

A RESPONSABILIDADE PENAL DO AGENTE TRANSMISSOR DA COVID-19 NAS HIPÓTESES DE AUTOCOLOCAÇÃO EM PERIGO E HETEROCOLOCAÇÃO EM PERIGO CONSENTIDA PELA VÍTIMA

Isabella Figueredo Vieira

Graduada pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Advogada.

Resumo- A recente pandemia de COVID-19 ensejou diversas discussões acerca da proteção dos bens jurídicos relevantes e a correta resposta do direito penal no enfrentamento do cenário de crise. Isso porque a alta transmissibilidade do vírus torna mais dificultosa a tarefa de identificar os agentes que produzem o resultado penalmente relevante. Diante desse contexto, o corrente trabalho pretende perquirir a responsabilidade penal do agente transmissor da COVID-19 nas hipóteses em que a própria vítima contribui para a violação do seu bem jurídico protegido. Para tanto, pretende-se investigar os tipos penais pertinentes em um cenário de pandemia, cotejando-os com a teoria da heterocolocação em perigo consentido e da autocolocação em perigo da vítima, de modo a delimitar a escorreita responsabilidade penal em casos tais.

Palavras-chave- Direito Penal. Responsabilidade Penal. COVID-19. Autocolocação em perigo. Heterocolocação em perigo consentida.

Sumário- Introdução. 1. A tipificação das condutas à luz da COVID/19: os bens jurídicos tutelados pelo direito penal no enfrentamento da pandemia. 2. Heterocolocação em perigo consentido e autocolocação em perigo. 3. Responsabilidade penal do autor ante a contribuição da vítima para a produção do resultado típico no âmbito da pandemia de COVID/19. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O corrente trabalho acadêmico tem por escopo analisar a autocolocação em perigo da vítima e os seus efeitos. Nesses termos, o estudo destina-se a investigar a repercussão da contribuição da vítima pela autocolocação em perigo no nexos causal da conduta do agente transmissor da COVID-19 e o conseqüente resultado morte.

Consoante a Carta Magna, o direito individual precípua, basilar a todos os demais, é o direito à vida, positivado no seu art. 5º, *caput*. Diante do cenário de pandemia da doença COVID-19, tem-se grande obstáculo à proteção desse direito, incumbindo ao Estado o mister de garantir a máxima efetividade de tal bem jurídico relevante e seus desdobramentos, especialmente a saúde pública e a dignidade da pessoa humana.

Dessa ambiência, infere-se que o direito penal é ferramenta necessária à proteção de tais bens jurídicos, à luz de sua função preventiva geral negativa, é dizer, seu papel dissuasivo na prática de condutas por ele sancionadas. Contudo, diante da inédita situação de pandemia, questiona-se: qual a correta subsunção das condutas concretas aos tipos penais erigidos pelo legislador?

Essa subsunção torna-se ainda mais dramática nas hipóteses em que a vítima, livre e conscientemente, expõe-se à situação de perigo de contágio do vírus Sars-CoV-2, com consequente resultado morte. O nexos causal entre a conduta do agente transmissor e o resultado danoso é certamente afetado, e propõe-se a estudar a medida dessa alteração.

Nesses termos, o ponto nevrálgico do estudo é investigar a responsabilidade do agente transmissor da COVID-19 nos casos em que a vítima contribui para a contaminação e produção do resultado morte, à luz da teoria da autocolocação em perigo da vítima.

A discussão revela-se premente e relevante por analisar se remanesce a pretensão punitiva estatal diante da contribuição tanto do autor quanto da vítima para a transmissão do vírus Sars-CoV-2 e a consequente produção do resultado morte. É transparente o interesse público na investigação da legitimidade do poder-dever de punir em casos tais, muito corriqueiros no cenário da pandemia da COVID-19.

O capítulo inaugural visa a destrinchar qual é a tipificação adequada para as condutas vinculadas à violação dos bens jurídicos vida, saúde pública e dignidade da pessoa humana no contexto da pandemia da COVID-19. A escorreita subsunção da norma penal, ainda polêmica, é premissa indispensável à análise da responsabilidade penal dos agentes envolvidos.

Uma vez assentadas as premissas legais de tipificação penal, o segundo capítulo busca aprofundar a teoria da autocolocação em perigo da vítima, que trata das situações em que esta, livre e conscientemente, contribui materialmente para a criação e produção do risco proibido. Adentra-se a controvérsia de se tal teoria é aplicável ao ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que foi criada no contexto de uma dogmática funcionalista e não finalista do direito penal.

Por fim, o terceiro capítulo da presente obra almeja propor a interpretação mais acertada da controvérsia em comento. Isso por meio da investigação do nexos causal da conduta de autocolocação em perigo pela vítima e a transmissão do vírus Sars-Cov-2 com resultado morte, bem como a sua influência na responsabilidade penal do agente transmissor.

A pesquisa visa a utilizar-se do método hipotético-dedutivo, porquanto a pesquisadora pretende eleger proposições hipotéticas, as quais entende verossímeis e adequadas a analisar o objeto da pesquisa. Almeja-se comprová-las ou rejeitá-las dialogicamente.

O estudo em comento busca optar por uma abordagem qualitativa, eis que a pesquisa é desenvolvida pela pesquisa bibliográfica pertinente, tanto da dogmática clássica quanto dos artigos atuais acerca da pandemia, para sustentar a tese proposta.



1. OS TIPOS PENAIS APLICÁVEIS AO CONTEXTO DE PANDEMIA: UMA DISCUSSÃO ACERCA DA CORRETA SUBSUNÇÃO DAS CONDUTAS PARA A PROTEÇÃO DOS BENS JURÍDICOS RELEVANTES

O advento de pandemias demanda respostas jurídico-penais. Assim sendo, o legislador e o aplicador do direito são convocados a enfrentar a realidade social, de modo a garantir a tutela dos bens jurídicos. Nesse contexto, o qual demanda imediatez e eficiência, os intérpretes do ordenamento jurídico enfrentam sérios impasses no que tange à aplicação do Direito Penal, na tentativa de compatibilizar os direitos individuais constitucionais com a vedação à proteção deficiente. Em suma, a situação emergencial engendra insegurança jurídica¹.

A fim de evitar interpretações conflitantes das normas penais no presente contexto de anormalidade, deve-se considerar que o direito penal pauta-se pela fragmentariedade e subsidiariedade. É dizer, deve atuar enquanto *ultima ratio*, nos casos em que os demais ramos do direito não são bastantes para solucionar o caso concreto.

Nessa toada, o Direito Penal deve ser invocado somente diante de graves violações aos bens jurídicos relevantes². Do contrário, tem-se transgressão à dimensão positiva do princípio da proporcionalidade.

Com efeito, a situação fática da pandemia de COVID-19 ilustra essa violação nos diversos casos de desrespeito às medidas sanitárias legais de enfrentamento da disseminação do vírus. As reiteradas reuniões clandestinas, a promoção de aglomerações e a recusa ao uso de utensílios de proteção pelos cidadãos merecem atenção do Direito Penal, com o escopo de desencorajar condutas que ensejem lesão ou perigo de lesão ao direito à vida e à saúde pública³.

Nesse contexto, o desafio da dogmática penal é a escorreita subsunção dessas condutas aos tipos penais erigidos pelo legislador. A correta tipificação é cara à proteção dos bens jurídicos relevantes, sob a ótica da prevenção negativa geral do direito penal, bem como às garantias constitucionais da legalidade e da taxatividade da lei penal, como garantia do cidadão.

¹ GRECO, Luis. LEITE, Alaor. *Direito Penal, saúde pública e epidemia- Parte I*: notícia histórica sobre o art. 268 CP e caos regulatório no contexto da Covid-19. 2020: JOTA. Disponível em <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/penal-em-foco/direito-penal-saude-publica-e-epidemia-parte-i-15042020>>. Acesso em: 13 out. 2021.

² FACCINI, Orlando. As consequências da pandemia para o direito penal brasileiro. *Revista Jurídica Unicritiba*, Curitiba, V.2, nº 64. 2021, p. 3. Disponível em: <<http://revista.unicritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/5056>>. Acesso em: 12 out. 2021.

³ *Ibidem*, p. 5.

Luis Greco⁴ cita como o primeiro delito a que se subsumem as condutas praticadas no contexto de pandemia aquele inserto no art. 268 do Código Penal⁵. In verbis: “Infringir determinação do poder público, destinada a impedir introdução ou propagação de doença contagiosa”.

Trata-se da alcunhada infração de medida sanitária preventiva. Tem-se crime de perigo abstrato, o qual dispensa o efetivo contágio ou risco à saúde de outrem, bastando sejam infringidas as determinações do poder público⁶.

Ademais, é norma penal em branco⁷, exigida norma complementar para regular quais seriam as determinações do poder público a serem infringidas para a configuração do delito. Nesse sentido, o poder público editou, em 6 de fevereiro de 2020, a lei federal nº 13.979⁸, a qual regula especificamente as medidas sanitárias de enfrentamento ao corona vírus, que traz em seu bojo, destacadamente, as determinações de: i) medida de isolamento, ii) quarentena e iii) realização compulsória de exames médicos, testes laboratoriais e tratamentos médicos específicos, conforme seu art. 3º.

Esta, por sua vez, foi posteriormente complementada pela portaria 356, de 11 de março de 2020⁹, do Ministério da Saúde, trazendo requisitos para a incidência das medidas sanitárias referidas na lei federal supracitada. Como se não bastasse, editou-se a Portaria Interministerial nº 5, de 17 de março de 2020, a qual veicula, em seu art. 4º, que o descumprimento das referidas medidas sanitárias “poderá sujeitar os infratores às sanções previstas nos art. 268 e art. 330 do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, se o fato não constituir crime mais grave”¹⁰.

Acerca deste último dispositivo, conquanto exista conflito aparente de normas, não deve haver a imputação simultânea ao agente dos delitos do art. 268 e 330 do Código Penal¹¹. Isso porque o segundo é absorvido pelo primeiro, pelo princípio da consunção¹².

⁴GRECO, LEITE, op. cit.

⁵BRASIL, *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 18 out. 2021.

⁶GRECO, LEITE, op. cit.

⁷FACCINI, op. cit., p. 12.

⁸BRASIL, *Lei Federal nº 13.979*, de 6 de fevereiro de 2020. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-13-979-de-6-de-fevereiro-de-2020-242078735>>. Acesso em: 18 out. 2021.

⁹BRASIL, *Portaria nº 356*, de 20 de março de 2020. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-356-de-20-de-marco-de-2020-249090908>>. Acesso em: 19 out. 2021.

¹⁰BRASIL, *Portaria Interministerial nº 5*, de 17 de março de 2020. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-interministerial-n-5-de-17-de-marco-de-2020-248410549>>. Acesso em: 19 out. 2021.

¹¹BRASIL, op. cit, *nota 5*.

¹²MONTEIRO, Lucas. VIANA, Eduardo. *Coronavírus: um diagnóstico jurídico-penal*. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/penal-em-foco/coronavirus-um-diagnostico-juridico-penal-23032020>>. Acesso em: 15 out. 2021.



Na leitura sistemática do regramento vigente, o crime do art. 268 do Código Penal¹³ só configura-se mediante a observância dessas três normas regulamentadoras. Assim sendo, as medidas sanitárias cuja infração se subsume a conduta penalmente relevante são as seguintes: i) isolamento, desde que a) mediante prescrição médica ou recomendação do agente de vigilância epidemiológica, com prazo máximo de 14 dias prorrogáveis por igual período, conforme Portaria nº 356 art. 3º, § 1º¹⁴; b) haja comunicação prévia à pessoa afetada sobre a compulsoriedade da medida, vide Portaria Interministerial nº 5, art. 4º, § 1º¹⁵. ii) quarentena, desde que instituída mediante administrativo formal e devidamente motivado, publicada no Diário Oficial e amplamente divulgada pelos meios de comunicação, vide Portaria nº 356 art. 4º, § 1º¹⁶. iii) realização compulsória de exames médicos, testes laboratoriais e tratamentos médicos específicos, desde que a) por indicação de ato médico ou de profissional de saúde, vide Portaria nº 356, 6º¹⁷; b) haja comunicação prévia à pessoa afetada sobre a compulsoriedade da medida, vide Portaria Interministerial nº 5, art. 4º, § 1º¹⁸.

Lado outro, não deve ser aplicável o delito de perigo de contágio de moléstia grave, inculcado no art. 131 do Código Penal¹⁹. Tem-se a elementar “moléstia grave”, o que sugere norma penal em branco. Inexiste regulamentação legal de quais seriam elas, ou sequer consenso doutrinário sobre o seu conceito. Dessa forma, ausência de definição segura do delito deve favorecer o réu²⁰.

Outrossim, o delito de Epidemia não merece acolhida no cenário analisado. O art. 267 do Código Penal²¹ veicula o crime de “Causar epidemia, mediante a propagação de germes patogênicos”. No caso concreto, tem-se uma epidemia já instalada, e não se pode imputar a um autor específico a causação da epidemia²².

De outra monta, é possível incidir o delito de perigo para a vida ou saúde de outrem, previsto no art. 132 do Código Penal, que dispõe: “Expôr a vida ou a saúde de outrem a perigo direto e iminente”²³.

Neste caso, a subsunção ao tipo penal exige que o agente exponha o sujeito passivo a uma situação de perigo direto e iminente à vida ou à saúde. Diferentemente do delito

¹³BRASIL, op. cit., nota 5.

¹⁴ BRASIL, op. cit., nota 9.

¹⁵ BRASIL, op. cit., nota 10.

¹⁶ BRASIL, op. cit., nota 9.

¹⁷ Ibidem.

¹⁸ BRASIL, op. cit., nota 10.

¹⁹BRASIL, op. cit., nota 5.

²⁰GRECO, LEITE, op. cit.

²¹ BRASIL, op. cit., nota 5.

²² Ibidem.

²³ BRASIL, op. cit., nota 5.



anteriormente comentado, este exige um perigo concreto, ou seja, uma real possibilidade de a conduta causar perigo de lesão ao bem jurídico durante sua execução²⁴.

Subsumindo as condutas vinculadas à pandemia do Coronavírus, o tipo demanda prova de que o agente está contaminado, eis que, se não está acometido pela Covid-19, não há perigo concreto de lesão à saúde de outrem. Ademais, pressupõe-se a prova do cognoscitivo do dolo do agente, tanto quanto conhecimento de que estava contaminado quanto à previsibilidade de eventual produção do resultado danoso (dano à saúde de outrem)²⁵.

Finalmente, não se pode descartar a incidência do crime de lesão corporal, nos casos de dano efetivo²⁶. Isso porquanto o artigo 129 do Código Penal²⁷ tem como elementos do tipo tanto a ofensa à integridade corporal quanto à saúde de outrem, sendo esta última a modalidade relevante para a situação em comento. Com efeito, a transmissão do Sars-Cov 2 é dano à saúde suficientemente relevante para configurar o referido delito. Ainda, tal resultado pode ser qualificado pelo perigo de vida, nos termos do art. 129, §1º, II, CP, ou pelo resultado morte, conforme o art. 129, §3º, CP²⁸.

Não se pode olvidar, ainda, que, no processo de subsunção da conduta à norma, deve-se estabelecer a relação de causalidade entre a conduta do agente e a ofensa à saúde de outrem e seus resultados qualificados. Tal imputação pode, ademais, ser dolosa ou culposa²⁹.

Diante do exposto, extrai-se que o Direito Penal socorre aos bens jurídicos mais relevantes à sociedade. No cenário de pandemia, ganham destaque três possíveis delitos para assegurar a proteção desses bens jurídicos, quais sejam: infração de medida sanitária preventiva- art. 268 CP³⁰, perigo para a vida ou saúde de outrem - art. 132 CP³¹ e lesão corporal - art. 129 CP³², em sua modalidade simples ou qualificada.

²⁴MONTEIRO, VIANA, op. cit.

²⁵ Ibidem.

²⁶ FACCINI, Orlando. *A pandemia e o direito penal*. Disponível em: < [²⁷ BRASIL, op. cit., nota 5.](https://www.conjur.com.br/2020-abr-30/faccini-neto-pandemia-direito-penal#:~:text=A%20pandemia%20de%20Covid%2D19%20e%20o%20Direito%20Penal&text=1.,vivendo%20um%20tempo%20completamente%20inusitado.&text=Numa%20situa%C3%A7%C3%A3o%20complexa%20como%20essa,no%20campo%20do%20Direito%20Penal.> acesso em: 15 out 2021</p></div><div data-bbox=)

²⁸ MONTEIRO, VIANA, op. cit., p. 28.

²⁹ Ibidem.

³⁰ BRASIL, op. cit., nota 5.

³¹ Ibidem.

³² Ibidem.

2. HETEROCOLOCAÇÃO EM PERIGO CONSENTIDO E AUTOCOLOCAÇÃO EM PERIGO: UMA DISCUSSÃO SOBRE A CONTRIBUIÇÃO DA VÍTIMA E DO AGRESSOR PARA A PRODUÇÃO DO RESULTADO

O estudo aqui proposto pauta-se na perspectiva de que o direito penal moderno deve considerar, na análise da responsabilidade criminal, o papel da vítima, notadamente quando esta contribui para a produção do resultado penalmente relevante³³. Surge, pois, relevante questionamento: Quem é a vítima para o Direito Penal?

Para os fins deste trabalho, opta-se pela concepção positivada pela Resolução nº 40/34, de 1985, da ONU, a qual erige os princípios básicos de justiça relativos às vítimas da criminalidade e de abuso de poder:

[...]entendem-se por "vítimas" as pessoas que, individual ou coletivamente tenham sofrido um prejuízo, nomeadamente um atentado à sua integridade física e um sofrimento de ordem moral, uma perda material, ou um grave atentado aos seus direitos fundamentais, como consequência de atos ou de omissões violadores das leis vigor num Estado membro, incluindo as que proibem o abuso de poder³⁴.

Adotada tal premissa, a dogmática penal depara-se com a situação em que a própria vítima participa da causação desse prejuízo à sua própria integridade física e/ou moral. Não havendo previsão no Código Penal acerca do tema, cabe à doutrina investigar na ciência jurídica métodos que considerem o papel da vítima na responsabilidade penal. Do contrário, o direito penal tornar-se letra morta, dissociado da realidade social.

A questão foi pioneiramente enfrentada no Brasil na investigação da responsabilidade penal do agente que dolosamente transmite AIDS ao parceiro que, voluntariamente, consente com relação sexual desprotegida, conhecendo da doença sexualmente transmissível do primeiro³⁵.

Uma das soluções arquitetadas pelos estudiosos da teoria do crime foi a adoção do sistema funcionalista, o qual propõe a inserção de elementos da Política Criminal à dogmática

³³ AGUIAR, Walter. A autocolocação da vítima em perigo. *Revista internacional da Associação Brasileira de Criminologia*, Quixadá, V. 1, ano 4, p. 2-3, fev. 2020.

³⁴ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Resolução 40/35*. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pfdc/temas/legislacao/internacional/declaracao-dos-principios-basicos-de-justica-relativos-as-vitimas-da-criminalidade-e-de-abuso-de-poder>>. Acesso em: 22 fev 2022.

³⁵ SCHMIDT, Andrei Z. *Imputação objetiva e transmissão de Aids*. p. 4. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDP_05_71.pdf>. Acesso em : 01 mar 2022.

penal. O marco teórico da referida sistemática é a teoria da imputação objetiva, desenvolvida por Karl Larenz e Richard Honing, posteriormente lapidada por Claus Roxin³⁶.

Segundo referida teoria, a tipicidade pauta-se no conceito de risco proibido ao bem jurídico tutelado. Nessa esteira, são requisitos da imputação objetiva: i) a criação de um risco juridicamente proibido; ii) a realização desse risco no resultado e; iii) o risco esteja inserido no âmbito de proteção da norma. Sob tal ótica, o conceito se divorcia da simples causalidade material, própria do sistema finalista, e pressupõe a criação de um risco juridicamente proibido ao bem jurídico tutelado pelo direito penal³⁷.

Desse contexto, surgem as teorias da autocolocação em perigo da vítima e a heterocolocação em perigo consentida. Isso porquanto o terceiro requisito esbarra no princípio da autorresponsabilidade do sujeito passivo. Segundo tal preceito, os indivíduos têm a liberdade de decidir sobre os próprios comportamentos, ainda que estes representem risco individual ou social³⁸. Isto posto, o tipo penal não abrange os casos em que a vítima, conhecendo plenamente do risco proibido criado, se autocoloca em perigo ou se expõe a perigo provocado por terceiro³⁹.

Explique-se: a autocolocação em perigo é compreendida como o fenômeno em que o sujeito passivo se expõe voluntariamente a uma ação perigosa, ainda que outrem contribua para a produção do perigo criado. Já na heterocolocação em perigo consentida, a vítima não expõe a perigo seu bem jurídico, mas assente, de forma consciente, que terceiro o coloque em situação de perigo.

Gize-se que a responsabilidade penal do terceiro pressupõe a análise do nível de conhecimento da vítima quanto ao risco ao qual se submete, bem como a probabilidade e extensão desse risco criado.

No exemplo do agente transmissor de AIDS por relação sexual desprotegida, deve-se considerar se a vítima tinha plena consciência da condição de soropositivo do parceiro, é dizer, do risco da produção do resultado lesivo, bem como a extensão desse risco a que se submeteu⁴⁰.

³⁶ COSTA, Lucas. A responsabilidade penal nos casos de autocolocação da vítima em perigo. In: CONGRESSO NACIONAL CONPEDI, 2015, Belo Horizonte. Florianópolis: CONPEDI, 2015, p. 338.

³⁷Ibid, p. 339.

³⁸ PEREIRA, Jeferson B. *Princípios limitadores do poder punitivo do Estado*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/54146/principios-limitadores-do-poder-punitivo-do-estado/4#:~:text=Princ%C3%ADpio%20da%20Autorresponsabilidade,representar%20risco%20individual%20o%20social>>. Acesso em: 22 fev. 2022.

³⁹ ROXIN, Claus. A Teoria da Imputação Objetiva. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, Vol. 38. 2002, p. 79-80.

⁴⁰ SCHMIDT, Andrei Z, op.cit. p. 7-8.



Nos casos de autocolocação em perigo, essa consciência mostra-se evidente. O agente que se autocoloca em perigo conhece dos riscos, pois domina o curso causal da produção do resultado. Já o terceiro somente participa de um comportamento perigoso realizado pela própria vítima, o que urge o afastamento de sua responsabilidade penal.

Foi o caso de julgado de 2010 do Superior Tribunal de Justiça⁴¹, referente a atropelamento em rodovia próxima a passarela. Na espécie, apesar de proibição expressa, a vítima atravessou pela via, ignorando o local apropriado de travessia, que se encontrava próximo e de fácil acesso⁴².

Já nos casos de heterocolocação em perigo consentida, essa plena consciência do perigo não se presume, demandando-se uma investigação casuística para se afastar a imputação do agente causador do risco. Neste caso, a vítima não detém o domínio do fato, pois não se autocoloca em perigo, senão consente que outro a coloque em tal situação. Tem-se, aí, a grande discussão acadêmica quanto à devida imputação do agente⁴³.

A doutrina majoritária resolve a questão por meio do consentimento do ofendido na produção do resultado. Contudo, segundo Claus Roxin⁴⁴, a interpretação não é acertada, eis que a vítima não consente com a produção do resultado, senão com o risco da produção desse resultado. A vítima confia que o resultado não acontecerá, mas assume o risco de sua produção.

Consoante o referido autor, as situações de heterocolocação em perigo consentida somente devem afastar a responsabilidade penal quando, no caso concreto, a situação equivaler a uma autocolocação em perigo. Para tanto, o autor desenha os seguintes requisitos: “o dano deve surgir como consequência da ação e do risco consentidos, e não de outros erros adicionais; e a vítima deve ter o mesmo controle sobre o acontecimento do que o autor, de modo que o resultado se encontre em uma esfera chamada de competência da vítima, havendo uma “organização conjunta” entre ela e o agente⁴⁵”.

Exige-se, pois, que o risco assumido pela vítima equivalha ao risco criado pelo agente que o coloca em perigo. É o caso de dois motoristas que, conscientemente, participam de um “racha”, do qual sobrevém acidente fatal a um deles⁴⁶. Existe, *in casu*, uma assunção final e recíproca da criação perigo.

⁴¹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 147.250/BA*. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8563873/habeas-corpus-hc-147250-ba-2009-0178790-9/inteiro-teor-13666981?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 22 fev. 2022.

⁴² AGUIAR, Walter de Lacerda. op. cit., p. 6-7.

⁴³ GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 4 ed. Rev. E atual.- São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.75-77.

⁴⁴ ROXIN, Claus. op. cit., p. 79-80.

⁴⁵ GRECO, Luís. op. cit., p.75-77.

⁴⁶ SCHMIDT, Andrei Z. op. cit. 14-15.

Igualmente, conforme assentado por acórdão do Tribunal de Minas Gerais, um delegado insistiu que seu subordinado o transportasse até Carandaí/MG, mesmo após ser por ele avisado de que o carro da polícia não estava em condições seguras para trafegar. Durante a viagem, o carro perdeu o controle e colidiu com o caminhão, ocasionando a morte do delegado. Nessa situação, o Tribunal absolveu o subordinado, acusado do delito do art. 302 do CTB, pois a vítima colocou-se em situação de perigo ao ordenar ao subordinado que o levasse ao destino, mesmo consciente das precárias condições de segurança do veículo.

De todo o exposto, a hodierna complexidade das relações humanas demanda especial atenção à contribuição da vítima na dogmática penal. Nesse sentido, a responsabilização do agente que realiza o risco proibido demanda a análise da natureza e da extensão da influência do comportamento da vítima na concretização do risco proibido. O princípio da autorresponsabilidade, é dizer, a autonomia de vontade como parte da liberdade de ação⁴⁷, é limite da subsunção do fato à norma penal.

Tal realidade assume novos contornos diante do contexto de pandemia da COVID-19. Assim sendo, imperioso cotejar os conceitos de autocolocação e heterocolocação em perigo consentida da vítima com os diversos tipos penais subsumíveis aos possíveis riscos de contágio da doença, sempre à luz da contribuição da vítima para a criação do risco proibido.

3. A ANÁLISE DA RESPONSABILIDADE PENAL DO AGENTE TRANSMISSOR DA COVID-19 NO CONTEXTO DE HETEROCOLOCAÇÃO EM PERIGO CONSENTIDO E AUTOCOLOCAÇÃO EM PERIGO PELA VÍTIMA

Consoante demonstrado, a hodierna dogmática penal demanda a consideração da vítima para fins de verificação da responsabilidade do autor. Mister, pois a verificação de sua influência na própria conduta do sujeito ativo e no nexos causal desta com a produção do resultado.

Surge, diante de todo o panorama descrito, o ponto nevrálgico da discussão proposta: qual a relevância da autocolocação e heterocolocação em perigo consentida da vítima no nexos causal entre a conduta do agente e a produção do resultado danoso no contexto de pandemia de COVID-19?

Torna-se relevante a retomada dos delitos pertinentes à pandemia de COVID-19, quais sejam: infração de medida sanitária preventiva- art. 268 CP⁴⁸, perigo para a vida ou saúde de

⁴⁷ PEREIRA, Jeferson B. op. cit.

⁴⁸ BRASIL, op. cit., nota 5.

outrem - art. 132 CP⁴⁹ e lesão corporal - art. 129 CP⁵⁰, em sua modalidade simples ou qualificada. Desses, o objeto de estudo será o crime de lesão corporal, o único crime que exige a produção do resultado para a consumação, não se tratando de crime de perigo.

Cotejando o referido crime com os conceitos de imputação objetiva já explanados neste trabalho, tem-se uma primeira conclusão: na autocolocação em perigo consentida, não há falar em responsabilidade penal do sujeito ativo transmissor do vírus COVID-19. Reitere-se que, neste caso, a vítima que se autocoloca em perigo conhece os riscos de sua ação, dominando, pois, o curso causal do resultado⁵¹.

Nesses termos, o sujeito que, voluntária e conscientemente, se dirige à residência de pessoa acometida com a doença tem domínio do curso causal da produção do resultado de contágio, atuando positivamente para a criação do risco ao bem jurídico. Logo, rechaçada a responsabilidade penal daquele acometido da doença⁵².

A polêmica exsurge da heterocolocação em perigo consentida pela vítima⁵³. Nessa situação, diferentemente da autocolocação em perigo, não é a própria vítima quem se expõe ao risco de sua integridade física pelo contato com outra pessoa. Aqui, é a conduta de terceiro, com concordância do sujeito passivo, que cria o risco proibido.

Tal qual o caso do delegado que concorda com ser transportado por seu funcionário em péssimas condições de tráfego⁵⁴, mesmo quando advertido dos riscos, no caso da vítima que voluntariamente se expõe ao perigo de contágio de contrair a COVID-19, tem-se hipótese de autocolocação em perigo con.

Não se admite a responsabilização penal no caso em tela pela assunção do resultado. Isso porquanto as teorias de autocolocação e heterocolocação em perigo consentida presumem o atuar culposo do agente. A vítima aquiescer com a produção do resultado é manifestação de uma postura dolosa⁵⁵ e pode, no máximo, ensejar a responsabilidade penal do agente transmissor pelo delito do artigo 122 do Código Penal⁵⁶, o que foge ao escopo aqui proposto. Fato é que a vítima, em casos concernentes à COVID-19, raramente concordará com a transmissão da doença, senão com o risco da produção desse resultado, o que altera sensivelmente a análise jurídico-penal do proceder do sujeito ativo.

⁴⁹ Ibid.

⁵⁰ Ibid.

⁵¹ GRECO, Luís. op. cit., p.77.

⁵² COSTA, Lucas. op. cit., p. 342.

⁵³ Ibid., p. 342.

⁵⁴ BRASIL, op.cit., nota 41.

⁵⁵ SCHMIDT, Andrei Z. op. cit., p. 16

⁵⁶ BRASIL, op. cit., nota 5.

Em situações tais, a solução reside na verificação da equivalência final e recíproca do risco assumido. É dizer, para afastar-se a responsabilidade do sujeito ativo, tanto o agente transmissor quanto a vítima devem ter assumido o mesmo risco e com a mesma consciência da sua extensão⁵⁷. Nesses casos, a heterocolocação em perigo da vítima equivale a uma autocolocação em perigo.

Assim sendo, não há como sustentar a subsunção do delito de lesão corporal àquele que, ciente de estar contaminado com o vírus Sars-Cov-2, mantém contato com a vítima, a qual, voluntariamente, se expõe ao risco de contágio. A autorresponsabilidade da vítima, que conscientemente se sujeita ao perigo criado pelo sujeito ativo, interfere no nexo causal a ponto de imputar-se somente a ela a produção do resultado danoso. O consentimento da vítima em tais condições interfere no desvalor da ação do sujeito ativo, de forma a deslegitimar a relevância jurídica do risco à lesão ao bem jurídico do terceiro.

Difere-se a situação em que *verbi gratia*, a vítima pressupõe que o agente transmissor se encontra imunizado da doença, por presumir que este se vacinou, quando, na realidade, não o fez. Neste caso, a vítima não tem a mesma assunção do risco que o agente transmissor, que não esclarece dos reais riscos da sua conduta. Tem-se que a vítima desconhece da verdadeira extensão do perigo ao qual se submete o que, em tese, pode atrair para o sujeito ativo a responsabilidade por lesão corporal e eventual resultado mais gravoso dela decorrente.

Ainda neste último caso, a imputação por delitos materiais, como é o caso da lesão corporal, depende da demonstração do nexo de causalidade⁵⁸ previsto no artigo 13 do Código Penal⁵⁹. A acusação deve comprovar que a produção do resultado danoso adveio diretamente do risco criado pelo contato da vítima com sujeito ativo o que, em contexto de pandemia mundial de alta transmissibilidade, não é tarefa fácil.

Esclareça-se que o agente transmissor pode responder pelo delito do art. 129 do Código Penal a título de dolo ou culpa⁶⁰. Numa análise subjetiva do fato típico (ulterior à avaliação da imputação objetiva) deve-se perquirir se o agente tolera ou não a produção do resultado danoso.

De todo o exposto conclui-se que o direito penal não pode impor limitações desnecessárias à liberdade civil. Enquanto *ultima ratio*, a dogmática penal deve restringir a punição nos casos em que o sujeito ativo viola a vontade do titular do bem. Sob o pálio do princípio da autorresponsabilidade e da culpabilidade, somente é atribuível responsabilidade

⁵⁷ Ibid., p. 18.

⁵⁸ MONTEIRO, Lucas. VIANA, Eduardo. op. cit., p. 4.

⁵⁹ BRASIL, op. cit., nota 5.

⁶⁰ Ibid., p. 5.

penal ao agente ativo na medida em que contribui para a violação de bem jurídicos relevantes contrariando a vontade da vítima⁶¹.

Portanto, no contexto de contágio de COVID-19, a contribuição da vítima tem papel decisivo para a delimitação da responsabilidade do agente transmissor da doença. A escorreita análise do tipo penal e a pertinente subsunção ao caso fático pressupõem a investigação de todos os fatores que influenciam o resultado, o que inclui, numa perspectiva da autorresponsabilidade, o sujeito passivo do delito. Do contrário, ter-se-á o temerário alargamento da responsabilidade penal, o que desprestigia toda a lógica jurídico-penal, pautada na proporcionalidade, responsabilidade e da reserva legal.

CONCLUSÃO

Por todo o exposto na presente obra, demonstrou-se que o Direito Penal, enquanto soldado de reserva, deve atentar-se à proteção dos bens jurídicos mais caros à vida em sociedade. Tratando-se do poder-dever estatal que mais restringe os direitos fundamentais, torna-se mister a correta delimitação da responsabilidade penal dos agentes, à luz da vedação à proteção deficiente e da proibição do excesso.

No contexto da pandemia de COVID-19, três delitos merecem maior atenção da dogmática penal: infração de medida sanitária preventiva - art. 268 CP, perigo para a vida ou saúde de outrem - art. 132 CP e lesão corporal - art. 129 CP, em sua modalidade simples ou qualificada. Neste último, em especial, por se tratar de crime material, evidenciou-se a patente influência da conduta da vítima nonexo causal da violação ao seu bem jurídico relevante, de modo a alterar profundamente a responsabilidade do agente transmissor da doença.

Nesse sentido, nas hipóteses em que o sujeito passivo, consciente e voluntariamente, se expõe ao perigo de contágio, sob o pálio da autorresponsabilidade, elide-se completamente a responsabilidade penal do agente transmissor da doença. Igualmente, quando a vítima consente que terceiro a coloque em perigo, desde que munida da mesma consciência da extensão do risco do que aquele, exclui-se o fato típico.

Destarte, evidenciou-se que a vítima merece maior destaque pela dogmática jurídico-penal, porquanto a sua conduta é capaz de minorar ou até afastar a responsabilidade penal do sujeito ativo. A imputabilidade deste depende, além do conhecimento da sua condição de

⁶¹CUNHA, Milena M.F. *A conduta da vítima na teoria do injusto penal*. 2013. 256 f. Dissertação de Mestrado (Mestrado em Direito) – Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013.



infectado, da ignorância da vítima ou o seu não consentimento em submeter-se ao perigo de contágio do Coronavírus.

Concluiu-se, pois, que a ciência penal deve ser aplicada de forma restritiva, principalmente diante de um contexto de anormalidade fática e jurídica. Alargar as hipóteses de responsabilização penal em situações de crise vai de encontro aos alicerces do Estado Democrático de Direito. Revela-se contraditório divorciar o direito penal do princípio da culpabilidade em nome de valores metafísicos como a saúde pública. O sujeito ativo deve responder pela exata medida da sua conduta penalmente relevante, e, verificado o rompimento do nexo de causalidade, descabe a sua condenação em nome do valor abstrato da saúde pública, sob pena de se legitimar a responsabilidade penal objetiva.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Walter. A autocolocação da vítima em perigo. *Revista internacional da Associação Brasileira de Criminologia*, Quixadá, V. 1, 2020.

BRASIL, *Código Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 18 out. 2021.

_____. *Lei Federal nº 13.979*, de 6 de fevereiro de 2020. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-13.979-de-6-de-fevereiro-de-2020-242078735>>. Acesso em: 18 out. 2021.

_____. *Portaria nº 356*, de 20 de março de 2020. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-356-de-20-de-marco-de-2020-249090908>>. Acesso em: 19 out. 2021

COSTA, Lucas. *A responsabilidade penal nos casos de autocolocação da vítima em perigo*. Direito penal e constituição [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFGM/FUMEC/Dom Helder Câmara; coordenadores: Bartira Macedo Miranda Santos, Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro, Matheus Felipe De Castro – Florianópolis: CONPEDI, 2015. Disponível em: <<http://site.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/393xa7s7/E3RgshzUC0DwomeH.pdf>>. Acesso em: 20 fev 2022.

CUNHA, Milena M.F. *A conduta da vítima na teoria do injusto penal*. 2013. 256 f. Dissertação de Mestrado (Mestrado em Direito) – Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013.

FACCINI, Orlando. As consequências da pandemia para o direito penal brasileiro. *Revista Jurídica Unicuritiba*. V.2, n. 64. 2021. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/5056>>. Acesso em: 12 out. 2021

GRECO, Luis. LEITE, Alaor. *Direito Penal, saúde pública e epidemia- Parte I*: notícia histórica sobre o art. 268 CP e caos regulatório no contexto da Covid-19. 2020: JOTA.



Disponível em <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/penal-em-foco/direito-penal-saude-publica-e-epidemia-parte-i-15042020>>. Acesso em: 13 de out de 2021.

_____. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 4 ed. Rev. E atual.- São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MONTEIRO, Lucas. VIANA, Eduardo. *Coronavírus: um diagnóstico jurídico-penal*. 2020. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/penal-em-foco/coronavirus-um-diagnostico-juridico-penal-23032020>> . Acesso em: 15 out. 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Resolução 40/35*. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pfdc/temas/legislacao/internacional/declaracao-dos-principios-basicos-de-justica-relativos-as-vitimas-da-criminalidade-e-de-abuso-de-poder>>. Acesso em: 22 fev 2022.

PEREIRA, Jeferson B. *Princípios limitadores do poder punitivo do Estado*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/54146/principios-limitadores-do-poder-punitivo-do-estado/4#:~:text=Princ%C3%ADpio%20da%20Autorresponsabilidade,representar%20risco%20individual%20ou%20social>> .Acesso em: 22 fev. 2022.

SCHMIDT, Andrei Z. *Imputação objetiva e transmissão de Aids*. 2020. Disponível em : <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDP_05_71.pdf>. Acesso em: 01 mar 2022.