penal realizado na Universidade de Lusíada de Lisboa nos dias 20 e 21 de Outubro de 2004.

plesmente a doenças infecciosas sexualmente transmissíveis que ponham em perigo a vida. Que sucede se o autor transmitiu realmente à vítima, através do crime sexual que cometeu, o vírus da sífilis ou outro?¹⁸ Faz sentido que seja punido como se fosse tão só portador da doença, nos termos do n.º2 do art.º177? E se o autor for portador de VIH sem ter, contudo, contaminado a vítima no acto sexual criminoso? É punido segundo a agravação daquele n.º2, apesar de o caso não constar da exemplificação introduzida pelo «nomeadamente»?¹⁹

Concluo, assim, que se é certo que a transmissão irresponsável de VIH não deve ser radicalmente subtraída à alçada do Direito Penal, o modo de incluir aquele comportamento nesta alçada não deve passar pela especificação típica do vírus ou da doença. Isso não só traz inconvenientes do ponto de vista da interpretação e aplicação do Direito Penal, como tem um sentido discriminatório e estigmatizante inaceitável. De aplaudir é neste ponto a solução do legislador cabo-verdiano que em preceito análogo (art.º151 n.º2) define o resultado agravante como «transmissão de doença grave e incurável».

3. A punibilidade da transmissão irresponsável do vírus da Sida nos Códigos Penais português e cabo-verdiano

Assentes que estão fundamento, limites e termos da intervenção penal no âmbito da contaminação irresponsável com o vírus da Sida, é hora de analisar o enquadramento possível de um tal comporta-

¹⁸ Lê-se no *Manual Merck*, p.969 e s. que no seu estágio terciário, que é alcançável também ao cabo de décadas, em caso de falta de tratamento (mais propriamente em 5% de pessoas com sífilis não tratada), a sífilis pode virar doença crónica incapacitante ou mesmo causar a morte.

¹⁹ Parece inclinar-se neste sentido MARIA JOÃO ANTUNES, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Coimbra Ed., 1999, anot. ao art.º177, §5, que contesta, porém, quer a exemplificação, quer a abrangência da expressão usada no n.º2. Outro aspecto que me causa perplexidade é o facto de a agravação do n.º2 se referir ao portador de doença sexualmente transmissível sem mais. E se o autor for portador de uma dessas doenças e se tiver rodeado de todos os cuidados para evitar a contaminação, nomeadamente usando preservativo? Deve entender-se que este caso está abrangido pela agravação? Em minha opinião, a resposta é negativa. De outro modo, o preceito visaria um tipo de autor e, dessarte, a perseguição do inimigo. O legislador cabo-verdiano não incluiu - e bem - aquela qualidade entre as agravantes dos crimes sexuais.

mento nos tipos incriminadores dos Códigos Penais português e cabo-verdiano. A que título podem ser punidos comportamentos daquela natureza em ambos os diplomas?

Procederei neste lugar tão somente a uma identificação ou descrição, num e noutra diploma, dos tipos incriminadores que são correntemente invocados para subsumir o comportamento em apreciação e para funcionar como ponto de partida sistemático do processo de atribuição da responsabilidade criminal. Não cuidarei aqui, pois, da interpretação desses tipos, nem da validade da sua aplicação ao problema em causa. Isso será objecto dos pontos 4 e 5.

Uma vez que o VIH se torna um vírus letal quando a infecção por ele provocada se converte num quadro de doença, ele constitui um meio adequado a provocar a morte e, nessa base, os tipos de homicídio apresentam-se como candidatos à integração de comportamentos de transmissão. Quer na forma de homicídio simples (doloso), previsto nos arts.131 do CP português e 122 do CP cabo-verdiano, quer na forma de homicídio negligente consagrado respectivamente nos arts.137 e 126. Particular relevância terá neste plano a qualificação do homicídio representada pelos arts.132 n.º 2 al.h) do CP português e 123 ai.a) do CP de Cabo Verde. A circunstância imediatamente relevante é a utilização de «meio insidioso» posto que a transmissão irresponsável de um vírus opera caracteristicamente às ocultas, fora do alcance sensorial da vítima, retirando-lhe, por isso, qualquer hipótese de reacção²⁰.

²⁰ Sobre o significado desta circunstância v. FIGUEIREDO DIAS, *Comentário Conimbricense*, anot. art.º132, § 27. Muito diferente é todavia o funcionamento qualificante da referida circunstância no âmbito do art.º132 do CP português e 123 do CP cabo-verdiano. Para além de este último não ter acolhido uma técnica de exemplos-padrão, uma outra diferença importante sobressai: enquanto o Código Penal português faz depender a qualificação do homicídio da comprovação de um especial tipo de culpa (a «especial censurabilidade ou perversidade do agente»), no art.º123 do Código Penal de Cabo Verde a qualificação funciona apenas em um nível, dispensando qualquer correctivo dessa natureza. A par desta modalidade, mais objectiva, o legislador cabo-verdiano consagrou no art.º124 uma lógica de dois níveis, semelhante à usada no art.º132 do CP português, para agravar o homicídio «em razão da qualidade da vítima». Aí se faz depender a qualificação «do acentuado grau de ilicitude do facto ou da culpa do agente» revelados nas circunstâncias do caso. É compreensível que a agravação por motivos particularmente censuráveis não tenha de depender de um tal correctivo, mas já o mesmo não

Também as ofensas corporais representam um cenário de possível enquadramento do comportamento em análise. Tanto as ofensas corporais simples como as ofensas corporais graves, respectivamente dos arts.143 e 144 ais. c) e d) do CP português e dos arts. 128 e 129 ns. 1 e 2 do CP cabo-verdiano, constituem uma solução mais expedita e razoável dado que a evolução da Sida é, como refere COSTA ANDRADE, «um processo longo e dinâmico», em que «entre o contágio e a doença podem mediar mais de vinte anos»²¹, sendo a morte, por isso, um desfecho aleatório. Para a agravação da pena contribuem o carácter «incurável» e «permanente» da doença e o «perigo para a vida», resultados previstos nos tipos mencionados. Relevância terá também a caracterização da transmissão do VIH como emprego de «meio insidioso» para agravar quer as ofensas corporais simples, quer as ofensas corporais graves, já que tanto o legislador penal português (artº146) como o cabo-verdiano (artº130) optaram por aplicar às duas espécies de ofensas à integridade física a técnica de qualificação desenhada para o homicídio doloso.

acontece em relação ao emprego de veneno ou outro meio insidioso. Se alguém matar outrem ministrando-lhe um veneno de acção rápida por compaixão, o autor realizará um homicídio agravado do artº123 podendo a pena ser livremente atenuada nos termos do artº84 nº2 al.d), ao passo que se a vítima for pai ou filho do autor já este terá realizado o homicídio simples do artº122 (pois faltará o grau acentuado de culpa), podendo a pena ser também livremente atenuada com base naquele preceito (na medida em que a compaixão determine in *casu* uma diminuição acentuada da culpa). A atenuação livre da pena acaba por incidir sobre tipos penais diferentes sem que se descortinem razões que fundamentem um tratamento desigual dos dois casos.

²¹ Direito Penal *médico*, p.13.

A transmissão irresponsável do vírus da Sida pode ainda relevar como resultado agravante de uma série de crimes sexuais nos termos dos arts. 177 n.º3 do CP português e 151 n.º2 do CP de Cabo Verde. Ambos os tipos agravados pelo resultado são particularmente vocacionados para abranger casos de contaminação por via sexual, desde que sejam vinculados quanto à acção, que tem de ser um dos crimes sexuais expressamente descritos, e ausente que esteja o consentimento da vítima. A presença deste funcionará tendencialmente como acordo afastando a própria tipicidade do crime base²².

A propagação de doença contagiosa, um crime de perigo comum concreto previsto nos arts.283 do CP português e 299 do CP cabo-verdiano, constitui outro tipo aplicável ao comportamento em causa. O alcance dessa aplicação é, no entanto, limitado. Os bens jurídicos tutelados por qualquer daqueles tipos incriminadores, apesar da matriz individual (vida, integridade física) têm, contudo, uma projecção colectiva ou, se se preferir, um carácter pluri-individual, sendo o seu titular um sujeito indiferenciado²³. Se a arquitectura do objecto de tutela não obsta à aplicação dos tipos mencionados aos contactos sociais anónimos, como é o caso das transfusões de sangue ou outros produtos plasmáticos a hemofílicos ou da prática de sexo em grupo em clubes da especialidade, já torna difícil a sua aplicação no contexto de relações cara a cara em que a vítima é uma pessoa determinada. A contaminação do namorado ou do cônjuge com VIH são situações que escapam à «ratio» dos crimes de perigo

²² Neste sentido, v. COSTA ANDRADE, *Consentimento e acordo em Direito Penal*, Coimbra Ed., 1990, ps.382 e ss. e 643 e ss.; *Direito Penal médico*, ps.56 e ss. e 201 e ss., aplicando, contudo, a distinção entre consentimento e acordo fora do âmbito dos crimes sexuais; FIGUEIREDO DIAS, *Comentário Coninbricense*, anots. arts.163, §25; 165, §8; 166, §12.

²³ Para uma caracterização do ilícito-típico dos crimes de perigo comum v. SILVA DIAS, *Entre «comes e bebes»*: debate de algumas questões polémicas no âmbito da protecção juridico-penal do consumidor, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 8 (1998) n.º4, p.544 e ss.

comum e são mais adequadamente resolvidas através de tipos que tutelam bens jurídicos individuais de titularidade determinada.

Para finalizar este quadro expositivo deve ter-se em conta que o CP de Cabo Verde encerra um capítulo intitulado «colocação de pessoas em perigo» onde figuram duas incriminações que são especialmente pertinentes aos casos de transmissão virai que analisamos e que não têm qualquer paralelo no diploma homólogo português. São elas a exposição de outra pessoa a doença venérea ou outra doença grave por meio de relações ou actos sexuais (artº155) e a prática de acto capaz de produzir infecção ou contágio com o fim de transmitir a outrem doença grave (artº156). Esta solução, inspirada no *Alternativ Entwurf eines Strafgesetzbuch* alemão²⁴, é muito interessante já que permite dar resposta a muitos dos problemas que se colocam à atribuição de responsabilidade criminal no âmbito dos crimes contra a vida e a integridade física integrados por um resultado, seja ele de lesão ou de perigo. Deste ponto cuidaremos em seguida.

4. Dificuldades de imputação objectiva e subjectiva no domínio dos crimes de resultado contra a vida e a integridade física.

4.1. O problema do resultado produzido a longo prazo

Vimos já que o vírus da Sida é um «lentivirus», cujo processo evolutivo no organismo do hospedeiro é longo, podendo a doença

²⁴ Refiro-me à Parte Especial - crimes contra as pessoas, de 1970. A inspiração é, todavia, apenas de ordem sistemática. Na verdade, o Projecto contém um capítulo intitulado «colocação em perigo de pessoas» (§ 151 e ss.) mas não prevê concretamente as infracções dos arts.155 e 156 do CP de Cabo Verde ou análogas.

e, por maioria de razão, a morte, ocorrer ao cabo de décadas passadas sobre o momento da contaminação. Nesse decurso de tempo intervêm normalmente múltiplos factores causais (contactos sexuais, transfusões de sangue, características genéticas da vítima, terapia à base de antiretrovirais etc.) que podem influenciar a produção do resultado nocivo, quebrando ou diluindo a relação de causalidade entre o contágio concreto e a doença grave e permanente ou a morte. À uma, a ciência médica alerta para o facto de a Sida nem sempre conduzir à morte do infectado pois, para além do aumento da sobrevivência graças às novas terapêuticas, há indivíduos com diferenças genéticas nos receptores celulares que oferecem grande resistência à doença - os «long survivors»²⁵. À outra, é quase intuitiva a afirmação de que quanto maior é o período que medeia entre os dois acontecimentos mais difícil é a comprovação de que um determinou necessariamente o outro. À medida que a dilação temporal aumenta, cresce a complexidade causal e reduzem-se as possibilidades de estabelecimento de uma relação causa-efeito entre acontecimentos que integram o complexo. Falta, deste modo, a dimensão temporal da causalidade e, por arrastamento, falece o pressuposto naturalístico da imputação objectiva²⁶. A relação causal pode ser estabelecida em geral com base em regras da experiência comum ou em leis científicas e, como o caso da thaídomida veio há muito eloquentemente mostrar, sem a prova daquela relação falta a base indispensável para determinar se o resultado constitui ou não a materialização do risco juridicamente desaprovado criado pela acção ou se pertence ao grupo de resultados que a norma pretende evitar. É precisamente este o problema que, a despeito dos avanços

²⁵ V MACHADO CAETANO, *Lições de Sida, lições de vida*, p.109 e s.

²⁶ Deste modo, WOLFGANG FRISCH, *Tipo penai e imputación objectiva*, ed. Colex, 1995, p.43 e s. que afasta, no entanto, a imputação com base em argumentos normativos, designadamente, a falta de um risco desaprovado no sentido dos tipos de crime contra a vida.

da biologia genética, continua a colocar sérios embaraços à imputação efectiva de resultados remotos como aqueles de que me ocupo. A acção contaminadora surge nestes casos, não como causa, mas tão só como uma (entre muitas) condição do resultado.

Lidamos, pois, entenda-se bem, não com uma impossibilidade lógica de estabelecimento do nexa causal entre conduta e resultado, mas com uma dificuldade prática de tal ordem que é impossível ignorá-la no plano substantivo da imputação. Pode dizer-se, porém, neste ponto da argumentação, que as dificuldades de causalidade e de imputação objectiva que inventariei apenas impedem a atribuição do resultado à acção, mas não, por exemplo, a verificação de uma tentativa de homicídio, conquanto o autor tenha agido com dolo. Contra esta solução militam, contudo, três importantes objecções.

4.2. A semântica do verbo matar

A primeira delas prende-se com a semântica do verbo matar. Matar significa tirar a vida a outra pessoa, destruir a sua existência biológica, ou, se se preferir, antecipar a morte para um determinado momento. Nesta definição não cabe, como é bom de ver, a transmissão do vírus da Sida que desenvolve normalmente um quadro de doença, que se pode prolongar por muitos anos. Tirar a vida tem um significado diferente de diminuir a esperança de vida ou encurtar o tempo de vida de outrem²⁷. Se um sujeito agride fisicamente outro com uma barra de ferro e lhe provoca uma insuficiência renal que desgasta e debilita a sua saúde e lhe reduz tempo de vida ou se um indivíduo queima durante algum tempo um produto tóxico no seu quintal cujo fumo causa problemas respiratórios nos vizinhos

²⁷ Neste sentido, v. SCHÜNEMANN, *Problemas jurídico-penales*, p.30 e s.; LUZÓN PEÑA, *Problemas de la transmisión y prevención dei Sida en el Derecho Penal espanol*, in MIR PUIG (ed.), *Problemas jurídico penales dei Sida*, p.18.

mais próximos que acabam por debilitar o organismo e acelerar o envelhecimento das células, nós não qualificamos estas acções como homicídio, nem tão pouco como tentativa de homicídio. Entendê-las deste modo significaria não só romper os limites da linguagem, mas equiparar normativamente certas ofensas corporais ao homicídio. Não podia estar mais de acordo com SCHÜNEMANN²⁸ quando sustenta que certos tipos de ofensas corporais implicam já caracteristicamente um «consumo de recursos vitais», e, por conseguinte, um encurtamento do tempo de vida da vítima, situações que não puderam deixar de ser contempladas na fixação da respectiva moldura penal.

4.3. A autoria e o dolo

As dificuldades dogmáticas colocadas à hipótese da tentativa de homicídio não se quedam pelo campo semântico. Também os conceitos de autoria e de dolo, melhor, de autoria no facto doloso, oferecem resistência àquela hipótese. É ponto assente na doutrina penal, pelo menos desde WELZEL, que autor de um facto doloso só pode ser aquele que domina o acontecimento, que tem nas mãos as rédeas do curso causal. Este conceito não se ajusta aos casos de processos causais sinuosos e prolongados no tempo, sujeitos portanto a múltiplas interferências, porque neles o autor não controla o acontecimento nos seus detalhes principais. O único aspecto que o autor verdadeiramente pode dominar e relativamente ao qual o problema do dolo se pode equacionar é o da transmissão do vírus à vítima. Para além desse aspecto, predomina a complexibilidade e a invisibilidade causal: entramos no território da álea. Não se pode

²⁸ v. *Problemas jurídico-penales*, p.31.

afirmar com rigor dogmático que o dolo do agente se dirige ao resultado típico dos crimes de homicídio²⁹.

FERNANDA PALMA tira uma conclusão diferente partindo de duas premissas que considero correctas: que o dolo se forma a partir de representações comuns do mundo da vida do agente e não com base em probabilidades estatísticas; que em matéria de contágio com o vírus da Sida o elevado temor social contrasta com a baixa probabilidade estatística³⁰. Mas isto não é suficiente para afirmar o dolo de homicídio. Primeiro, porque as representações comuns acerca da acentuada perigosidade das relações sexuais com pessoa infectada com o vírus se reporta, como a própria autora refere, ao contágio e -quando muito - à doença, mas não à morte. É um dado da experiência actual, difundido recorrentemente pela imprensa, que uma pessoa infectada pode viver longos anos. Várias histórias de vida têm contribuído para a comunização dessa ideia. O que é hoje socialmente receado nos contactos com o portador do vírus é essencialmente o contágio e o que isso representa para a saúde humana e não exactamente - pelo menos não em grau comparável - a morte.

Depois, embora os critérios de causalidade, de conexão de risco, de transferência de risco, de âmbito de protecção da norma e as considerações sobre o dolo sirvam elementos de imputação autónomos, essa autonomia é relativa como acentua também FERNANDA PALMA³¹. São diversos os pontos de intersecção entre os dois aspectos da tipicidade que determinam uma influência de juízos de causalidade e imputação objectiva sobre a atribuição do dolo e vice-

²⁹ Também assim SCHÜNEMANN, *Problemas jurídico-penales*, p.38.

³⁰ v. *Transmissão da Sida e responsabilidade penal*, p.160; sobre o baixo índice de probabilidade de transmissão do vírus, v. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte Geral*, tomo I, Coimbra Ed., 2004, p.357, citando dados médicos que indicam que tal probabilidade é de 0,1 % a 1% por cada contacto; do mesmo modo, ROXIN, *Strafrecht, AT*, I, §12, n°77 e nota 153; STRATENWERTH/ KUHLEN, *Strafrecht, AT*, I, 5ª ed., ed. Heymanns, 2004, §8, n°78.

³¹ v. *Transmissão da Sida e responsabilidade penal*, p.161.

versa³². O aspecto que quero aqui sublinhar é o seguinte: onde o processo causal concreto, de tão complexo e sinuoso, escapa ao domínio humano geral dos acontecimentos, de tal sorte que não é possível estabelecer uma continuidade entre a acção e o evento remoto (no caso, morte), não deve ser afirmado o dolo, sequer eventual. Uma coisa é a representação ordinária e comprovada pela experiência quotidiana de que a Sida é uma doença que mata, outra bem diferente é a asserção de que a morte de A, causada pela contracção da doença, foi querida por B, seropositivo, que manteve relações sexuais com aquele ou aquela vinte ou trinta anos antes - seja em contexto amoroso ou puramente profissional, tanto monta³³. Mesmo que este tivesse sabido que era seropositivo e se tivesse conformado com a possibilidade de contagiar e de provocar a morte de A, que sentido tem qualificar um tal quadro cognitivo e volitivo

³² Discordo da proposta de CARMEN GÓMEZ RIVERO de resolver o problema dos resultados produzidos a longo prazo através de critérios normativos de tipicidade sistematicamente autónomos e posteriores aos critérios de imputação objectiva, agrupados numa categoria final do tipo denominada «adequação ou procedência da imputação», na qual se articulam aspectos objectivos e subjectivos à mistura com argumentos de prevenção geral e especial -v. *La imputación de los resultados*, ps.96 e ss. e 173 e s. Esta postura metodológica só seria aceitável se primeiro que tudo fosse demonstrado que a dilação temporal na produção do resultado não é um problema resolúvel através de argumentos de causalidade/imputação objectiva, demonstração essa que a autora verdadeiramente não faz. Em segundo lugar, seria necessário que a consideração de elementos subjectivos na teoria da imputação objectiva fosse vista como uma perversão sistemática, o que está longe de acontecer. Prova-o à saciedade o contributo de FRISCH de aproximar a teoria da imputação objectiva e a teoria do ilícito pessoal -v. *Tipo penal e imputación objectiva*, especialmente p.83 e s.; em sentido idêntico caminha também CANCIO MELIA, *Conducta de la víctima e imputación objectiva en Derecho Penal: estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas*, ed. Bosch, 1998, p.82. Em terceiro lugar, a convocação de considerações de prevenção geral e especial desemboca numa funcionalização da imputação objectiva que não posso subscrever. O juízo de imputação é por elas abertamente manipulado. Basta notar que as mesmas razões de prevenção geral positiva que levam CARMEN GÓMEZ RIVERO a defender que a produção tardia do resultado diminui acentuadamente as exigências de punição (ofa.cit., p.105), podem justificar a tese contrária, pois, como sublinha FERNANDA PALMA, é grande o temor social em matéria de contactos sexuais com parceiros infectados.

³³ Concordo com FERNANDA PALMA que este não é o aspecto decisivo -v. *Transmissão da Sida e responsabilidade penal*, p.160 e s.

como dolo de homicídio? Podia objectar-se que é justamente isso que se passa na tentativa impossível por utilização de um meio concretamente inidóneo, mas essa objecção não procede. Na tentativa impossível o autor domina o processo causal inidóneo (quer matar deitando sais de fruto no copo de água ou disparando uma espingarda sem balas), aqui não. Em boa verdade, o processo causal não é inidóneo, simplesmente não pode ser comprovado segundo uma lei natural nem considerado humanamente dominável³⁴. Não está no controlo humano normal provocar a morte de uma pessoa que se admitiu contaminar. Qualquer um sabe que tal desenlace é possível, mas sabe também que essa possibilidade é remota e que, por isso, não está nas suas mãos³⁵. Verdadeiramente não se pode querer algo que não se domina. Dolo e domínio do facto são conceitos

³⁴ A situação que analisamos aproxima-se, num certo sentido, da tentativa supersticiosa ou irreal, assim chamada por o autor pôr em marcha processos sobrenaturais ou irreais acreditando na sua eficácia causal (v.g. os casos do curandeiro que crê poder matar uma pessoa sacrificando uma galinha a Satanás ou cosendo a boca de um sapo previamente cheia com cabelos dela, ou do indivíduo que acredita poder transmitir uma bactéria ou um vírus com um simples aperto de mão). Apesar da diferença entre as duas situações relacionada com o facto de, na transmissão de VIH, o autor utilizar um meio realmente perigoso, enquanto na tentativa supersticiosa o meio escolhido é, à partida, absolutamente destituído de perigosidade (diferença relevante já que afasta nesta última qualquer hipótese de responsabilidade) há entre ambas um aspecto comum: o autor crê poder conduzir a um determinado desfecho (a morte) forças (reais ou supersticiosas) que não domina. Este denominador justifica a meu ver a negação do dolo de homicídio nos dois casos. Bem sei que há doutrina autorizada (v. ROXIN, *Strafrecht*, AT, II, ed. Beck, 2003, §29 n°373) que admite o dolo na dita tentativa supersticiosa, mas não vejo jeito de sustentar isso que não seja à custa dos limites da linguagem. Como eu, negam o dolo (qualquer dolo) nesta situação, JAKOBS, *Strafrecht*, AT, 2ª ed., ed. de Gruyter, 1993, §§. 8 n°65 a e 25 n°22 e s.; KINDHÄUSER, *Strafrecht*, AT, §40 n°6, realçando que «o que só se pode desejar não se pode querer realizar»; FERNANDA PALMA, *Dolo eventual e culpa em Direito Penal*, in Problemas fundamentais de Direito Penal: homenagem a Claus Roxin, ed. UL, 2002, p.55- Sublinho que a diferença assinalada entre as duas situações permite justificar a responsabilidade criminal do infectado com o vírus da Sida de um outro modo, com base num outro dolo, como veremos.

³⁵ A posição que defendo coincide no resultado, ainda que não inteiramente na fundamentação, com as concepções sobre o tema de ROXIN, STRATENWERTH e FIGUEIREDO DIAS - v. por todos este último, *Direito Penal*, PG., p.3S7. Estou em total sintonia com SCHÜNEMANN, *Problemas jurídico-penales*, ps.29 e 38; MUÑOZ CONDE/GARCIA ARAN, *Derecho Penal*, PC, 4ª ed., ed. lo blanc, 2000, p.478, onde afirmam que «nos casos em que a conexão causal não seja controlável ... deverá rejeitar-se a qualificação de tentativa ...» e acrescentam que «por

inseparáveis³⁶. Faço minhas as palavras de FERNANDA PALMA quando enuncia que «não há, em geral, crime doloso onde o processo causal não for reconhecido como relevante ou dominado pelo agente»³⁷. A posição contrária, para ser coerente, tem de caracterizar como dolo a vontade irreal ou supersticiosa³⁸.

Não estou desta forma a normativizar excessivamente o dolo, antes creio que a negação do dolo nestes casos corresponde aos modos de identificação da vontade na linguagem corrente. Nós não caracterizamos comumente como vontade ou decisão a esperança ou o desejo de realizar algo cuja produção escapa ao controlo humano normal. Se alguém quer ultrapassar a velocidade do som com um veículo utilitário urbano ou quer causar a morte futura de outrem manipulando o seu código genético³⁹ não o levamos a sério, isto é, não dizemos que ele decidiu realizar tais feitos, mas antes que ele deseja ou crê que os pode realizar. O verbo querer corresponde a um registo linguístico distinto de desejar e crer. Esta diferença é assinalada por WITTEGENSTEIN. Segundo ele, o verbo crer ou acreditar convoca um sentido puramente subjectivo, que -

esta razão não poderá punir-se por tentativa de homicídio quem, sabendo que é portador de Sida, tem relações sexuais sem tomar precauções para evitar o contágio do seu parceiro (a)».

³⁶ A relação estreita entre os dois conceitos impede, a meu ver, que a solução varie consoante a modalidade do dolo. Não adiro por isso à tese, defendida entre outros por KUNZ, da antecipação do resultado através da intenção, que pretende compensar as debilidades na imputação da morte com a intensidade do dolo de modo a justificar a tentativa de homicídio em caso de dolo directo -v. daquele autor *Aids und Strafrecht: die Strafbarkeit der HIV-Infektion nach schweizerischen Recht*, in SchwZStr, 1990, p.64 e ss.

³⁷ v. *Transmissão da Sida e responsabilidade penal*, p. 156. A autora parece esquecer este enunciado quando, adiante, defende a existência de dolo de homicídio baseando-se nas representações comuns sobre a elevada perigosidade do contágio. Essas representações comuns constituem o pano de fundo ou o solo a partir do qual o dolo se forma. Este encerra um irrenunciável sentido de decisão e, portanto, de selecção e apropriação pelo agente dos significados que habitam tais representações. Além das representações correntes sobre a perigosidade de contactos sexuais se reportarem ao contágio e não à morte, como referi, incluem também a ideia de que só se pode querer verdadeiramente aquilo que se domina.

³⁸ v. *supra*, nota 31.

³⁹ Este exemplo é dado por FERNANDA PALMA, *Transmissão da Sida e responsabilidade penal*, p.157.

ao contrário de saber ou conhecer - não carece de uma relação com factos susceptível de ser demonstrada, como resulta da frase «creio na reencarnação»⁴⁰; desejar, por seu turno, exprime um propósito que dispensa qualquer base cognitiva⁴¹, do tipo «desejo ser milionário» ou «desejo ir a Marte»; já querer implica uma componente cognitiva, a relação com uma acção que domino e posso realizar, como, por exemplo, «quero escrever um livro»⁴². Afirmo ANTÓNIO MARQUES, num interessante estudo sobre WITTGENSTEIN, que «o jogo de linguagem volitivo vai desaparecendo à medida que a possibilidade de concretização do seu objecto se desvanece»⁴³. No seu lugar surge então o desejo. Só se pode querer enquanto e na medida do que se sabe e «a gramática da palavra saber está, como é óbvio, intimamente aparentada com a das palavras 'conhecer', 'ser capaz de'. Mas também com a da palavra 'compreender'. ('Dominar' uma técnica)»⁴⁴. É, pois, segundo uma lógica de crença ou de desejo e não uma lógica de vontade que, a meu ver, descrevemos a acção de matar do portador de VIH e é também com estas coordenadas significativas que a sua representação se confronta⁴⁵. Olvidar isto na hora da imputação significa funcionalizar o dolo à emotividade social, ao alarme ou aos sentimentos de insegurança colectivos; numa frase, à necessidade políti-co-social de combate à expansão da Sida⁴⁶.

⁴⁰ v. *Da certeza*, Edições 70, 1990, §s.179.

⁴¹ v. *investigações filosóficas*, ed. Gulbenkian, 1987, §615 e s.

⁴² v. *Investigações filosóficas*, §615 e s.

⁴³ O interior: *linguagem e mente em Wittgenstein*, ed. Gulbenkian, 2003, ps.131 e ss. e 176 e ss.

⁴⁴ WITTGENSTEIN, *Investigações filosóficas*, §150.

⁴⁵ Acompanhamento, assim, STRATENWERTH/KUHLEN, *Strafrecht, AT, I*, §8, n°78, quando afirmam que ninguém se decide por uma eventualidade irreal; HARRO OTTO, *Grundfurs Strafrecht, AT, 5ª ed.*, de Gruyter, 1996, §7, n°27, ao considerar que o autor só pode esperar ou desejar, mas não realizar, aquilo que, segundo a sua concepção, estiver fora da sua possibilidade de intervenção ou condução: «por isso, o querer está imediatamente ligado ao elemento conhecer»; KINDHÄUSER, *Strafrecht, AT*, §40 n°6.

⁴⁶ Concordo plenamente com FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, PG*, p.357 nota 72, quando afirma que a forte necessidade político-social de luta contra a expansão da Sida é mais bem acompanhada pelo Direito Penal através da criação de crimes de perigo abstracto (em minha opinião, abstracto-concreto como explicarei *infra*) do que através da descaracterização da causalidade ou do dolo.

4.4. Aporias no plano processual

A organização do processo penal põe igualmente obstáculos à tese da tentativa de homicídio. Podendo a morte ocorrer ao cabo de décadas, o processo penal terminará na maior parte dos casos antes que o resultado se verifique. Suspender o processo até ao desenlace fatal do contágio do VIH não só seria catastrófico do ponto de vista das finalidades do processo penal⁴⁷, como é jurídico-processualmente inadmissível, pois nem o Direito português nem o cabo-verdiano prevêm tal causa de suspensão. Qualquer processo tem limites temporais, que, no caso do processo penal, por razões que se prendem com a natureza do conflito que a ele é submetido, devem ser especialmente precisos.

Por outro lado, punir o autor a título de tentativa de homicídio pode parecer uma solução expedita mas constituiria uma reedição da velha e hoje proscrita figura do *uersari in re illicita*, segundo a qual quem quer a causa (a transmissão do vírus) quer também o efeito (a morte) por mais fortuito que seja⁴⁸. Pois não é verdade que esta solução imputa ao dolo do autor uma consequência longínqua e incerta da acção cuja produção ele realmente não domina, como vimos? Como se explica que algo que ainda não ocorreu, nem se sabe se e quando virá a ocorrer, determine de um modo decisivo a responsabilidade criminal do autor? A vigência absoluta que o prin-

⁴⁷ Deste modo, SCHÜNEMANN, *Problemas jurídico-penales*, p.32 e s.

⁴⁸ Sobre a intencionalidade da figura que era explicitada através da regra «versanti in re illicita imputantur omnia quae sequuntur ex delicto», v. SCHAFFSTEIN, *Die allgemeine Lehre vom Verbrechen in Ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des gemeinen Strafrechts*, Berlin, 1930, p.128 e ss.; MEZGER, *Strafrecht, Lehrbuch*, 3^a ed., ed. Duncker & Humblot, 1949, p.262 e s.

cípio da culpa tem nos dois ordenamentos jurídico - penais - e, de um modo geral, nos ordenamentos de raiz ocidental - renova a actualidade da posição de MEZGER de que as razões de simplificação da prova que alimentaram outrora a teoria do *versari* não podem ser acolhidas nos dias de hoje⁴⁹.

Por fim, a eventual ocorrência da morte após o trânsito em julgado da sentença condenatória por homicídio tentado não pode constituir, a meu ver, facto novo para efeitos de interposição de recurso extraordinário de revisão, à luz dos arts.449 n.º1 al.d) do Código de Processo Penal português e 473 n.º1 al.d) do Anteprojecto de Código de Processo Penal de Cabo Verde. Aquele resultado não constitui propriamente um facto não apreciado no processo em que foi proferida a condenação, que tenha sido descoberto entretanto e projecte graves dúvidas sobre a justiça da dita condenação. Trata-se, antes, de uma sequela do facto já considerada no processo (designadamente, para caracterização da tipicidade)⁵⁰, que não pôde relevar objectivamente para efeitos de condenação, posto que a possibilidade da sua produção futura não autoriza uma antecipação da consumação para o momento da sentença, interdição essa que não contende com a justiça da decisão condenatória, como é óbvio⁵¹.

As questões analisadas são suficientes para concluir que também o processo penal convive mal com resultados produzidos a

⁴⁹ v. Strafrecht, *Lehrbuch*, p.263.

⁵⁰ Neste sentido v. CARMEN GÓMEZ RIVERO, *La imputación de los resultados*, p.66.

⁵¹ O Anteprojecto de Código de Processo Penal de Cabo Verde fornece uma razão acrescida contra a admissibilidade do recurso de revisão por ocorrência sobreveniente da morte, que merece inteiro aplauso: é que os novos factos têm de ser susceptíveis de afastar a condenação ou de fundamentar, com uma probabilidade próxima da certeza, uma atenuação especial da pena (art.º473 n.º1 al.d). Tal como no Direito Processual Penal português antigo, vigente até 1929 (v. MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal*, vol.III, ed. Verbo, 1994, p.360 e s.) e no Direito Processual Penal espanhol (v. CARMEN GÓMEZ RIVERO, *La imputación de los resultados*, p.66 e nota 109) o Anteprojecto só autoriza a revisão em benefício do réu injustamente condenado.

longo prazo. A força conformadora do Direito Penal substantivo e do seu sistema de aplicação que o processo penal exerce⁵², impõe, citando uma vez mais SCHÜNEMANN, que neste se proceda a «uma tipificação definitiva da infracção enquanto tal»⁵³.

4.5. A subsistência de muitas das dificuldades apontadas nos capítulos das ofensas corporais graves e da propagação de doença contagiosa

Embora em escala diversa, as dificuldades expostas têm também repercussão no âmbito das ofensas corporais graves, nomeadamente no que diz respeito à produção dos resultados «doença incurável» ou «permanente» e «perigo para a vida» atrás mencionados. Para que qualquer destes resultados se verifique é necessário que a contracção do vírus degenera numa patologia orgânica: a Sida propriamente dita. Não sendo tão diferida quanto a morte esta fase de doença declarada é diagnosticável em regra tanto tempo volvido do momento do contágio que será igualmente difícil a comprovação do nexos causal entre ambos os acontecimentos⁵⁴. Nessa dilação temporal intervirão normalmente no processo causal factores externos e somáticos, a que aludimos já, sobre os quais o autor não tem qual-

⁵² Aspecto magistralmente explorado por KARL PETERS, *Die strafrechtsgestaltende Kraft des Strafprozesses*, ed. JCB Mohr, 1963, passim; assim também ROXIN, *Strafverfahrensrechtl.*, 25^a ed., ed. Beck, 1998, §1 n^o13, onde, sublinhando a relação de complementaridade funcional entre os dois ordenamentos, afirma que «um ordenamento jurídico-penal só pode ser bom na prática enquanto o processo permitir a sua aplicação ...»; v. ainda na mesma direcção PEREZ DEL VALLE, *Teoria de la prueba Derecho Penal*, ed. Dykinson, 1999, passim.

⁵³ *Problemas jurídico-penales*, p.34; v. também, LUZÓN PEÑA, *Problemas de la transmisión y prevención*, p.17.

⁵⁴ Afirma MACHADO CAETANO, *lições de Sida, lições de vida*, ps., 78 e 109, que o período clínico da doença, com sinais e sintomas que vão desde a Linfadenopatia Generalizada Progressiva até às infecções e tumores oportunistas surge, em regra, 8 a 10 anos após a infecção; CARMEN GÓMEZ RIVERO, *La imputación de los resultados*, p.138, nota 240, cita estudos que dão conta de que 20% dos seropositivos permanecem assintomáticos (isto é, sem um quadro de Sida declarado) 10 anos após o contágio.

quer domínio e cuja influência sobre o resultado não é possível medir. Não podemos esquecer que o acontecimento que o autor de algum modo domina, a transmissão do vírus, não pode ser actual e concretamente provado, mas apenas inferido, e que o evento que pode ser efectivamente provado, a doença, não é dominado pelo autor. Se a isto somarmos a referida dilação temporal e a circunstância de a vítima ter levado entretanto uma vida normal, como é possível determinar que aquele contacto sexual foi causa da doença?⁵⁵

Não se diga que esta argumentação passa ao lado da ofensa com «perigo para a vida» dado que para a verificação deste resultado bastará o contágio com VIH. É certo que o perigo para a vida tem de assentar num mau trato corporal ou num dano na saúde, mas tendo em conta que o perigo, como perigo concreto que é, tem de consistir numa situação objectiva de insegurança para o bem jurídico e que a ameaça para a vida da vítima (a probabilidade que torna a sua existência instável) não ocorre antes do início do período clínico - a já mencionada Linfadenopatia Generalizada Progressiva -, só então, em boa lógica, se verifica o substrato material que permite formular o juízo de perigo em que aquele resultado se consubstancia. A esta razão acresce uma outra. Se a comprovação da situação de perigo se bastasse com o mero contágio, a sua punibilidade através dos arts.144 do CP português e 129 n.ºI do CP cabo-verdiano, segundo a mesma moldura penal aplicável a quem causa noutro, por exemplo, desfiguração grave e permanente ou doença incurável, o princípio da proporcionalidade (entre a gravidade do facto e a gravidade da pena) sairia fortemente contundido.

Também no plano da autoria e do dolo subsistem os problemas atrás suscitados. Se o autor sabe que é portador do vírus da Sida ou

⁵⁵ Destas dificuldades dá conta também PAULA RIBEIRO DE FARIA, *Comentário Conimbricense*, anot. art.º144, §24, concluindo que «difícilmente se passará da punição do agente no estágio de tentativa»; PRITTWITZ, *Strafrechtliche Aspekte*, p.142 e s.

se representa essa possibilidade, então ele conhece o risco de, através do contacto sexual, transmitir o vírus à vítima, mas isso não significa que ele queira ou se conforme com a causação da doença, pois não está nas suas mãos a ocorrência ou não da mesma. É do domínio público que uma pessoa pode ser hospedeira do vírus sem que chegue a manifestar-se nela um quadro de doença declarada e que, por acção de fármacos, pode ser retardada a evolução do vírus no organismo. O conhecimento do agente que faz parte do dolo, forma-se, como vimos, através da selecção e apropriação subjectiva de representações ou significações comuns e, portanto, não pode deixar de ter em conta dados como este⁵⁶. Com base neles, a «inevitabilidade de risco intenso» (FERNANDA PALMA) que o autor pode considerar e pelo qual se decide é o do contágio, não o da doença remota cuja lógica causal está subtraída ao seu domínio. Quando muito, podia haver da sua parte negligência (consciente) em relação à doença⁵⁷, mas os obstáculos ao estabelecimento do nexos causal retiram relevância prática a este título de imputação subjectiva. Tudo medido, temos de concluir que o enquadramento típico do comportamento nas ofensas corporais graves mencionadas, se minora, não ultrapassa, contudo, as dificuldades de imputação objectiva e subjectiva suscitadas pela problemática dos resultados produzidos a longo prazo.

Esta conclusão estende-se *mutatis mutandis* ao crime de propagação de doença contagiosa. Não só porque ele não abrange mui-

⁵⁶ Em sentido contrário se pronuncia PAULA RIBEIRO DE FARIA, *Comentário Conimbricense*, anot. artº144 §24. Embora comece por admitir dificuldades na prova do dolo, a autora acaba por defender que «se o agente, tendo conhecimento da natureza da doença de que padece, mantém relações sexuais de risco, com um ou mais parceiros, aceitando ou conformando-se com o perigo da transmissão do vírus, não restam muitas dúvidas que a sua conduta será dolosa» e punida como ofensa corporal grave das ais. c) ou d) do artº144.

⁵⁷ Incluo-me no grupo daqueles que emparelham os conceitos de dolo e de domínio do facto, por isso que recusam uma explicação da autoria dos factos negligente por via deste último.

tas situações típicas de contágio, precisamente as que têm lugar no contexto de contactos sociais directos ou cara a cara, como vimos, mas porque se trata de um crime de perigo concreto ou de resultado de perigo. Os titulares dos bens jurídicos protegidos são as pessoas pertencentes à colectividade ameaçada pela força expansiva, no caso propagadora, do meio (o vírus), uma vez que o perigo tem de ser comum, mas é mais ou menos consensual na doutrina que para a sua concretização basta que ele se manifeste na esfera de pelo menos uma pessoa. Esta é considerada, não na sua determinação ou identidade, mas como representante daquela colectividade ameaçada⁵⁸. Sendo assim, o grau de densificação dos elementos constitutivos do perigo não é tão elevado como o que é exigido para a afirmação do perigo concreto contra os mesmos bens jurídicos quando o seu detentor é pessoa determinada, por exemplo o «perigo para a vida» que funciona como resultado de ofensa corporal grave. Mas dou total razão a FERNANDA PALMA quando considera que a prova deste perigo não pode ser reduzida «à colocação do corpo das vítimas em contacto directo com o vírus, de modo a poder contrair a infecção», ou, numa outra formulação da autora, à criação das condições adequadas para a contaminação e sua subsequente disseminação⁵⁹, tendo antes de consistir, desde logo por imposição do princípio da legalidade, «na efectiva contaminação da vítima» ou, o que, como sabemos, não é o mesmo, na «contracção da doença pela vítima»⁶⁰.

Mas o princípio da legalidade e a configuração típica do perigo exigem também que se distingam dois momentos na realização do tipo de propagação contagiosa: o momento da propagação e o da produção do perigo para a vida ou do perigo grave para a integri-

⁵⁸ Sobre este ponto v. SILVA DIAS, *Entre «comes e bebes»*, p.546 e ss.

⁵⁹ *Transmissão da Sida e responsabilidade penal*, p.163 e s.

⁶⁰ v. *Transmissão da Sida e responsabilidade penal*, p.164.

dade física. O primeiro implica realmente a comprovação do contágio da vítima pois sem este não se pode dizer que tenha havido propagação: nem a vítima contraiu o vírus, nem se transforma em agente propagador do mesmo. Já neste aspecto se verificam as dificuldades de prova sublinhadas por FERNANDA PALMA e por mim próprio. Isto não basta, porém, para a consumação do facto típico: é ainda necessário que da contaminação resultem aquelas situações objectivas de perigo e estas são também indissociáveis de um quadro de doença, mais precisamente, de Sida. Ou seja, para que o tipo em causa esteja plenamente realizado é necessária a prova de que alguém foi contagiado com o VIH em consequência de contactos sexuais com o autor e que esses contactos determinaram o aparecimento da doença. Ora, se a prova ali se afigura difícil, aqui revela-se uma verdadeira *pwbatio diabólica*.

5. Caracterização típica da transmissão irresponsável do vírus da Sida: proposta de solução

5.1. As ofensas corporais simples qualificadas e a solução particular dos arts.155 e 156 do CP de Cabo Verde

Os problemas que acabo de suscitar não significam, entenda-se bem, uma impossibilidade absoluta de integração do comportamento em apreciação nos tipos citados, mas apenas - não é demais repeti-lo - uma imensa dificuldade prática, só vencida à custa da manipulação dos elementos constitutivos desses tipos ou da flexibilização e distorção dos critérios dogmáticos commumente utilizados na sua aplicação. Nenhuma destas soluções é aceitável. A primeira porque conta com a oposição determinada do princípio da legalidade. A segunda, porque os conceitos dogmáticos relativamente estabiliza-

dos desempenham uma importante função estabilizadora ou de Estado de Direito⁶¹. Resulta daqui que a transmissão irresponsável do VIH é um comportamento atípico à luz dos CP de Portugal e de Cabo Verde? De modo algum.

As ofensas corporais simples eventualmente qualificadas por emprego de meio insidioso, nos termos dos arts. 146 e 130, respectivamente, dos CP português e cabo-verdiano, oferecem um enquadramento que, se não é totalmente isento de dificuldades probatórias, reduz tais dificuldades à prova do contágio. Na verdade, o resultado das ofensas corporais simples não deve consistir na verificação da Sida como doença específica, sob pena de o facto se converter em ofensa corporal grave nas modalidades de «doença incurável» ou «permanente» ou de «perigo para a vida», como referimos. Aquele resultado pode materializar-se num mau trato corporal ou num dano na saúde e este último já se produz, em meu entender, quando se realiza a contaminação. Esta representa uma afectação da saúde antes e independentemente de desencadear na vítima um quadro de doença, pois a inoculação no organismo humano de um fluido orgânico contaminado com VIH provoca já uma alteração nociva do equilíbrio biológico geral. A detecção do vírus após o que é designado por período de «janela»⁶², fixa um momento

⁶¹ Sobre esta função, atribuída à dogmática em geral (e portanto, também, às categorias que a integram), v. muito especialmente BJÖRN BURKHARDT, *Geglückte und folgendelose Strafrechtsdogmatik*, in ESER/HASSEMER/BURKHARDT (Hrsg.), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, ed. Beck, 2000, p. 118 es., que refere, além da função de Estado de Direito, as funções constitutiva, de controlo, de descarga, técnica ou didáctica, de consulta e de adaptação, negando embora que as funções referidas sejam conjugáveis sem antinomias (v. p.l 19 e s.) e que se encontrem todas cumpridas pela dogmática contemporânea (v. p.lsl e s.).

⁶² v. uma vez mais MACHADO CAETANO, *Lições de Sida, lições de vida*, ps.52 e 107; COSTA ANDRADE, *Direito Penal médico*, ps. 14 e 141. Trata-se de um período que dura entre seis e doze semanas, mas pode em alguns casos prolongar-se por meses, durante o qual, apesar de a pessoa estar infectada e ser portanto infectante, o organismo ainda não desenvolveu anticorpos contra o VIH e, por isso, o resultado do teste é necessariamente negativo.

espácio-temporalmente distinto da acção transmissora do vírus, que representa uma perturbação efectiva na saúde⁶³. Os vírus já se multiplicaram e invadiram a maioria dos territórios linfáticos⁶⁴.

Solução especialmente interessante é a que oferecem os arts.155 e 156 do CP, na medida em que, sem beliscar a validade jurídico-penal, asseguram uma protecção mais eficaz das pessoas perante a transmissão do vírus da Sida. Trata-se de tipos incriminadores cuja estrutura é dogmaticamente caracterizável através do conceito de perigo abstracto-concreto. Entende-se como tal a perigosidade genérica da acção para certos bens jurídicos pessoais -a vida ou a saúde, no caso- da vítima, sem a exigência, própria do perigo concreto, de que essa perigosidade se concretize numa situação objectiva de insegurança para esses bens configurável como resultado típico⁶⁵. A perigosidade da conduta traduz-se num caso .na exposição de outra pessoa, por meio de relações sexuais, a doença venérea ou outra doença grave (artº155) e no outro na prática de acto susceptível de produzir contágio de doença grave (artº156). Do ponto de vista do tipo objectivo nada mais é requerido para além da criação das condições adequadas à contaminação, o que diminui sobremaneira o volume de prova a produzir e, por isso, as dificuldades atrás assinaladas⁶⁶. A diferença essencial entre o ilícito-típico de ambas as infracções reside essencialmente no plano do elemen-

⁶³ Neste sentido se pronunciam igualmente LUZÓN PEÑA, *Problemas de le transmisión y preuención*, p.18; MUÑOZ CONDE/GARCIA ARAN, *Derecho Penal, PG*, p.312; CARMEN GÓMEZ RIVERO, *La imputación de los resultados*, psl38 e 163 nota 270, que admite, todavia, como tenho vindo a referir, outros enquadramentos típicos do comportamento em análise, que rejeitei; contra, mas sem razão, PRITTWITZ, *Strafrechtliche Aspekte*, p.143.

⁶⁴ v. MACHADO CAETANO, *Lições de Sida, lições de uida*, p.107.

⁶⁵ Mais detalhadamente sobre o conceito de perigo abstracto-concreto, v. RUI PEREIRA, *O dolo de perigo*, ed. Lex, Lisboa, 1995, p.22 e ss.; SILVA DIAS, *Entre «comes e bebes»*, ps.S20 e ss. e 537 e ss.

⁶⁶ Esta solução aproxima-se da preconizada por FERNANDA PALMA de antecipar formalmente o facto típico do artº283 do CP português para a fase da tentativa de propagação - v. *Transmissão da Sida e responsabilidade penal*, p.164.

to subjectivo. Enquanto o tipo do artº 155 apenas exige ao autor que saiba ou deva saber que sofre ou está infectado com doença venérea ou outra doença grave, o tipo do artº 156 vai mais longe pois requer que o autor tenha agido com uma intenção específica («com o fim de transmitir a outra pessoa doença grave») o que pressupõe naturalmente a presença do dolo. Neste ponto reside essencialmente a disparidade de molduras penais: pena de prisão até 2 anos no caso do artº155 e de 2 a 6 anos de prisão no caso do artº156⁶⁷.

Dois reparos merecem, em meu entender, as incriminações em causa tal como o legislador as concebeu. A uma, são equiparados no artº155, sob a mesma moldura penal, o comportamento doloso e o comportamento negligente («deve saber») o que vai ao arrepio do princípio da culpa. Este não se opõe a que o facto doloso seja punido segundo a moldura penal aplicável ao facto negligente, mas a sua «ratio» de garantia conduz à rejeição da solução contrária. À outra, ambos os tipos não incluem qualquer referência ao conhecimento e ao consentimento (tácito ou expresso) da vítima na prática do contacto de risco. Como se trata de um tema com importantes implicações ao nível da realização dos tipos em questão e também dos tipos de ofensas corporais simples qualificadas vale a pena determo-nos um pouco nele.

5.2. O consentimento expresso ou tácito no contacto sexual: delimitação de uma esfera de auto-responsabilidade da vítima

O consentimento da vítima no contacto sexual transmissor do vírus da Sida de que aqui nos ocuparemos possui uma série de co-

⁶⁷ O limite máximo da pena prescrita no artº156 parece-me exagerado quando confrontado com o limite máximo da pena de propagação de doença contagiosa, que é também de 6 anos. A proporcionalidade entre a gravidade da pena aplicável e a gravidade do ilícito não foi aqui respeitada. O desvalor do ilícito do facto do artº299 é maior pois requer a produção de um perigo concreto para os mesmos bens jurídicos que o comportamento do artº156 apenas é genericamente idóneo para lesar. A intenção específica prevista neste último não é suficiente para compensar o desequilíbrio registado no plano do desvalor do resultado.

ordenadas que convém desde já sublinhar. Refiro-me especificamente à sua função e ao seu alcance. Quanto ao primeiro aspecto, o consentimento traduz, de um ponto de vista dogmático, a questão da relevância do comportamento da vítima num acto em que é, pela natureza das coisas, «comp participante necessário». Por outras palavras, trata-se de um *topos* que permite apreciar se e a partir de que ponto o conhecimento e o envolvimento da vítima na situação deslocam o acontecimento da esfera de responsabilidade do autor para a sua própria. O consentimento do parceiro sexual são funciona pois como factor de determinação da competência pelo risco⁶⁸, ou seja, como critério de imputação objectiva⁶⁹. Quanto ao alcance, o consentimento confina-se ao risco ou perigosidade da acção. Significa a adesão da vítima a um acto arriscado, a sua aceitação consciente da possibilidade de uma transmissão virai e nada mais. Recordo que o horizonte normativo em que o consentimento se coloca é constituído, pelas razões atrás aduzidas, pelos tipos de ofensas corporais simples e os tipos de perigo abstracto-concreto dos arts. 155 e 156 do CP de Cabo Verde. O problema que a figura suscita em qualquer dos tipos incriminadores é o de saber por conta de quem corre o risco de contágio na relação sexual sem protecção com portador de VIH⁷⁰. Objecto do consentimento não é, pois, a Sida enquanto doen-

⁶⁸ Sobre o critério da competência pelo risco, v. especialmente KINDHÄUSER, *Strafrecht, AT*, ed. Nomos, 2000, §11/12 e ss.

⁶⁹ Também assim, FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, PG*, p.450, considerando que o papel do consentimento nas hipóteses de colocação em perigo consentidas deve ser buscado fora da doutrina do consentimento, nomeadamente na teoria da imputação objectiva.

⁷⁰ O consentimento releva como critério de imputação em qualquer dos tipos mencionados, todavia, como critério de imputação do resultado (dano na saúde) nas ofensas corporais simples e como critério de imputação do comportamento perigoso no âmbito dos arts. 155 e 156; sobre o sentido da imputação objectiva como delimitação normativa de esferas de responsabilidade, não confinada portanto aos crimes de resultado, v. TRIFFTERER, *Österreichisches Strafrecht, AT*, ed. Springer, 1985, ps.139 e 141, que estende a imputação objectiva aos crimes de mera actividade negligentes com o argumento de que nestes se tem de comprovar também a violação do dever objectivo de cuidado, conceito que, segundo ele, funciona como critério de imputação objectiva; CANCIO MELIÀ, *Conducta de la víctima e imputación objectiva*, ps.62 e s. e 81.

ça ou a morte: não se trata de consentimento para lesões graves na saúde ou para o homicídio. Fosse esta a sua amplitude e teríamos de lhe recusar toda a eficácia prática, independentemente do seu enquadramento dogmático, já que a natureza dos bens e das ofensas em jogo imporia em qualquer caso um limite à autonomia da vontade.

Posto isto, importa indagar - repito - em que medida o conhecimento pela vítima da seropositividade ou da doença do autor implica a assunção e, conseqüentemente, a transferência do risco de infecção para o seu âmbito de responsabilidade, passando o acontecimento a correr por sua conta. A resposta passará em minha opinião pela distinção entre dois grupos de casos, seguindo, de resto, a orientação de um importante sector da doutrina.

Se o autor sabe que é portador do VIH, decide manter relações sexuais sem protecção (isto é, sem o emprego de preservativo)⁷¹ eo parceiro são desconhece aquela qualidade ou apenas sabe que o autor pertence a um grupo de risco, a adesão da vítima ao contacto sexual não desloca o risco de contágio da esfera de domínio daquele. Com efeito, ao ocultar à vítima a sua condição de seropositivo, o autor controla por inteiro o processo de transmissão do vírus. Não se pode falar aqui em consentimento ou assunção do risco pela vítima porque falta a esta o mínimo conhecimento da condição do autor para que ao seu comportamento possa ser atribuído esse significado. A vítima não passa de um instrumento involuntário (não doloso) da sua colocação em perigo pelo infectado⁷².

⁷¹ Objecto de controvérsia doutrinária é a relevância da tomada das precauções exigíveis pelo infectado (no caso, o emprego de preservativo) para a delimitação de um âmbito de risco permitido -sobre o tema, pronunciando-se favoravelmente, CARMEN GÓMEZ RIVERO, *La imputación de los resultados*, p. 191 e ss.

⁷² Neste sentido, v. SCHÜNEMANN, *Problemas jurídico-penales*, p.42 e s.

O conhecimento de que o autor pertence a um grupo de risco não basta para transferir a competência pelo risco para a esfera de responsabilidade da vítima, pois esta representa o risco de uma forma difusa e abstracta, nada semelhante ao autor que tem do mesmo um conhecimento exacto e concreto. Em outros termos, a vítima tem apenas um motivo genérico para desconfiar e usar de cautelas, ao passo que o conhecimento muito superior do autor dá-lhe o domínio total do processo de contágio⁷³. Não se argumente em contrário com o princípio da confiança nas relações sociais para fundamentar a auto-responsabilidade da vítima nestes casos⁷⁴, pois a operatividade do princípio pressupõe uma distribuição equilibrada do conhecimento dos factores de risco que aqui inexistem de todo. Seja qual for o enquadramento dogmático que dermos ao princípio⁷⁵, o nível cognitivo do destinatário da confiança é elemento decisivo da sua operatividade⁷⁶. Se uma enfermeira experiente dá a um médico que é diabético uma seringa cuja agulha está infectada com VIH para este se injectar com insulina e contrair simultaneamente o vírus, e se o procedimento regular nestes casos consiste em ser o próprio médico a preparar a injeção, há aqui apenas um fundamento geral, mas não um fundamento concreto, real, para ele desconfiar. A situação descrita não fornece dados suficientes para

⁷³ Deste modo, SCHÜNEMANN, *Problemas jurídico-penales*, p.45 e s.; FERNANDA PALMA, *Transmissão da Sida e responsabilidade penal*, p. 159.

⁷⁴ Serve-se deste princípio para afastar o risco da esfera do autor nos casos em que a vítima aceita livremente contactos sexuais sem protecção com parceiro pertencente a um grupo de risco, CARMEN GÓMEZ RIVERO, *La imputación de los resultados*, p.174 e ss.

⁷⁵ Não há consenso na doutrina a este respeito. Pela minha parte, considero redutora a sua aplicação exclusiva à delimitação da violação de deveres de cuidado na negligência. Mais profícua entendo ser a sua caracterização como critério delimitador simultaneamente de âmbitos de risco permitido e de esferas de auto-responsabilidade -desta forma, expressamente, KINDHÄUSER, *Strafrecht*, AT, §11 n°16; FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, PG*, p.316 e s.; *Velhos e novos problemas da doutrina da negligência*, in *Temas básicos da doutrina penal*, Coimbra Ed., 2001, p.364 e ss., explorando o tema no domínio da negligência, onde, em sua opinião, ganha particular relevo.

⁷⁶ Neste sentido, muito especialmente, FIGUEIREDO DIAS, *Velhos e novos problemas*, p. 364, que exige uma «razão concretamente fundada para pensar ou dever pensar de outro modo».

que uma pessoa do tipo social da vítima pudesse ter um fundamento sério para quebrar a regra da confiança. Para isso, seria necessário um maior equilíbrio cognitivo, por exemplo, a percepção pelo médico de que a agulha fora usada ou se encontrava suja de sangue. A aplicação do princípio da confiança depende, portanto, do que se considera em cada caso exigível como fundamento sério para não confiar e essa ponderação varia na razão directa do nível de cognição ou percepção fáctica da pessoa implicada. Também nos casos em que o parceiro sexual apenas sabe que o outro pertence a um grupo de risco, se verifica um claro desnível representativo: enquanto o portador do vírus conhece com toda a segurança a sua condição de infectado, o parceiro lida tão somente com uma vaga probabilidade estatística⁷⁷. Que o parceiro sexual seja, por exemplo, uma prostituta pouco ou nada diz sobre o risco de contágio, já que ela pode habitualmente seleccionar os clientes e/ou exigir-lhes que adoptem as medidas de precaução necessárias. O simples conhecimento dessa qualidade não pode ser suficiente para tornar o parceiro são competente pelo risco. Solução correcta será antes a de inscrever o risco exclusivamente na conta do autor⁷⁸. A posição defendida é essencialmente idêntica tanto no caso em que o autor não tem a certeza, mas representa seriamente a possibilidade de ser seropositivo e não informa o parceiro dessa suspeita, conformando-se com o risco de contaminação, como no caso em que, perante a dúvida da vítima sobre se o parceiro, que pertence a um grupo de risco é seropositivo, este a induz em erro sobre essa sua condição para poder manter com ela relações sexuais à vontade⁷⁹. Nas duas situa-

⁷⁷ Neste sentido, v. HERZBERG, *Sida: desafio*, p.131; KUNZ, *Aids und Strafrecht*, p.55 e s.

⁷⁸ Também assim, SCHÜNEMANN, *Problemas jurídico-penales*, p.45; HERZBERG, *Sida: desafio*, p.131; KUNZ, *Aids und Strafrecht*, p.56.

⁷⁹ A convocação para a solução deste problema da distinção entre erro que exclui o dolo e erro sobre os motivos, sugerida por CARMEN GÓMEZ RIVERO, parece-me totalmente desajustada -v. *La imputación de los resuhados*, ps. 177 e s. e 188 e ss. A resposta do infectado à dúvida da vítima desconfiada através de erro ou engano sobre a sua condição de seropositivo representa uma manipulação da vontade tal que só pode justificar uma assunção ou competência pelo risco por parte do autor. Esta solução faz muito mais sentido aqui do que nos casos em que o infectado apenas não informa a vítima.

ções o infectado retira igualmente à vítima a possibilidade de tomar uma atitude auto-responsável.

Se, ao invés, o autor sabe que está infectado com o vírus da Sida, informa disso o parceiro são e este anui de forma consciente e livre na relação sexual sem protecção, afastada se encontra, em meu entender, a tipicidade das ofensas corporais simples ou da exposição de outrem a doença através de acto sexual e do perigo de contágio de doença grave respectivamente dos arts.155 e 156 do CP de Cabo Verde. A vítima como que se apropria do processo de infecção, retirando-o da esfera de controlo fáctico do agente. Não é fácil decidir se estamos perante uma situação de auto-colocação voluntária em perigo ou uma hetero-colocação em perigo consentida⁸⁰, mas é certo também que a subsunção conceitual-dogmática não deve constituir, nesta como em qualquer outra questão, o plano decisivo da solução jurídica. Sem querer abandonar o sistema de imputação ou diminuir a sua importância na decisão jurídico-penal, penso que deve ser dada prevalência aos topoi ou argumentos materiais que assegurem a razoabilidade e a justeza práticas daquela solução⁸¹. A fundamentação jurídica não deve ser axiomática ou dedutiva, mas essencialmente argumentativa e coerente com o ordenamento em

⁸⁰ Neste sentido, v. especialmente CANCIO MELIÀ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva*, p.208 e ss., onde sustenta muito correctamente, criticando o conceptualismo jurídico de ROXIN nesta questão, que a dificuldade que a distinção enfrenta não é apenas de aplicação em certos grupos de casos (entre os quais destaca a transmissão do VIH) mas de falta de justificação normativa; FRISCH, *Tipo penal e imputación objetiva*, ps.121 e s. e 123; SCHÜNEMANN, *Problemas jurídico-penales*, p.41 e ss., cingindo a relevância daquele distinção aos crimes negligentes.

⁸¹ Sobre este ponto, v. FERNANDA PALMA, *A teoria do crime como teoria da decisão penal*, in RPCC, ano 9 (1999) n°4, especialmente, ps.534 e ss. e 546 e s.

que opera. A este luz, os conceitos dogmáticos valem como recursos argumentativos que contribuem para a consecução daquele objectivo. Só assim se compreende o sentido da caracterização da dogmática do facto punível como um sistema aberto, diferenciado e flexível, que cumpre, entre outras, a função de atribuição coerente e recta da responsabilidade criminal.

Nesta ordem de ideias, devemos procurar os tópicos argumentativos aderentes à situação sub *judice*, ou, como quer FRISCH, «os critérios materialmente fundados»⁸² e adequados à sua solução correcta. Julgo poder encontrá-los na seguinte regra: se pudermos comprovar um domínio conjunto ou uma organização conjunta do processo de contágio por banda de autor e vítima, o risco deve correr por conta desta e não daquele⁸³. Na verdade, se ambos conhecerem a condição de seropositivo de um deles e decidirem praticar relações sexuais sem protecção, ambos se assenheiam por igual do risco de contágio. A circunstância de um deles ser portador e eventual transmissor e o outro eventual receptor do vírus é um dado empírico irrelevante para a determinação de quem é competente pelo risco. A decisão jurídico-penal não está vinculada à origem do vírus mas ao comportamento humano e este não pode ser descrito de outro modo que não seja uma relação sexual sem protecção reciprocamente assumida⁸⁴. Decisivo para que o risco seja função da

⁸² v. *Tipo pena! e imputación objectiva*, p.123.

⁸³ Deste modo também KUNZ, *Aids und Strafrecht*, p.53; CARMEN GÓMEZ RIVERO, *La imputación de los resultados*, p.185 e ss., considerando existir aqui um domínio partilhado do acontecimento que justifica a aplicação da figura da auto-colocação em perigo; CANCIO MELIÀ, *Conducta de la víctima e imputación objectiva*, ps.214 e s., 290 e ss. e 369 e ss., não se percebendo, no entanto, como é que a aplicação do critério da organização conjunta aos casos descritos em p.292 e à transmissão do VIH com consentimento da vítima (p.370 e s.) pode conduzir a resultados diversos; MUÑOZ CONDE/GARCIA ARÁN, *Derecho Penal, PG*, p.330 e s., argumentando que, à excepção de algumas situações (incapazes, crianças, indução ou auxílio ao suicídio, venda de órgãos etc), o Direito não pode estender a sua protecção aos que voluntariamente renunciam a ela.

⁸⁴ Neste sentido, v. PRITTWITZ, *Strafrechtliche Aspekte*, p.141.

autonomia ou auto-responsabilidade do parceiro são é somente que ele decorra conforme as suas expectativas livre e conscientemente formadas. De outro modo não é sequer legítimo falar em domínio conjunto da actividade arriscada. O paralelismo com figuras da comparticipação, nomeadamente com a co-autoria, não nos ajuda muito aqui, não só porque não há neste contexto uma divisão funcional de tarefas na execução⁸⁵, mas sobretudo porque não se trata da repartição da responsabilidade criminal entre participantes num facto. A apreciação da responsabilidade criminal da vítima está totalmente fora de questão. Do que se cuida é tão somente da delimitação da competência pelo risco entre autor e vítima⁸⁶. Se tudo se passa como a vítima representa e espera, como é o caso, o risco será então inscrito na sua esfera de auto-responsabilidade⁸⁷. A mesma conclusão deve ser tirada para os casos em que a vítima, por exemplo, procura aventuras sexuais em clubes ou em «dark rooms» destinados a esse efeito, jogando o jogo do anonimato sem tomar ou exigir quaisquer precauções. A abdicação leviana de medidas de auto-tutela por parte da vítima, a busca de uma satisfação lúdica do desejo, faz com que ela assuma ou chame a si o risco de contágio⁸⁸.

A ausência de qualquer referência à falta de informação pelo autor ou - visto do outro lado - de acordo da vítima, mormente no tipo do artº155, pode alimentar a tese de que o legislador cabo-verdiano recusou atribuir relevância, neste âmbito, ao consentimento

⁸⁵ Sobre a diferença estrutural entre organização conjunta, de que aqui cuidamos, e a figura da co-autoria, v. CANCIO MELIÀ, *Conducta de la víctima e imputación objectiva*, p.290.

⁸⁶ De modo idêntico CANCIO MELIÀ, *Conducta de la víctima e imputación objectiva*, p.214 e s.

⁸⁷ A recondução sistemática desta conclusão aos conceitos de auto ou hetero-colocação em perigo é absolutamente secundária, como dissemos. A demonstrá-lo está o facto de ROXIN (*Strafrecht, AT, I, §11 nº108*) e CARMEN GÓMEZ RIVERO (*La imputación de los resultados*, p.185) adoptarem a mesma solução que defendo partindo da caracterização da situação analisada, respectivamente, como hetero-colocação e auto-colocação em perigo. Dá conta disto, reportando-se ao contágio da Sida, FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, PG*, p.450.

⁸⁸ Neste sentido, v. também SCHÜNEMANN, *Problemas juridico-penales*, p.45 e s.

da vítima nos factores de risco de contágio. Bem sei que não é tarefa do legislador fazer dogmática, mas a inexistência no CP de Cabo Verde de uma disposição similar ao artigo 38 (ou ao artº149) do CP português, não só desvaloriza o consentimento como causa de justificação, negando-lhe um lugar entre as causas de exclusão da ilicitude tradicionais que figuram nos arts.35 a 40, como ainda remete o regime de relevância do consentimento para valorações dependentes do contexto típico. Considerações sobre a localização sistemática da figura à parte, vale também neste domínio a afirmação de COSTA ANDRADE de que à falta de um regime próprio, «monocêntrico, transcendente ao tipo e introduzindo uma relação de descontinuidade entre a autonomia e o bem jurídico», o consentimento passa a ter uma fundamentação policêntrica, dependente do ilícito típico em causa e da espécie de relação entre o bem jurídico protegido e a autonomia da vontade do respectivo titular⁸⁹. Se tivermos em conta que o legislador cabo-verdiano introduziu a ausência de consentimento em constelações típicas menos controversas quanto à relevância da figura, (v.g. os crimes contra a reserva da vida privada dos arts. 180, 181, 183, 184, 189, 190 e 191 e o crime de exibicionismo do artº147 nº1), podemos ser levados a concluir que o legislador terá aderido àquela tese. Convém não esquecer que estamos no terreno do contágio virai doloso e que a relevância dogmática da atitude ou comportamento da vítima não é tema pacífico na doutrina. A inclusão entre os elementos dos tipos referidos da falta de informação do autor acerca da sua condição de infectado, ou - o que significa o mesmo - da falta de consentimento da vítima no risco de contágio, num contexto problemático como o que analisamos, exprimirá inequivocamente a intencionalidade normativa de conferir relevância ao comportamento da vítima na apreciação da punibilidade, mais

⁸⁹ v. *Consentimento e acordo*, p.511 e ss.

exactamente, da tipicidade do facto do autor. A apreciação dos termos dessa relevância terá de ser, isso sim, objecto de labor dogmático.

Preferível me parece, por isso, a proposta de incriminação de um grupo de autores alemães e espanhóis⁹⁰, na mesma direcção dos arts. 155 e 156 referido, que reza do seguinte modo: «quem expuser outra pessoa, sem o seu consentimento, ao perigo de infecção do vírus de imunodeficiência humana (...), conhecendo o risco existente ou representando-o como possível, será punido ...». A disposição subsequente acrescenta, a título de agravação, que «se desse modo lhe transmitir o vírus da imunodeficiência humana (...), será punido ...». Pelas razões que expus no início deste estudo, retiraria somente a referência expressa ao vírus da Sida, corroborando neste ponto a orientação do legislador cabo-verdiano.

⁹⁰ v. MIR PUIG (ed.), *Problemas jurídico penales de Sida*, p.175 e ss. Penso que não é correcta a qualificação do tipo base como crime de perigo concreto defendida por MIR PUIG, um dos proponentes. Expor alguém ao perigo de infecção do vírus, não significa expô-lo a um perigo para a vida ou a integridade física. Expor ao perigo de infecção reporta-se à situação do indivíduo que é portador do vírus (sabendo que o é ou representando essa possibilidade, expressão que, seguindo MIR PUIG, se deve interpretar restritivamente, fazendo-a coincidir com o dolo eventual) e que, sem tomar quaisquer precauções, mantém relações sexuais com outro, sujeitando-o à possibilidade de uma infecção. Por um lado, os bens jurídicos tutelados são a vida ou/e a integridade ou saúde física e não a infecção, como é óbvio. Por outro lado, perigo de infecção não é o mesmo que perigo concreto para aqueles bens jurídicos. Aquele significa possibilidade de infecção ou de contágio: este consiste na colocação efectiva e objectiva dos ditos bens numa situação de crise ou de insegurança existencial, o que implicará a efectivação do contágio no perigo grave para a saúde (podendo o contágio ser visto já, mas somente, como lesão simples deste bem jurídico, como vimos) e do surgimento da doença no perigo para a vida. O grave perigo (concreto) para a saúde física constitui, isso sim, o fundamento da agravante consubstanciada na transmissão efectiva do vírus.