Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Milenna Marjorie Fonseca da Cunha

A conduta da vítima na teoria do injusto penal

Rio de Janeiro

2013

Milenna Marjorie Fonseca da Cunha

A conduta da vítima na teoria do injusto penal

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito Penal.

Orientador: Prof. Dr. Juarez Estevam Xavier Tavares

Rio de Janeiro

2013

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

C972 Cunha, Milenna Marjorie Fonseca da.

A conduta da vítima na teoria do injusto penal / Milenna Marjorie Fonseca da Cunha - 2013.
256 f.

Orientador: Prof. Dr. Juarez Estevam Xavier Tavares

Dissertação (Mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1.Vitimologia - Teses 2. Direito penal - Teses. 3.Injusto penal -Teses. I. Tavares, Juarez Estevam Xavier. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 343.98

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta dissertação, desde que citada a fonte.

_____ _____

Assinatura Data

Milenna Marjorie Fonseca da Cunha

A conduta da vítima na teoria do injusto penal

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.
Área de concentração: Direito Penal.

Aprovada em 16 de setembro de 2013.

Banca Examinadora:

_____

Prof. Dr. Juarez Estevam Xavier Tavares (Orientador)

Faculdade de Direito – UERJ

_____

Prof. Dr. Artur de Brito Gueiros

Faculdade de Direito – UERJ

_____

Profa. Dra. Ana Elisa Liberatore Silva Bechara

Universidade de São Paulo

Rio de Janeiro

2013

DEDICATÓRIA

Aos meus pais.

AGRADECIMENTOS

Ao Prof. Dr. Juarez Tavares, pela acolhida respeitosa, pela orientação e pelo exemplo acadêmico que é para mim, como para qualquer um que aspire a contribuir para o desenvolvimento de uma ciência do Direito Penal comprometida com a defesa da pessoa.

Ao Prof. Dr. Artur de Brito Gueiros e à Profa. Dra. Ana Elisa Bechara, por honrarem-me com sua presença na banca examinadora desta dissertação.

Aos professores da linha de pesquisa de Direito Penal do Programa de Pós-Graduação da UERJ, pelos ricos ensinamentos e estímulos à investigação acadêmica.

Ao Prof. Dr. Samuel Miranda Arruda e ao Prof. Lino Edmar de Menezes, da Faculdade de Direito da UFC, pelas lições que despertaram o meu interesse pelo estudo do Direito Penal e pelo apoio ao engajamento no mestrado.

Aos colegas de mestrado e doutorado em Direito da UERJ, pelo incentivo e pela troca de ideias. Em especial, aos amigos e futuros Mestres Sylvia Chaves e Ulysses Gomes Bezerra, pela amizade e pela ajuda no desenvolvimento desta dissertação, desde colaborações para a pesquisa bibliográfica à disposição para ouvir e debater.

Aos funcionários das bibliotecas da Faculdade de Direito da UERJ, da Faculdade de Direito da USP e do IBCCrim, pelo auxílio decisivo na pesquisa bibliográfica.

Ao meu pai, pelo esforço despendido na minha educação e pela referência de vida. À minha mãe, pelo apoio incondicional e pela presença, como fonte de conforto e confiança, em todos os momentos.

Muito obrigada.

RESUMO

CUNHA, Milenna Marjorie Fonseca da. *A conduta da vítima na teoria do injusto penal*. 2013. 256 f. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013.

A presente dissertação tem por escopo analisar a intervenção da vítima no evento em que se produz um resultado que afeta a si mesma e seus possíveis reflexos na configuração do injusto penal, como fator de limitação da responsabilidade do agente. Para atender a esse objetivo, são abordados aspectos da teoria do delito relevantes para a contextualização e desenvolvimento dos questionamentos e caminhos de solução relativos à valoração da conduta da vítima, sobretudo a concepção material alicerçada na teoria do bem jurídico, sob a diretriz da garantia do livre desenvolvimento da personalidade, bem como a teoria da imputação objetiva e seu impacto sobre a compreensão do injusto penal. Como ponto de partida, destaca-se o respeito à autonomia pessoal e seu papel na ordem constitucional vigente, assim como os obstáculos que representa à intervenção penal, em sua conexão com o conceito de bem jurídico, a respeito do paternalismo e do moralismo jurídicos. Dentre as formas de intervenção da vítima, foram abordadas, primeiramente, aquelas em que quer o resultado, divididas, de acordo com uma valoração distinta do legislador, em autolesão e consentimento em heterolesão, analisando-se os argumentos que se propõem a indicar o tratamento do agente em cada caso, assim como os critérios de delimitação empregados. Conclui-se que a autonomia da vítima constitui a base para a impunidade daquele que intervém na autolesão, solução que deve estender-se a todos os casos, ressalvada a participação em suicídio, expressamente incriminada, delimitando-se o alcance da norma penal, como questão pertinente à imputação objetiva. Também a autonomia e a sua ligação com o conceito de bem jurídico permitem fundamentar a relevância do consentimento da vítima para o injusto penal, como fator que afasta a tipicidade. Em seguida, foram abordadas as formas de intervenção da vítima em que contribui para o resultado, mas não o quer, examinando correntes que se destacam na discussão dogmática, como aquelas que indicam a impunidade do agente que intervém na autocolocação em perigo da vítima, bem como as que se propõem a tratar da heterocolocação em perigo, conferindo distinto alcance à intervenção penal, além de orientações que tomam por base o princípio da autorresponsabilidade. Conclui-se que a intervenção da vítima, também nesse âmbito, deve repercutir no injusto penal, limitando o alcance da norma penal frente a condutas que não representem uma violação de sua autonomia, de modo a afastar a imputação objetiva.

Palavras-chave: Vítima. Autonomia. Bem jurídico. Injusto penal.

RESUMEN

CUNHA, Milenna Marjorie Fonseca da. *La conducta de la víctima en la teoría del injusto penal*. 2013. 256 f. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013.

La presente disertación tiene por objetivo analizar la intervención de la víctima en el caso en que se preuduzca un resultado que afecte a si misma y sus posibles efectos en la configuración de el injusto penal, como un factor que limita la responsabilidad del autor. Para cumplir con ese objetivo, son abordados aspectos de la teoría de el delito relevantes para la contextualicación y desenvolvimientos de los cuestionamientos e caminos de solución relativos a la valoración de la conducta de la vítima, sobretodo la concepción material enraizada en la teoría del bien jurídico, bajo la directriz de la garantia del livre desarrollo de la personalidad, y la teoria de la imputación objetiva y su impacto en la compresion del injusto penal. Como punto de partida se destaca el respeto a la autonomía personal y su papel en el orden constitucional vigente, así como los obtáculos que representa a la intervención penal, en su relación con el concepto de bien jurídico, al respecto del paternalismo y moralismo jurídicos. Entre las formas de intenvención de la víctima, fueron abordados, en primer lugar, aquellos en los que se quiere el resultado, divididos, de acuerdo a una valoración independiente de la legislatura, en autolesión y el consentimiento en una lesión por tercero, analizando los argumentos que pretenden indicar el tratamiento del agente en cada caso, así como los criterios de delimitación empleados. Se concluye que la autonomía de la víctima es la base de la impunidad de los autores que intervienen en la autolesión, solución que debe extenderse a todos los casos, con excepción de la participación en caso de suicidio, expresamente incriminada, delimitándose el alcance de la norma penal, como cuestión pertinente a la imputación objetiva. También la autonomía y conexión con el concepto del bien jurídico permiten fundamentar la relevancia del consentimiento de la víctima para el injusto penal, como un factor que aparta la tipicidad. A continuación, fueron abordadas las formas de intervención de la víctima en que contribuye para el resultado, mas no lo quiere, examinando corrientes que se destacan en la discusión dogmática, como aquellas que indican la impunidad del autor que interviene en la autopuesta en peligro de la víctima, bien como las que se proponen tratar de la heteropuesta en peligro, comprobando distinto alcance a la intervención penal, mas allá de orientaciones que toman por base el principio de la autorresponsabilidad. Se llega a la conclusión que la intervención de la víctima, también en ese ámbito, debe repercutir en el injusto penal, limitando el alcance de la norma frente a conductas que no representen una violación de su autonomía, lo que también excluye la imputación objetiva.

Palabras-clave: Víctima. Autonomía. Bien jurídico. Injusto penal.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

BGH	*Bundesgerichtshof* (Tribunal Federal de Justiça da Alemanha)
BVerG	*Bundesverfassungsgericht* (Tribunal Constitucional da Alemanha)
CC	Código Civil
CF	Constituição Federal
CP	Código Penal
GG	*Grundgesetz* (Lei Fundamental da República Federal da Alemanha)
RG	*Reichsgericht* (Supremo Tribunal Federal da Alemanha)
STF	Supremo Tribunal Federal
TS	*Tribunal Supremo de España*
StGB	StGB – *Strafgesetzbuch* (Código Penal da Alemanha)

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO.....	10
1	**O INJUSTO PENAL E A VÍTIMA:**	
	PONTOS DE PARTIDA DE UMA RELAÇÃO.....	17
1.1	**Esclarecimento terminológico: vítima, ofendido, sujeito passivo**.....	18
1.2	**A "neutralização" e o "redescobrimento" da vítima**.....	20
1.3	**O injusto penal**.....	26
1.3.1	A estrutura do injusto penal.....	27
1.3.2	A concepção material do injusto penal.....	33
1.3.3	A imputação objetiva.....	48
1.3.4	Desvalor da ação e desvalor do resultado.....	58
1.4	**A vitimodogmática**.....	66
1.5	**Autonomia pessoal**.....	73
1.6	**Limites da incriminação**: **o paternalismo e o moralismo**.....	76
2	**DA INTERVENÇÃO DA VÍTIMA NA LESÃO**.....	89
2.1	**Da autolesão**.....	90
2.1.1	A regra da impunidade de terceiros.....	91
2.1.2	O concurso de agentes.....	96
2.1.3	A atuação em último lugar (Jakobs).....	105
2.1.4	O domínio da decisão (Roxin).....	111
2.1.5	A conduta culposa do agente.....	113
2.2	**Do consentimento na lesão por terceiro**.....	118
2.2.1	Acordo e consentimento.....	119
2.2.2	Sistemas de regras específicos para o acordo e o consentimento?.....	124
2.2.3	Fundamentação da relevância do consentimento.....	128
2.2.3.1	Como excludente da antijuridicidade.....	130
2.2.3.2	Como excludente da tipicidade e da antijuridicidade.....	139
2.2.3.3	Como excludente da tipicidade.....	143
2.3	**Lineamentos de solução e fundamentação**.....	147
2.4	**Disponibilidade e indisponibilidade de bens jurídicos**.....	155
3	**DA INTERVENÇÃO DA VÍTIMA NO PERIGO**.....	167

3.1 **Da autocolocação em perigo**..... 168
3.1.1 O concurso de agentes..... 171
3.1.2 A atuação em último lugar (Jakobs)..... 178
3.1.3 O alcance do tipo penal e o argumento *a maiore ad minus* (Roxin)..... 180
3.2 **Do consentimento na colocação em perigo por terceiro**..... 188
3.2.1 A equiparação à autocolocação em perigo (Roxin)..... 189
3.2.2 O consentimento na ação arriscada..... 196
3.2.3 O consentimento não final e a atuação a próprio o risco (Jakobs) 206
3.3 **Do princípio da autorresponsabilidade**..... 211
3.3.1 Diversas compreensões da "autorresponsabilidade" 211
3.3.2 A delimitação de âmbitos de responsabilidade..... 214
3.3.3 A autorresponsabilidade na teoria do comportamento típico (Frisch)..... 222
3.4 **Lineamentos de solução e fundamentação**..... 225
CONCLUSÃO..... 236
REFERÊNCIAS 243

INTRODUÇÃO

É corrente, na doutrina, a afirmação de que o nascimento do Direito Penal moderno se deu com a "neutralização da vítima", tendo em vista a progressiva redução daquele que é diretamente afetado pelo crime com a consolidação da reação como monopólio estatal. Nesse contexto, o desenvolvimento das ciências penais, em suas variadas vertentes, concentrou-se, prioritariamente, no delito e no delinquente, relegando a vítima a segundo plano.

Recentemente, no entanto, vem-se afirmando uma mudança nesse quadro, a partir do estabelecimento da Vitimologia como parte essencial da Criminologia, o que se reflete, também, no Direito Processual Penal e no Direito Penal, embora como ponto central de orientações políticas e propostas diversas, quando não opostas. Na dogmática penal, a vítima passa a ser objeto de diversos estudos que procuram aferir os reflexos de sua contribuição para o evento lesivo a si mesma na valoração da conduta do agente, com repercussões em sua responsabilidade penal. É neste marco que se insere a presente investigação.

O interesse crescente que se dedica a esse tema advém da percepção de que, com frequência, a afetação do bem jurídico tutelado pela norma penal decorre de uma interação entre agente e vítima, de modo que a conduta de ambos influencia de forma relevante, em maior ou menor medida, a ocorrência do resultado, quer dolosa, quer culposamente. Com efeito, a vítima, necessariamente, desempenha um papel no evento que a atinge. Se dispara uma arma de fogo que alguém lhe emprestara contra si mesma ou se passa por determinado local no momento em que alguém está à espreita para matá-la, a sua conduta se insere na cadeia de acontecimentos que culmina na perda da vida. Entre esses dois extremos, no entanto, há diversas formas de configuração do fato. Assim, torna-se necessário aferir se e sob que condições a intervenção da vítima na produção do resultado pode afetar o injusto penal.

Não são todos os casos em que a vítima intervém no fato que demandam uma consideração específica a respeito dessa circunstância, porquanto encontram uma solução que afasta a responsabilidade penal por meio da análise da conduta do agente, em consideração a diversos tópicos correntes da teoria do delito. É o que se dá em muitos exemplos em que, costumeiramente, fala-se em "culpa exclusiva da vítima".

Nesse contexto, pode-se recorrer à interrupção do nexo causal, à ausência de previsibilidade do resultado ou à inexistência de uma infração do dever objetivo de cuidado, por exemplo. No plano da teoria da imputação objetiva, a conduta da vítima também não

demanda uma análise particular em casos em que, com base em outras considerações, pode concluir-se que não se verifica um risco juridicamente desaprovado, como reflexo de determinados espaços de liberdade reconhecidos de modo geral, nos quais, portanto, não incidem normas penais. O mesmo também pode verificar-se por meio de referências ao princípio da confiança ou às diversas teorias relativas à cumplicidade através de ações neutras. O agente não responde pelo resultado, independentemente de ser a conduta da vítima que desencadeia de forma decisiva o curso lesivo. O que se destaca, no presente estudo, é a possibilidade de que uma consideração específica da intervenção concreta da vítima e de sua especial qualidade de titular do bem jurídico protegido pela norma acarrete uma modificação na responsabilidade penal do agente.

Na análise dessa questão, emergem, em primeiro lugar, as hipóteses em que a conduta da vítima se dirige, consciente e voluntariamente, ao resultado que constitui elemento de um tipo penal. Como regra, não é punível a participação de terceiros em condutas do titular do bem jurídico que levam diretamente ao resultado, com exceção do induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio, que reflete a maior preocupação do legislador com contribuições, ainda que secundárias, para a morte de alguém. Estabelece-se, dessa forma, uma distinção que pode ser relevante para determinar a punibilidade daquele que intervém juntamente com a vítima, traçada com base no peso da contribuição de cada um para o evento, de modo a particularizar-se a participação em autolesão frente à heterolesão consentida. A despeito da convergência acerca da resposta que se destina à primeira, a sua delimitação é problemática, sobretudo em decorrência da diversidade de enfoques dogmáticos adotados, que revelam distintas formas de encarar a intervenção da vítima.

Maiores problemas surgem, ademais, nas heterolesões consentidas. Nossa legislação penal apresenta diversos crimes em que a contrariedade da vítima em relação à conduta praticada pelo agente integra a própria figura típica, explícita ou implicitamente, de modo que a sua aquiescência impede a subsunção do fato à descrição legal, tornando-o atípico, tais como os crimes de violação de domicílio, furto e estupro. Há, entretanto, tipos penais em que a vontade do titular do bem jurídico não encontra uma referência clara, tais como o homicídio, as lesões corporais e o dano. Também nestes casos cumpre perquirir a relevância do consentimento. Pode-se questionar a configuração do crime de lesões corporais, por exemplo, em uma grande variedade de situações, desde a realização de uma tatuagem a lesões produzidas em relações sadomasoquistas, além de cirurgias estéticas ou de mudança de sexo, esterilizações, transplantes de órgãos e outras intervenções médico-cirúrgicas. Hodiernamente, questão polêmica, no Brasil e em muitos outros países, diz respeito à

legitimidade da morte assistida, que abrange um leque de possibilidades que têm como ponto em comum a intervenção de terceiros na provocação da morte de alguém, a seu pedido.

Já no Direito Romano, o consentimento da vítima era tratado conforme a máxima "*volenti non fit iniuria*", segundo a qual, frente àquele que consente, nenhuma injúria é cometida. A despeito da longevidade dessa ideia, surgem muitas dúvidas a respeito de sua aplicação e alcance. Em particular, no âmbito nacional, a doutrina, historicamente, tende a marginalizar o consentimento no Direito Penal, em face de seu caráter público, recorrendo a outros institutos para resolver os casos em que dificilmente se pode negar a sua repercussão na valoração da conduta do agente. Não obstante, são muitas as linhas de argumentação desenvolvidas para fundamentar a sua relevência na teoria do delito, observados certos limites, apresentando formas diversas de inserir o respeito à liberdade do titular do bem jurídico nesse marco, como desdobramento de distintas concepções de fundo acerca do injusto penal.

Por outro lado, há hipóteses em que a conduta da vítima contribui para o resultado, ao praticar ou expor-se à prática de uma ação arriscada, mas esse resultado não está abrangido por sua vontade. Assim, por exemplo, se o agente propõe à vítima que participem de uma corrida automobilística não autorizada e, durante o percurso, ocorre um acidente do qual lhe resultam lesões corporais graves; se a vítima aceita ser conduzida como passageira em uma motocicleta, mesmo sabendo que o motorista se encontra embriagado; se o agente fornece à vítima heroína e ela a aplica em si mesma e falece por overdose; se o agente, portador do vírus HIV, mantém relações sexuais com a vítima e transmite-lhe AIDS. Em todos esses e em muitos outros casos cotidianos, faz-se necessário aferir se há ou não um injusto penal. Recentemente, a doutrina procurou desenvolver balizas para a resposta a essa questão por diferentes caminhos.

Ganhou grande espaço, a partir da proposta apresentada por ROXIN, a distinção entre autocolocação em perigo e heterocolocação em perigo consentida, como passo relevante para determinar a responsabilidade daquele que intervém juntamente com o titular do bem jurídico, de forma análoga à distinção apontada entre autolesão e heterolesão consentida. Na primeira, a vítima realiza uma conduta que comporta um risco para si mesma, que se realiza no resultado; na segunda, expõe-se à conduta realizada por outrem. Partindo dessa diferença, há uma convergência em afirmar que, na autocolocação em perigo, não se atribui o resultado àquele que possibilita ou facilita que a vítima realize, de forma consciente e voluntária, a conduta de risco. Para essa conclusão, concorrem argumentos diversos, que conduzem a

formas também diversas de delimitar o que se entende por autocolocação em perigo. Assim, um mesmo exemplo recebe, na doutrina e na jurisprudência, respostas variadas.

Por outro lado, não há consenso algum acerca das diretrizes que devem orientar a solução dos casos de heterocolocação em perigo. As opiniões estendem-se desde negar qualquer relevância à intervenção do titular do bem jurídico a admiti-la em maior ou menor número de casos, com consideráveis divergências quanto aos pressupostos sob os quais pode afetar a configuração do delito, como desdobramento de uma pletora de argumentos concorrentes. Não raro, partindo-se de um mesmo princípio, são desenvolvidos critérios muito diversos de determinação da responsabilidade penal do agente.

Em meio às muitas incertezas que permeiam o tema, evidencia-se, como ponto indiscutível, que se impõe admitir a relevância da intervenção do titular do bem jurídico no marco do injusto penal. Nesse contexto, destaca-se sobretudo a necessidade de aferir os seus fundamentos materiais, que não se podem desvincular de questões de base do Direito Penal, a fim de indicar os parâmetros a partir dos quais deve ser reconhecida e, assim, os critérios que devem orientar a solução de casos concretos.

Como demonstram os exemplos mencionados, essa problemática apresenta uma grande expressividade prática. A importância do tema cresce, ainda, em decorrência de modificações na realidade social que suscitam novas situações de grande complexidade e transformam o modo de encarar certos fatos, o que demanda um enfrentamento na dogmática penal.

A grande indeterminação que vagueia sobre os critérios e diretrizes que devem ser empregados para balizar a decisão nessa extensa projeção pragmática do tema resulta em grave insegurança acerca do se e do como da punição. As intensas controvérsias em sede de construção teórica refletem-se no abismo que, não raro, separa respostas apresentadas aos mesmos casos. No Brasil, ademais, a notável carência de estudos dedicados a esclarecer e sistematizar as questões relacionadas à avaliação da conduta da vítima no injusto penal agravam sobremaneira esse problema. Abrem-se as portas, dessa forma, a um subjetivismo exacerbado no âmbito judicial.

A premência da elucidação das muitas questões que se inserem nesse contexto se torna mais evidente uma vez que se tenha em vista que se trata de determinar os contornos da intervenção penal, de acordo com parâmetros de limitação da legitimidade do exercício do *jus puniendi* estabelecidos por princípios consagrados no Direito Penal e por fundamentos essenciais de um Estado Democrático de Direito.

Na abordagem desse tema, a presente dissertação se desenvolveu por meio de pesquisa bibliográfica de doutrina nacional e estrangeira, particularmente americana, espanhola, portuguesa e alemã, envolvendo material obtido nas bibliotecas da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, da Universidade Federal do Ceará, da Universidade de São Paulo e do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, assim como adquirido em livrarias nacionais e estrangeiras.

Como primeiro passo para a análise da contribuição da vítima para o resultado e sua relevância enquanto fator de limitação da responsabilidade penal do agente, o primeiro Capítulo deste estudo se destina a aferir as premissas a partir das quais se pode estabelecer um ponto de contato entre a vítima e o injusto penal, obscurecido pelo foco das ciências penais na relação entre o destinatário da norma e o Estado. Nesse momento, são abordadas questões específicas da teoria do injusto penal, ressaltando-se a sua estrutura dogmática e a relação entre as categorias que o integram, bem como as modificações em sua compreensão sob o influxo do desenvolvimento das teorias da imputação objetiva, sede privilegiada pela doutrina para o tratamento de um grupo significativo de casos de intervenção da vítima. Recebe destaque a concepção material do delito, alicerçada no princípio da proteção de bens jurídicos, fonte de muitas das divergências sobre o tema. A despeito de encontrar-se nesse ponto uma das razões do esquecimento da vítima na dogmática penal, a aproximação do conceito de bem jurídico aos princípios da ordem constitucional vigente, em consonância com parte significativa da doutrina moderna, avulta o vínculo entre o titular e o injusto penal. Ademais, destaca-se, a partir da imagem da pessoa humana que se encontra nas bases do ordenamento jurídico de um Estado Democrático de Direito, o reconhecimento da autonomia recíproca do agente e da vítima como ideia que deve encontrar reflexo também no Direito Penal, impondo limites à intervenção estatal, mormente quanto a instâncias de paternalismo e moralismo jurídicos.

O segundo Capítulo trata das hipóteses em que a conduta da vítima se dirige, de forma consciente e voluntária, à produção do resultado que constitui elemento típico. Em primeiro lugar, é abordada a autolesão, observando-se o tratamento que o legislador destina ao terceiro interveniente, bem como os critérios apresentados pela doutrina para qualificar a conduta de ambos os envolvidos no evento, ressaltando as suas implicações na forma de divisar a intervenção do titular do bem jurídico. Em seguida, trata-se do consentimento na heterolesão e dos muitos caminhos indicados para fundamentar a sua relevância, quer no plano da antijuridicidade, quer no plano da tipicidade, evidenciando-se a relação entre as diversas propostas doutrinárias e a concepção material do injusto penal subjacente. Procura-se, então,

indicar as repercussões da intervenção do titular do bem jurídico na responsabilidade penal do agente em ambos os grupos de casos, indicando seus fundamentos materiais a partir dos pontos desenvolvidos no primeiro Capítulo, bem como a sua articulação na sistemática da teoria do delito. Destaca-se, ademais, a questão da disponibilidade ou indisponibilidade do bem jurídico nessa análise, em particular a determinação das balizas que levam a essa qualificação. Sem dúvida há consensos de grande proeminência a respeito. A indisponibilidade da vida, por exemplo, parece evidente. Os intensos debates travados atualmente sobre a legalização da eutanásia, em suas diversas formas, no entanto, evidenciam que não há espaço para respostas simplistas nesse âmbito.

Por fim, o terceiro Capítulo versa sobre as hipóteses em que a vítima contribui para o resultado, mas não quer a sua realização. Tomando como ponto de partida a divisão já difundida na doutrina e na jurisprudência entre participação em autocolocação em perigo e heterocolocação em perigo consentida, são abordadas, de início, as propostas referentes ao primeiro grupo, procurando analisar os argumentos correntes em favor da impunidade e a sua adequação a preceitos legais e entendimentos dominantes no âmbito nacional acerca de questões adjacentes, bem como os critérios apontados para delimitá-lo frente à heterocolocação em perigo consentida, que frequentemente levam a respostas antagônicas. As diversas construções doutrinárias destinadas a oferecer uma resposta acerca do tratamento daquele que coloca em perigo o titular do bem jurídico são analisadas em seguida, em especial a proposta de ROXIN e aquelas que tomam por base a instituição do consentimento. Destaca-se, também, o princípio da autorresponsabilidade, ponto de partida de muitas elaborações dogmáticas, mas que também apresenta uma grande variedade de significados e raramente é acompanhado de esclarecimentos a respeito. Busca-se, então, estabelecer balizas que permitam aferir a responsabilidade do agente em face da intervenção do titular do bem jurídico, com apoio no reconhecimento da autonomia e em seus reflexos no Direito Penal, procurando assinalar as condições necessárias para que afaste a incidência da norma penal, assim como o seu enquadramento dogmático.

A inserção da conduta da vítima na teoria do injusto penal, como fator de limitação da responsabilidade, constitui uma questão delicada, tendo em vista os interesses que confluem e demandam uma consideração na resposta a ser assinalada a cada caso, tocando as bases do Direito Penal. Dessa forma, compreendem-se as muitas controvérsias que surgem em cada aspecto desse problema, em meio a preocupações ou com uma limitação excessiva da liberdade do agente e ou com uma desproteção excessiva de bens jurídicos da vítima.

No obstante, é certo que a conduta do agente não é adequadamente valorada para a imposição de uma pena se não se considera o contexto de sua interação com a vítima. Não se deve perder de vista que se trata da intervenção do titular do bem jurídico protegido pela norma penal, capaz de autodeterminar-se livremente.

O respeito à autonomia como decorrência dos princípios que conformam a imagem da pessoa humana subjacente à ordem constitucional brasileira encontra-se na base da relevância que se deve atribuir à conduta da vítima na teoria do injusto penal, tanto quando quer o próprio resultado que afeta a si mesma quanto quando não o quer, mas assume o risco de sua produção. É esse o fundamento último da exclusão da responsabilidade penal do agente e, consequentemente, deve orientar a indicação das condições necessárias para tanto.

Essa diretriz, no entanto, não obsta eventuais desvios, em casos excepcionais, diante de argumentos que conduzam à admissibilidade da limitação da liberdade do agente a despeito de uma manifestação de vontade da vítima. O que não se pode perder de vista é a necessidade de aferir-se a conformação dos espaços de liberdade dos envolvidos em face de princípios fundamentais do Direito Penal e da ordem constitucional vigente.

1 **O INJUSTO PENAL E A VÍTIMA: PONTOS DE PARTIDA DE UMA RELAÇÃO**

Os diversos ramos das ciências penais, até data recente, concentraram seus esforços no delinquente. A vítima, embora não completamente alheia aos estudos do Direito Penal, aparece apenas em questões pontuais da Parte Geral ou da Parte Especial, ou é considerada de forma indireta. Não obstante, é uma figura naturalmente necessária na configuração do delito – ao menos, no núcleo dos delitos contra bens jurídicos individuais.

Essa constatação está na base de muitas das investigações que, nas últimas décadas, procuram reconduzir a vítima a uma posição central, conquanto apresentem conclusões e propostas muito divergentes entre si. Nesse contexto, sob enfoques diversos, vem-se procurando destacar a relevância da intervenção do titular do bem jurídico na conformação do injusto penal.

Ao traçar as balizas que devem orientar o tratamento dessa questão, cumpre ter presentes as compreensões do injusto penal apresentadas na evolução de seu estudo, sobretudo as tendências assinaladas pelos desenvolvimentos teóricos recentes nesse âmbito. Merece especial atenção a concepção material ditada pela teoria do bem jurídico como diretriz da legitimidade da intervenção penal e sua relação com a vítima. É corrente, na doutrina, a afirmação de que o conceito de bem jurídico promoveu a sua neutralização, substituindo-a e despersonalizando-a. Não obstante, por meio desse conceito é possível estabelecer o elo entre o injusto penal e a vítima, destacando-se o estrito vínculo entre ela e o objeto de tutela da norma. Também sobressaem os desdobramentos dessa concepção na dogmática. A imputação objetiva, em particular, representa um marco privilegiado de solução da problemática abordada, como ponto de convergência sistemática de diversas correntes de pensamento que dela se ocupam.

Expostos os lineamentos gerais da teoria do injusto penal e da concepção de bem jurídico, procura-se, então, assinalar os primeiros passos para a inserção da vítima, como individualidade concreta, nesse plano, com base na imagem da pessoa humana que se reflete na ordem constitucional vigente, a fim de estabelecer as bases a partir das quas se pode aferir se e como a sua intervenção no evento que afeta a si mesma pode afastar a responsabilidade penal de terceiros.

1.1 **Esclarecimento terminológico: vítima, ofendido, sujeito passivo**

Há uma multiplicidade de termos comumente empregados nas ciências penais para designar aquele que é atingido por uma conduta definida em lei como delito – tais como ofendido, vítima, sujeito passivo ou prejudicado –, ora como sinônimos, ora como referentes a grupos de diversa amplitude.

O conceito de vítima, em particular, encontra as mais variadas acepções. Na Vitimologia,[1] alguns estudiosos entendem que deve adotar-se uma acepção bastante ampla, desvinculada de causas específicas, de modo que se considere como tal todo aquele que se encontre em uma situação na qual sofre de um padecimento, derivado de qualquer fator, quer físico, psíquico social, político, etc.; outros delimitam o conceito de forma a associá-lo a determinados processos sociais;[2] e a maioria identifica "vítima" com a vítima do delito. Em especial, fala-se, frequentemente, em vítimas dos processos de definição do sistema penal, com referência não apenas à vítima do delito, mas também a outras pessoas, como a testemunha e o delinquente e seus familiares.[3]

Para alguns autores, vítima é somente a pessoa natural que é diretamente atingida pelo delito e sofre dor ou mal-estar como consequência, caso em que tende a admitir-se uma distinção do titular do bem jurídico em determinados casos,[4] enquanto outros consideram essa acepção excessivamente restritiva, ao excluir das considerações criminológicas um vasto número de crimes que se dirigem contra a pessoa jurídica ou contra interesses difusos e coletivos, que indicam que também organizações, a sociedade, o Estado e a comunidade

---

[1] Sobre a diversidade de conceitos, cf. GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Tratado de Criminología*. 3. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, p. 127 a 131; BUSTOS RAMÍREZ, Juan; LARRAURI PIJOAN, Elena. *Victimología:* presente y futuro. Hacia un sistema penal de alternativas. Barcelona: PPU, 1993, p. 17 a 21.

[2] Nesse viés, alguns autores destacam a importância do estudo das vítimas de estruturas sociais injustas e abusos de poder, como decorrência de um processo de "macrovitimizacao". Cf. BERISTAIN IPIÑA, Antoine. La victimologia creadora de nuevos derechos humanos. In: BERISTAIN IPIÑA, Antonio. *Victimologia***.** San Sebastian: Universidad Del Pais Vasco, 1989, p. 205 a 228.

[3] BUSTOS RAMÍREZ; LARRAURI PIJOAN. *Victimología*, cit., p. 20 e 21; BERISTAIN IPIÑA, La victimologia creadora..., cit., p. 219.

[4] Nesse sentido tendem as observações de Bustos Ramírez e Larrauri Pijóan, que distinguem entre vítima e sujeito passivo – aquela é a pessoa diretamente afetada pelo delito e, este, o titular do bem jurídico –, que podem coincidir em uma situação concreta, mas não sempre. A partir dessa distinção, os autores assinalam que, em determinados delitos, mormente aqueles que protegem bens jurídicos referidos ao funcionamento do sistema (delitos contra o meio ambiente ou a qualidade do consumo, contra a segurança interna ou externa, etc.), ou se consideram vítimas aqueles afetados de forma pessoal ou não há uma vítima com determinação concreta, enquanto o sujeito passivo seria um coletivo, uma pessoa jurídica ou o Estado. Só haveria coincidência entre vítima e sujeito passivo nos crimes contra bens jurídicos "microssociais", como a vida, a saúde, a segurança, a liberdade, a honra ou o patrimônio de uma pessoa. BUSTOS RAMÍREZ; LARRAURI PIJOAN. *Victimología*, cit., p. 17 a 21.

internacional podem ser vítimas, adotando um conceito que tende a identificar-se sempre com o titular do bem jurídico.[5]

Na dogmática penal, embora haja dissidências,[6] vítima, sujeito passivo e ofendido são termos utilizados, usualmente, como sinônimos, para designar o titular do bem jurídico que constitui objeto de proteção da norma penal e que é ameaçado ou atingido por meio da prática da conduta descrita. Prejudicado, por outro lado, indica aquele que suporta consequências negativas, mais ou menos diretas, em decorrência do delito e pode, portanto, procurar a responsabilização civil do agente.[7] Ambas as definições mencionadas podem coincidir em uma mesma pessoa, uma vez que o titular do bem jurídico também está legitimado a reclamar judicialmente a tutela civil em decorrência dos danos sofridos, mas são empregados termos diversos em vista dos casos em que não apenas a vítima, sujeito passivo ou ofendido, mas também terceiros figuram como prejudicados.

O que se entende por vítima e outros termos correntes se condiciona aos propósitos de cada pesquisa. Tendo em vista que o presente estudo se desenvolve em um plano estritamente dogmático, seguindo a tendência dominante na doutrina, serão empregados, ao longo do desenvolvimento, como sinônimos, os termos vítima, ofendido e sujeito passivo, para designar o titular do bem jurídico, independentemente de variações, especificações e classificações que se mostrem relevantes para outras áreas.

O conceito de vítima, ofendido ou sujeito passivo, na acepção adotada, pode referir-se, de acordo com a doutrina dominante, a indivíduos, a entes coletivos, à sociedade mesma e ao Estado, a depender da norma penal em questão. Neste contexto, entretanto, serão

---

[5] A essa compreensão, associa-se uma crítica à expressão delitos "sem vítima", utilizada por um setor da doutrina para designar essas figuras, sob o argumento de que deriva de uma compreensão equivocada do conceito de vítima. Conforme Garcia-Pablos, "Ciertos hechos criminales, por su propia naturaliza, lesionan o ponen em peligro bienes y intereses cuyo titular no es la persona física, porque transcienden a ésta. Ello no significa, desde logo, que existan delitos «sin víctima»; significa que en estos campos de la criminalidad (criminalidad «financera», de «cuello blanco», etc.) la acepción tradicional de víctima, muy restritiva, carece de operatividad, dado el proceso de «despersonalización», «anonimato» y «colectivización» de la víctima que se ha producido en los mismos". GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Tratado de Criminología*, cit., p. 128.

[6] Alguns autores referem-se à pessoa ou ao coletivo que detém a titularidade do bem jurídico tutelado como sujeito passivo, e, como vítima, entendem aquele que sofre as consequências negativas, diretas ou indiretas, geradas pelo cometimento do delito. Nesse sentido, cf. REYNA ALFARO, Luis Miguel. Estudio final: la víctima en el sistema penal. In: SCHÜNEMANN, Bernd; PRITTWITZ, Cornelius**.** *La víctima en el sistema penal:* dogmática, proceso y política criminal. Lima: Grijley, 2006, p. 116.

[7] A essa conclusão chega Bonet Esteva, com base em ampla pesquisa das doutrinas italiana, alemã e espanhola. Cf. BONET ESTEVA, Margarita. *La víctima del delito*: la autopuesta en peligro como causa de exclusión del tipo de injusto. Madrid: McGraw-Hill, 1999, p. 129. Embora poucos se ocupem diretamente de esclarecer o sentido desses termos, a doutrina nacional se manifesta de forma coincidente, o que se infere sobretudo da forma como são empregados em comentários aos crimes em espécie. Com menção expressa, cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*: parte geral. 13. ed. at. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 231; SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Curso de Direito Penal*: parte geral. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p.151 e 152

utilizados com referência apenas a indivíduos, porquanto é no âmbito dos bens jurídicos individuais que, usualmente, verifica-se uma relação direta entre o titular e o agente, o que enseja os questionamentos dos quais se ocupa este estudo, no tocante à relevância penal da intervenção daquele na configuração de um fato, à primeira vista, adequado à descrição legal de um delito.

É frequente, na doutrina nacional, a observação de que, além dos casos em que o Estado figura como titular do bem jurídico, é também sujeito passivo de todos os delitos, de forma "mediata", tendo em vista o seu interesse na manutenção da ordem jurídica.[8] Essa referência, no entanto, além de duvidosa, não se afigura relevante para propósitos teóricos e práticos, motivo pelo qual não será adotada.

Ademas, há que se fazer uma observação. Todos esses termos apresentam a conotação de alguém contra quem foi praticado um delito, que sofreu uma lesão ou ameaça de lesão a bens jurídicos de sua titularidade. O objetivo da exposição subsequente é, no entanto, precisamente, determinar se, em face da intervenção do titular do bem jurídico, pode-se afirmar ou não a existência de um delito, de modo que essa implicação dos mencionados termos é desconsiderada para os presentes fins. Os termos ofendido, sujeito passivo ou vítima são, então, empregados de forma imprópria, uma vez que se trata, precisamente, de aferir se há, nos casos a tratar, ofendido, sujeito passivo ou vítima.

1.2 **A "neutralização" e o "redescobrimento" da vítima**

A consolidação do Direito Penal como sistema de controle social que compete exclusivamente ao Estado teve como consequência uma atenção reduzida à vítima concreta, como fenômeno característico do desenvolvimento dos conhecimentos sobre o crime e a pena, em suas diversas vertentes.

É frequente a afirmação de que o nascimento do Direito Penal moderno se deu com o esquecimento ou "neutralização da vítima".[9] No Direito Romano primitivo, no Direito dos

[8] Cf. BITENCOURT, *Tratado de Direito Penal*, cit., p. 231.

[9] HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del Derecho Penal*. Tradução do alemão de Francisco Muñoz Conde e Luis Arroyo Zapatero. Barcelona: José María Bosch, 1984, p. 92. A respeito, cf. também: GARCIA-PABLOS DE MOLINA, *Tratado de Criminología*, cit., p. 111 e ss.; SILVA SÁNCHEZ, Jesus-Maria. Innovaciones teorico-prácticas de la Victimologia en el Derecho Penal. In: BERISTAIN IPIÑA, *Victimologia*, cit., p. 77; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. La Victimología desde la Política Criminal y el Derecho Penal: introducción a la victimodogmática. *Revista peruana de ciencias penales*, Lima, v. 2, n. 4, p.595-633, jul./dez. 1994; SILVA

povos germânicos e, em parte, no Direito Medieval, a resposta ao delito cabia à vitima ou ao seu grupo familiar, sem interferência da comunidade. Há uma paulatina inversão desse quadro à medida que o controle do delito deixa o âmbito das relações privadas e adentra a esfera do Estado, que, enfim, erige-se em exclusivo detentor do poder de punir.

Em um longo processo de diferenciação, o Direito Penal consolida-se, então, como o ramo do ordenamento jurídico que se ocupa das relações entre o Estado e o delinquente, enquanto a relação entre a vítima e o delinquente é reservada ao Direito Civil. Nesse desenvolvimento, aquele que é diretamente afetado pelo crime deixa a posição de protagonismo que ocupava. Conforme HASSEMER, a exclusão da vítima de sua posição natural junto ao delinquente é a condição para que se possa estabelecer o Direito Penal moderno.[10]

Por um lado, essa transformação do sistema penal levou a um contexto propício à consagração de garantias ao acusado que representam, inquestionavelmente, grandes conquistas em favor do respeito à pessoa, viabilizando maior objetividade, imparcialidade e proporcionalidade na imposição da pena. No entanto, também promoveu a postergação da vítima como individualidade concreta e obstaculizou o reconhecimento de seus interesses e necessidades.[11] Como assinala GARCIA-PABLOS DE MOLINA, "a intervenção do sistema legal despersonaliza o conflito, [...] redefinindo-o simbolicamente (o infrator se enfrenta com a 'lei', a vítima é o 'Estado', etc.)", de forma que a vítima se vê reduzida à condição de "mero objeto, neutro e passivo, sobre o qual recai o delito".[12]

Nesse contexto, a Criminologia orientou-se, durante décadas, à explicação da origem do delito a partir de uma visão focada exclusivamente no delinquente, procurando identificar, por distintos ângulos, os fatores criminógenos internos ou externos que o levam a delinquir, bem como à busca e proposta de formas de resposta ao delito. A vítima era, então, um fator "neutro, passivo, estático, fungível, que nada acrescenta à gênesis do fato criminoso".[13]

O processo penal, por sua vez, constitui um instrumento por meio do qual é imposta a sanção, desvinculado, como regra, de discussões acerca de questões privadas. O sistema penal procura satisfazer a pretensão punitiva estatal, ocupando-se das consequências do delito

---

SÁNCHEZ, Jesús-María. La consideración del comportamiento de la víctima en la teoria jurídica del delito. *RBCCrim*, ano 9, n. 34, p. 163-194, 2001.

[10] HASSEMER, *Fundamentos del Derecho Penal*, cit., p. 92 e 93.

[11] Uma análise comparativa do estudo da vítima no Direito Italiano, no Direito Alemão e no Direito Espanhol é apresentada em BONET ESTEVA, *La víctima del delito*, cit., p. 104

[12] GARCIA-PABLOS DE MOLINA, *Tratado de Criminología*, cit., p. 181.

[13] GARCIA-PABLOS DE MOLINA, *Tratado de Criminologia*, cit., p. 112

para a vítima, tradicionalmente, apenas enquanto fator relevante para a aplicação da pena, e não com vistas a promover uma reparação.

Também é notável esse esquecimento no Direito Penal, que, nas palavras de HASSEMER, "está unilateralmente orientado para o autor do delito".[14] Na definição da pena e de suas funções, não se faz presente a vítima concreta, em particular nas formas de prevenção geral e especial, positiva ou negativa.[15] Ademais, o delito se define no marco de uma relação entre o agente e o Estado ou sociedade, quer como infração de normas, quer como lesão a bens jurídicos, destacando-se, fundamentalmente, uma contraposição de interesses entre esses dois polos.[16] No sistema legal, a vítima é considerada apenas em disposições esparsas, em referências a características especiais ou a determinadas relações entre ela e o agente que levam a uma maior ou menor reprovabilidade da conduta incriminada, de modo a agravar ou atenuar a pena, bem como em alguns institutos que determinam a exclusão do injusto penal, como a legítima defesa e o consentimento. Nos manuais e comentários ao Código Penal (CP), a vítima somente é lembrada ao tratar-se de artigos que a mencionam expressamente ou na indicação do sujeito passivo do tipo penal.

Somente após a Segunda Guerra Mundial, o estudo científico da vítima emergiu e começou a desenvolver-se na Criminologia, tornando-se, após um tortuoso processo, uma parte essencial dessa disciplina. Partindo da Vitimologia, o fenômeno do "redescobrimento" da vítima reflete-se em diversos âmbitos, com numerosas contribuições para uma figura que até então estava à margem da atenção de estudiosos, juristas e legisladores.

Os primeiros estudos sistemáticos de Vitimologia surgiram na década de 1940, com HENTIG e MENDELSOHN, ocupando um lugar de destaque, nessas manifestações iniciais, as doutrinas que contemplavam o fenômeno criminal como um processo de interação entre agente e vítima. Observou-se que, embora a lei penal adote uma visão unilateral ao descrever a figura delitiva, estabelecendo uma separação nítida entre aquele que age e aquele que sofre a ação alheia, não é raro constatar-se uma mutualidade no binômio delinquente-vítima, de modo que ambos figuram como elementos causais. Assim, os pioneiros da Vitimologia criticaram a perspectiva limitada que dominara a Criminologia até então, sugerindo uma

---

[14] HASSEMER, *Fundamentos del Derecho Penal*, cit., p. 89.

[15] Nesse sentido, cf. SILVA SÁNCHEZ, La victimología..., cit., p. 596 e 597; SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. La posición de la víctima en el marco general de la función del Derecho Penal. In: GARCIA ITURBE, Arnoldo (coord.). *Libro Homenaje a José Rafael Mendoza Troconis*. Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1998. T. 2, p. 401 a 428; LARRAURI, Elena. Victimología. In: ESER, Albin et al. *De los delitos y de las víctimas*. Buenos Aires: AD-HOC, 1992.

[16] CANCIO MELIÁ, Manuel. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho Penal*. 2. ed. Barcelona: J. M.Bosch, 2001, p. 227.

abordagem dinâmica, que concedesse igual atenção ao delinquente e à vítima.[17] Essa orientação determina a superação da imagem de um sujeito passivo que apenas se submete às consequências da conduta de outrem, substituindo-a pela de um sujeito também ativo, que pode consentir, cooperar, conspirar ou provocar, favorecendo a ocorrência do fato.[18] A constatação do papel que desempenha, consciente ou inconscientemente, motivou a formulação de uma grande diversidade de tipologias de vítimas a partir das análise das diversas formas pelas quais pode contribuir para o delito.[19]

Nas últimas décadas, a Vitimologia passou a preocupar-se sobretudo com as necessidades da vítima e a voltar-se para a defesa de seus direitos. Observa-se que o esquecimento dela no processo penal contribui para o incremento e a perpetuação dos efeitos nocivos do delito, produzindo a chamada "vitimização secundária".[20] Essa problemática adentra, então, a preocupação dos estudos vitimológicos, que se ocupam de demonstrar os danos de que padece a vítima, bem como a sua necessidade de ressocialização, após a marginalização decorrente da experiência delitiva. As ponderações acerca dos prejuízos adicionais sofre que em decorrência do funcionamento do sistema penal levaram, nos últimos anos, a um incremento significativo de programas de prevenção a riscos de vitimização, compensação por meio de financiamento público, assistência e tratamento em vários Países.[21]

Atualmente, a Vitimologia apresenta diversos âmbitos de estudo aos quais já aportou contribuições de grande relevo, mas que ainda demandam ulterior desenvolvimento. As investigações vitimológicas dirigem-se à aferição de propensões que favorecem a conversão em vítima, às influências sociais no processo de vitimização e à relação entre delinquente e vítima; à elaboração de programas especiais de prevenção; à análise dos danos que sofre em decorrência do delito e do sistema penal; ao papel que deve desempenhar no controle social e à busca de mecanismos de reparação, tratamento e, em geral, atendimento a suas necessidades assistenciais.

---

[17] FATTAH, Ezzat. Victimology: past, present and future. *Criminologie*, v. 3, n. 1, p. 17-46, 2000, p. 22.

[18] Essa vitimologia teórica, preocupada primariamente com explicações causais do crime e com o papel da vítima nessas explicações, sofreu posteriormente diversas críticas. A ênfase de alguns teóricos na noção de culpabilidade da vítima, bem como a extensão da ideia de precipitação vitimal a delitos sexuais, levou a que sofresse ataques por tender ao desenvolvimento de uma política de "*blaming the victim*" ("culpar a vítima"). Cf. LARRAURI, Victimología, cit., p. 284.

[19] A respeito, cf. GARCIA-PABLOS DE MOLINA, *Tratado de Criminologia*, cit., p. 121 a 126.

[20] Enquanto a vitimização primária é aquela que decorre do cometimento do delito, a vitimização secundária é aquela que resulta das instâncias formais de controle social. Como assinala Garcia-Pablos, "los propios órganos e instancias del control penal, con su indiferencia burocrática, incrementan y perpetúan los efectos nocivos derivados del delito (victimización secundária)". GARCIA-PABLOS DE MOLINA, *Tratado de Criminología*, cit., p. 145.

[21] Cf. FATTAH, Victimology, cit.

A atenção que a Vitimologia promoveu a uma figura tão importante e tão esquecida nas ciências penais, impulsionada por suas observações e conclusões, repercutiu em diversos âmbitos.

No processo penal, essa orientação suscita reflexões sobre resolução consensual do conflito, sistemas de reparação e instrumentos que permitam evitar ou atenuar a vitimização secundária. Na doutrina, a ampliação do papel da vítima caminha por vias diversas, quer por meio de um poder de influência sobre a decisão, que passa pela composição privada do conflito e pela busca de soluções alternativas, quer por meio do envolvimento na persecução penal pública através de novas faculdades processuais. O direito positivo segue ambas as orientações de forma mais ou menos acentuada, em consideração ao bem jurídico afetado, à gravidade do delito ou aos possíveis efeitos negativos do processo ou da pena para o delinquente e a vítima.[22]

Sob a influência da Vitimologia, a vítima também passa a ser lembrada nas reflexões acerca da pena, de modo que os seus interesses se introduzem na reação ao delito. Embora disposições sobre a reparação tenham uma presença constante, em maior ou menor medida, em diversos sistemas punitivos, os esforços dedicados recentemente à questão suscitam novas considerações a respeito e propostas significativamente divergentes.[23] Os estudos sobre a reparação encontram reflexos, com diversas conformações e extensões, em vários ordenamentos jurídicos, de que são exemplos os preceitos que determinam a repercussão da reparação na fixação da pena ou que a estabelecem como condição para a concessão de benefícios na execução. De todo modo, reconhece-se à vítima um espaço nas consequências jurídicas do delito.

As ideias vitimológicas também repercutiram na dogmática penal, levando ao desenvolvimento de uma "vitimodogmática", ou "dogmática orientada ao comportamento da vítima". A constatação de que a vítima nem sempre se limita a suportar o mal que lhe inflige o agente, mas também pode desempenhar um papel ativo no evento, facilitando, provocando

---

[22] MAIER, Julio B. J. La víctima y el sistema penal. In: ESER, Albin et al. *De los delitos y de las víctimas*. Buenos Aires: AD-HOC, 1992, p. 224.

[23] Uma vertente entende que a reparação tem caráter civil, mas desempenha um papel no sistema de sanções penais, proporcionando ao agente um privilégio em relação à pena que deve ser aplicada ou executada. Favorável a esse entendimento, cf. HIRSCH, Hans-Joachim. La reparación del daño en el marco del Derecho Penal material. Tradução do alemão de Julio B. J. Maier e Daniel R. Pastor. In: ESER, Albin et al. *De los delitos y de las víctimas*. Buenos Aires: AD-HOC, 1992, p. 67 a 69. Outra corrente a vê como uma sanção jurídico-penal independente, que pode ser aplicada isoladamente ou em conjunto com outras. Outra, ademais, trata-a como uma "terceira via" do Direito Penal, ao lado da pena e da medida de segurança, que pode substituí-las ou atenuá-las complementarmente, quando se revelar mais conveniente aos fins da pena e às necessidades da vítima. Nesse sentido, ROXIN, Claus. La reparación en el sistema de los fínes de la pena. Tradução do alemão de Julio B. J. Maier e Elena Carranza. In: ESER, Albin et al. *De los delitos y de las víctimas*. Buenos Aires: AD-HOC, 1992, p. 146 a 149 e 155; SILVA SÁNCHEZ, La posición..., cit., p. 405 e ss.

ou motivando a sua conduta, consciente ou inconscientemente, voluntária ou involuntariamente, leva à análise de sua contribuição para o fato e da importância que lhe cabe. As teorias vitimodogmáticas propugnam que o juízo sobre o delito demanda duas ordens de considerações: de um lado, a conduta do agente; de outro, a conduta da vítima que a favoreceu, para aferir em que medida a correspondabilidade desta pode atenuar ou excluir a responsabilidade penal daquele.[24]

Essa questão passa a ser abordada sob numerosos pontos de vista. Outras orientações que se desenvolveram a respeito da intervenção da vítima não apresentam uma ligação direta com os desdobramentos do pensamento vitimológico, embora coincidam, em determinadas considerações e conclusões, com as correntes vitimodogmáticas. A figura do consentimento do titular do bem jurídico, tradicional, mas relegada a um plano secundário por longo período, passa a receber uma atenção redobrada em discussões polêmicas, que problematizam o alcance de suas repercussões no Direito Penal. Ademais, outras figuras dogmáticas aparecem, consolidando-se, em grande medida, os conceitos de autolesão e autocolocação em perigo como *topos* de solução de casos difíceis que tocam à contribuição do titular do bem jurídico para o evento, favorecidas por tendências recentes da teoria do delito. Não obstante a diversidade de abordagens e propostas doutrinárias sobre o tema, há uma convergência das diversas linhas que se confrontam nessa discussão a respeito da superação da passividade da vítima e da necessidade de avaliar os reflexos de sua intervenção no injusto penal.

Uma rápida observação evidencia que essa atual "orientação para a vítima" do pensamento penal reúne, sob esse ponto em comum, tendências muito distintas e, inclusive, contraditórias. Essa tensão, em parte, deve-se a que a vítima é invocada para justificar medidas sob dois pontos de vista: em um sentido potencial, faz-se presente com frequência em demandas por uma extensão da esfera do punível e por um tratamento mais severo do agente; em um sentido concreto, é encontrada em propostas dirigidas à satisfação de seus interesses no sistema penal, que também podem refletir-se em um tratamento mais benéfico ao agente.[25] Trata-se de fins político-criminais diversos, que invocam, estrategicamente, o interesse da vítima.[26] Essas formas de argumentação não são necessariamente excludentes e

[24] SILVA SÁNCHEZ, Jesus-Maria. La "victimo-dogmatica" en el Derecho Extranjero. In: BERISTAIN IPIÑA, *Victimologia*, cit., p. 107.

[25] Conforme Silva Sánchez, "Entre la orientación a la víctima potencial [...] y la orientación a la víctima actual se producen antinomias y fricciones, pues las conclusiones a las que se llega, siguiendo una o outra orientación, son radicalmente diversas". SILVA SÁNCHEZ, La posición..., cit., p. 403.

[26] Conforme Hassemer, "Parece evidente que las reflexiones sobre la víctima que tienen como fin aumentar la persecución y juzgamiento de hechos delictivos no tienen nada que ver ni com la doctrina victimológica del Derecho penal substantivo ni con la teoría de la mediación en el Derecho procesal penal. Se trata, por un lado, de limitar el injusto penal, de desistir de la aplicación de la norma, de la privatización del Derecho penal com

podem considerar-se procedentes em determinados âmbitos, guardados os princípios penais e processuais penais consagrados no Estado Democrático de Direito, mas também podem resultar conflitantes diante de questões específicas.

Embora a situação da vítima no sistema penal tenha passado por significativas melhorias nas últimas décadas, as dificuldades e controvérsias que ensejam as propostas inseridas nessa orientação demonstram que ainda não se alcançou uma acomodação adequada entre os seus interesses, os do agente e os da sociedade e, ademais, que encontrar um equilíbrio nessa relação não é questão simples. Faz-se necessário encontrar pontos de convergência entre as expressões desse redescobrimento da vítima e os fins e garantias que integram o Direito Penal moderno. Parece certo, contudo, que essa conformação não pode perder de vista a vítima concreta, como *pessoa* diretamente envolvida no conflito.

1.3 **O injusto penal**

A consideração da conduta do titular do bem jurídico, na dogmática penal, não apresenta uma sistematização própria, tampouco um tratamento unívoco. As propostas para lidar com a sua intervenção no fato e suas repercussões na responsabilidade penal de terceiros encerram notáveis divergências entre si, que se estendem desde seus fundamentos a pontos específicos de localização sistemática e critérios de subsunção a grupos de casos.

A fonte de muitas dessas disparidades se encontra na compreensão do injusto penal. A fim de analisar de forma coerente o tema e as muitas soluções apresentadas, portanto, faz-se necessária uma abordagem prévia de aspectos da teoria do injusto penal que se afiguram particularmente importantes nessa discussão. Assim, busca-se viabilizar uma contextualização das controvérsias relativas ao objeto de estudo no marco de concepções diversas nesse plano, bem como estabelecer premissas que serão seguidas no desenvolvimento da pesquisa.

---

conscuencias, de hecho, favorables para el autor del delito; por outro lado están las exigências de reforzamiento del control penal y a la necesidad de la efectiva aplicación de tales normas, en interés de las víctimas reales y potenciales". HASSEMER, Winfried. Consideraciones sobre la víctima del delito. Tradução do alemão de Rocio Cantarero Bandrés. *Anuario de Derecho Penal e Ciencias Penales*, n. 1, v. 43, p. 241-259, 1990, p. 254 e 255.

1.3.1 A estrutura do injusto penal

Na moderna dogmática penal, há um amplo consenso na definição do delito como conduta típica, antijurídica e culpável, como resultado de um longo processo de desenvolvimento e depuração de conceitos. Designam-se, dessa forma, elementos necessários para a configuração de um fato que enseja a incidência da norma penal, aos quais, eventualmente, podem acrescentar-se outros pressupostos de punibilidade.

Essa estrutura estratificada do delito parte da distinção entre juízo sobre o fato e juízo sobre o autor. Até o século XIX, não havia separação entre injusto e culpabilidade, de modo que o Direito Penal não se estenderia àqueles que não têm capacidade de compreender a determinação contida na norma.[27] Superado esse entendimento, os sistemas teóricos mais recentes apoiam a construção do delito sobre a conduta, definida de modo independente da culpabilidade: cumpre, primeiramente, constatar a tipicidade e a antijuridicidade da conduta, e, em seguida, aferir a culpabilidade do agente. O injusto penal limita-se à valoração do fato, enquanto a culpabilidade trata da responsabilidade pessoal pela conduta típica e antijurídica.

O injusto penal compõe-se, então, de dois momentos: a tipicidade e a antijuridicidade. Simplificadamente, a tipicidade ou adequação típica consiste na conformidade entre um fato concreto e o tipo, ou seja, a descrição legal da conduta. A antijuridicidade, por sua vez, representa a relação de contradição entre a conduta e o ordenamento jurídico, que decorre do confronto daquela com o conjunto de proibições ou mandatos e permissões. Qualifica-se de antijurídica a conduta que se adéqua à descrição legal de um delito, quando não se verifiquem justificações legais ou supralegais que afastem a incidência da norma penal. As particularidades desses estratos do injusto penal, a sua caracterização e os elementos que os integram, bem como a relação entre um e outro, no entanto, sofreram modificações significativas ao longo da evolução da dogmática.

O sistema naturalista ou clássico, construído sob a influência do positivismo, foi responsável pela introdução e desenvolvimento de categorias essenciais, tomando como ponto de partida o conceito de ação, ao qual se referem os demais pressupostos do delito. Trata-se de um conceito pré-jurídico e naturalista, que entende a ação como um movimento

---

[27]MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Derecho Penal*: parte general. Tradução do alemão de Jorge Bofill Genzsch e Enrique Aimone Gibson. Buenos Aires: Editorial Astra, 1994. T. I, p. 227 e 228.

corporal voluntário,[28] como uma modificação do mundo exterior, referível à vontade humana.[29] A ação compõe-se, assim, de dois elementos: o ato de vontade, que significa a ausência de coação mecânica ou física, e o resultado, que pode, inclusive, identificar-se com o próprio ato, que modifica o mundo exterior por sua própria manifestação.

Sobre essa base, em 1906, BELING formula o conceito de tipo e estabelece-o como elemento autônomo no sistema do delito. Nesse primeiro momento, o tipo consiste na descrição legal objetiva e livre de valor de uma conduta, reunindo as circunstâncias que caracterizam abstratamente o crime. Segundo BELING, os tipos são "de caráter puramente descritivo; neles não se expressa ainda a valoração jurídica 'qualificante do antijurídico'" e são a "cópia de um fato externo, sem referência ao interno do agente"[30]. Nesse sistema, toda a valoração legal diz respeito à antijuridicidade e todos os processos e elementos subjetivos da conduta são integrados à culpabilidade, na qual se inserem, portanto, o dolo e a culpa. O tipo é, então, um esquema dos elementos de um fato aos quais devem referir-se a antijuridicidade e a culpabilidade.

Deve-se a LISZT, por outro lado, a compreensão da antijuridicidade como elemento autônomo do sistema do delito, bem como a difusão da distinção entre antijuridicidade formal e antijuridicidade material. Enquanto o aspecto formal corresponde à "transgressão de uma norma do Estado, de um preceito proibitivo ou imperativo da ordem jurídica", o aspecto material diz respeito à danosidade social, consubstanciada na lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico.[31]

O conceito causal de ação, ao destacar a produção voluntária de um resultado no mundo exterior, leva à preponderância desse elemento na concepção do injusto penal. Todo delito tem um resultado, que se separa do movimento corporal, nos crimes materiais, ou se confunde com ele, nos crimes formais ou de mera conduta. O juízo de antijuridicidade não depende, nesse contexto, da orientação subjetiva do agente; refere-se apenas à parte externa do delito – ao movimento corporal e ao resultado, identificados ou unidos por um nexo causal. Tendo em vista o caráter puramente descritivo do tipo, não se estabelece uma relação entre a tipicidade e a antijuridicidade: primeiramente, trata-se de aferir a adequação típica da conduta e, em seguida, incide sobre esta um juízo de valor a partir da totalidade das normas jurídicas.

---

[28]BELING, Ernst. *Esquema de Derecho Penal. La doctrina del delito tipo*. Tradução de Sebastián Soler. Buenos Aires: El Foro, 2002, p. 42.
[29]LISZT, Franz von. *Tratado de Direito Penal Alemão.* Tradução de José Higino Duarte Periera. 1ª ed., Campinas: Russell, 2003. T. I, p. 217
[30]BELING, *Esquema de Derecho Penal...*, cit., p. 283 e 84.
[31]LISZT, *Tratado de Direito Penal Alemão*, I, cit., p. 236 e 237.

A fase seguinte do desenvolvimento do sistema do delito, baseada na filosofia dos valores neokantiana, buscou superar as bases naturalistas dominantes nas construções que a precederam e desenvolver o pensamento jurídico-penal de acordo com um fundamento e um método próprios, correspondentes às ciências do espírito. A concepção neoclássica do delito não alterou a estrutura delineada pelo sistema LISZT-BELING, mas, nesse contexto teórico, foram ressaltados fatores que levaram ao questionamento das duas características básicas da noção original de tipo – a objetividade e a desvinculação de valorações –, com repercussões na antijuridicidade.

O primeiro desses fatores foi a descoberta de elementos normativos nos preceitos legais, isto é, elementos que não são acessíveis à percepção sensorial, não se realizam no mundo exterior e não estão em relação causal com a conduta do agente, de que são exemplos a característica "alheia" referente à coisa na definição legal do furto, ou a falsidade do fato imputado a alguém na descrição da calúnia. Devido a sua significação valorativa, esses elementos prejulgariam, parcialmente, a antijuridicidade; seriam, concomitantemente, elementos inautênticos da tipicidade e elementos autênticos da antijuridicidade.[32] Essa constatação difundiu-se rapidamente e logo se tornou claro que esses elementos se verificam em número muito maior do que se supôs inicialmente. O caráter não valorativo do tipo tornou-se, então, insustentável.

O neokantismo proporcionou, dessa forma, a reformulação da relação entre o tipo e a antijuridicidade. Por um lado, embora adotando a compreensão do tipo apresentada por BELING, MAYER assinala que a sua realização seria um indício, ou seja, a *ratio cognoscendi* da antijuridicidade: a tipicidade não constitui a antijuridicidade, mas permite concluir que a conduta é antijurídica, salvo prova em sentido contrário.[33] Essa forma de encarar a relação entre os estratos do injusto penal alcançou grande difusão na doutrina. Por outro lado, o reconhecimento da normatividade do tipo conduziu, também, ao questionamento da independência da tipicidade frente à antijuridicidade. Para MEZGER, a tipicidade não seria uma categoria autônoma do delito, mas o próprio fundamento ou *ratio essendi* da antijuridicidade: embora a adequação do fato à descrição legal não implique sempre a antijuridicidade, que pode ser afastada por uma causa de justificação, não pode ser mero

[32]MAYER, Max Ernst. *Derecho Penal:* parte general. Tradução do alemão de Sergio Politoff Lifschitz. Buenos Aires: B de F, 2007, p. 228
[33]MAYER, *Derecho Penal*, cit., p. 227.

indício desta, pois, do contrário, já a constitui. O delito define-se, então, como ação tipicamente antijurídica, pessoalmente imputável e cominada com pena[34].

O segundo fator que colocou em xeque a estrutura do injusto penal do sistema clássico foi a análise dos elementos subjetivos que o integram. Essa orientação teve como ponto de partida as causas de justificação, difundindo-se o entendimento de que seus pressupostos objetivos não seriam suficiente para afastar a incidência da norma penal transgredida, pois seria necessário aferir, também, a consciência do agente a respeito e, inclusive, a sua disposição em consonância com os propósitos que orientam a tolerância da conduta. Posteriormente, essa discussão atingiu o tipo, destacando-se diversas figuras legais que apresentam elementos subjetivos ou que sequer podem ser concebidas na forma culposa, de que são exemplos o furto, o estelionato e a extorsão, de modo a evidenciar que, frequentemente, não se pode apreender a conduta incriminada sem qualquer referência ao aspecto interno do agente.[35] Também na tentativa se intensificou essa constatação, em face da necessidade de explicar a punição quando não há a consumação do resultado. Torna-se claro, portanto, que a configuração do injusto penal depende, muitas vezes, da direção da vontade do agente.

Apesar do avanço proporcionado por essas observações, os representantes do neokantismo continuaram a sustentar a estrutura objetiva da tipicidade. Conforme MEZGER, o injusto refere-se ao aspecto externo do fato e aos excepcionais elementos subjetivos, enquanto a culpabilidade refere-se à imputação subjetiva, nas formas de dolo ou culpa.[36] Não obstante, com o reconhecimento dos elementos subjetivos do tipo e das causas de justificação, o juízo de antijuridicidade deixou de referir-se exclusivamente ao movimento corporal e ao resultado.

Partindo da crítica ao naturalismo positivista e ao relativismo valorativo neokantiano, o finalismo procura ancorar o sistema do delito em teorias ontológico-fenomenológicas. O conceito de ação finalista, apresentado como estrutura lógico-objetiva fundamental do Direito Penal, constitui o ponto basilar para diversas reformulações operadas na estrutura do injusto

---

[34]MEZGER, Edmund. *Derecho Penal*: parte general. Buenos Aires: Bibliografica Argentina, 1958, p. 82 e 145.
[35]MEZGER, *Derecho Penal*, cit., p. 138.
[36]Mezger critica a proposta finalista de retirar o dolo da culpabilidade e inseri-lo no injusto, assinalando que "no es posible, evidentemente, que el dolo sea un elemento estructural de la antijuridicidade; la existencia del injusto culposo (punible) lo demuestra de manera necesaria e irrefutable. Por lo tanto, se trata solamente de saber si en ciertos hechos punibles dolosos hay que agregar al injusto el dolo; por razones deducidas del derecho positivo, linguísticas, históricas e de orden práctico, hemos demonstrado que ello *no* es factible, por lo cual seguiremos sustentando el criterio tradicional de que el dolo pertenece a la culpabilidade". MEZGER, *Derecho Penal*, cit., p. 140.

penal. A ação humana segundo WELZEL, "é o exercício de atividade final".[37] Esse conceito se apoia no saber causal do homem, que lhe permite prever, em certa medida, os possíveis desdobramentos de sua ação e, portanto, fixar objetivos e dirigi-la de forma a alcançá-los.

Nesse contexto, a ação condiciona o tipo, que deve observar todos os seus elementos, o que tem como consequência a integração do dolo a essa categoria. O injusto penal é, portanto, na construção de WELZEL, um injusto pessoal, pois não se esgota na causação do resultado: é sempre a desaprovação de um fato referido a um autor.[38]

A tipicidade é compreendida, no marco do finalismo, como indício da antijuridicidade, considerando-se que a realização do tipo contraria a norma, mas nem sempre é antijurídica, diante da possibilidade da incidência de preceitos permissivos. O indício é, então, confirmado ou afastado, conforme se verifique ou não uma causa de justificação.[39]

As teorias sociais da ação que se desenvolveram sob o influxo do finalismo seguem muitas de suas considerações, contribuindo para a sua consolidação. Assim, WESSELS, conceituando a ação como "uma unidade de sentido jurídico-social dominada pela vontade humana",[40] e JESCHECK, conceituando-a como "comportamento socialmente relevante",[41] inserem o dolo no tipo subjetivo. Também as correntes funcionalistas mantêm as principais modificações operadas na compreensão do injusto penal pelo finalismo.

A teoria da ação e o método do sistema finalistas foram alvos de críticas, sob o argumento de que concepções ontológicas não pode ser vinculantes para o Direito Penal, em face das dificuldades e insuficiências que demonstram na explicação de determinadas estruturas e na solução de diversos problemas. Não obstante, mesmo os críticos do finalismo reconhecem os progressos a que levou a teoria do delito, muitos dos quais constituem, na dicção de SCHÜNEMANN, "patrimônio comum da ciência do Direito Penal".[42] Além dos

---

[37]WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán:* parte general. Tradução do alemão de Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez. 4. ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 29.

[38]Conforme Welzel, "La causación del resultado, separada en su contenido de la persona del autor (la lesión de bienes jurídicos) no agota lo injusto; la acción es antijurídica solamente como obra de un determinado autor, que, por su contenido de voluntad, imprime su sello al hecho. Qué meta há fijado finalistamente el autor al hecho objetivo; desde qué punto de vista ha obrado; qué deberes le incumbieron; todo ello determina decisivamente lo injusto del hecho, juntamente con la eventual lesión de bienes jurídicos. *Antijuridicidad es siempre la desaprobación de un hecho referido a un determinado autor; injusto es la acción injusta 'personal', referida a su autor*". WELZEL, *Derecho Penal Alemán,* cit., p. 70.

[39]Cf. WELZEL, *Derecho Penal Alemán*, cit., p. 59 e 60; MAURACH; ZIPF, *Derecho Penal*, I, cit., p. 231 e 232.

[40]WESSELS, Johannes. *Direito Penal:* parte geral. Tradução de Juarez Tavares. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1976, pp. 34 e 35.

[41]JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal*: parte geral. Tradução do alemão de José Luiz Manzanares Samaniergo. Granada: Comares, 1993, p. 201, 202 e 218.

[42]SCHÜNEMANN, Bernd. Introducción al razonamiento sistemático en Derecho Penal. In: SCHÜNEMANN, Bernd (coord.). *El sistema moderno del Derecho Penal*: cuestones fundamentales. Estudios em honor de Claus Roxin em su 50º aniversario. Tradução do alemão de Jesús-María Silva Sánchez. Madrid: Tecnos, 1984, p. 55.

méritos relativos à formulação de respostas inovadoras para uma grande gama de casos, a doutrina inaugurada por WELZEL, ao integrar o dolo e a culpa no tipo, redefiniu os elementos que compõem o conceito de injusto penal, suplantando, definitivamente, a concepção objetiva oriunda do sistema clássico. Essa modificação se impôs de forma geral na dogmática penal, o que se deve sobretudo à impossibilidade de compreender-se o sentido social de uma conduta típica sem referência a aspectos subjetivos.

Os sistemas funcionalistas, que se desenvolveram nas últimas décadas do século passado, apresentam-se sob formas muito diversas, mas têm em comum a construção de uma teoria do delito desvinculada de dados naturalistas-causais e ontológicos e orientada para os fins do Direito Penal. As concepções mais relevantes, nesse marco, por sua difusão e influência, são as de JAKOBS e ROXIN.

JAKOBS defende uma renormativização geral do sistema do Direito Penal, dispensando a busca de um conteúdo pré-jurídico para os conceitos básicos da dogmática e sustentando a sua determinação de acordo com as necessidades da regulação jurídica. O tipo reúne os caracteres previstos em lei que indicam que uma conduta não é socialmente tolerável, compondo-se de elementos objetivos e subjetivos: de um lado, o aspecto externo do fato, e, de outro, a atitude psíquica do agente.[43] Para que se caracterize, definitivamente, a "intolerabilidade" social, no entanto, é também preciso que não se configurem causas de justificação, compreendidas como motivos jurídicos para executar uma conduta, em si, proibida. Diferentemente do comportamento atípico, o justificado é aceito como socialmente suportável apenas em consideração a seu contexto, ou seja, à situação de justificação.[44] A adequação típica representa, também para JAKOBS, a *ratio cognoscendi* da antijuridicidade.

O sistema racional-final ou teleológico de ROXIN, cujo programa foi lançado em 1970, tem como característica marcante a orientação político-criminal. Conforme o professor de Munique, "submissão ao direito e adequação a fins político-criminais não podem contradizer-se, mas devem ser unidas numa síntese".[45] Assim, na teoria do delito, ganham importância as considerações relativas aos fins do Direito Penal e da pena, de modo que todas as suas categorias básicas devem ser observadas, desenvolvidas e sistematizadas sob o ângulo da respectiva função político-criminal. Essa estruturação teleológica do sistema, segundo

---

Também sobre os méritos do finalismo, cf. ROXIN, Claus. Finalismo: um balanço entre seus méritos e deficiências. Tradução de Marina Pinhão Coelho. *RBCCrim* São Paulo, v. 15, n. 65, p.9-25, mar./abr. 2007.

[43]JAKOBS, Günther. *Derecho Penal*: parte geral. Tradução do alemão de Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1995, p. 200 e 201.

[44]JAKOBS, *Derecho Penal*, cit p. 190, 191 e 419.

[45]ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 20.

critérios especificamente jurídico-penais, visa a garantir a correção das soluções de casos concretos sem o sacrifício da congruência sistemática.[46]

Segundo ROXIN, ao tipo, que serve ao cumprimento do princípio *nullum crimen*, incumbe valorar a conduta do ponto de vista da necessidade abstrata da pena, independentemente da situação concreta, com a finalidade preventiva de motivar os destinatários da norma a não realizá-la. O tipo se divide em objetivo e subjetivo, embora ROXIN esclareça que a conduta típica constitui uma unidade que apenas pode ser aferida por meio de momentos objetivos e subjetivos e que não existem elementos conformados puramente a um ou outro aspecto.[47] A antijuridicidade constitui o âmbito da solução social de conflitos, no qual é julgada a conduta típica, em face do contexto, de acordo com os critérios de permissão. No sistema de orientação político-criminal, o juízo de antijuridicidade desempenha as funções de solucionar colisões de interesses, servir de ponto de conexão para medidas de segurança a outras consequências jurídicas e entrelaçar o Direito Penal a todo o ordenamento jurídico, garantindo a sua unidade e coerência.[48]

Ao cabo dessa evolução, concebe-se o tipo como o estrato do injusto penal que identifica a conduta incriminada, no qual são traçados, em um primeiro momento, os limites entre o lícito e o ilícito, de acordo com os fatores relevantes para a coordenação abstrata da liberdade de ação do destinatário da norma penal e da proteção do bem jurídico. Assim, o tipo assinala a conduta proibida e o seu objeto, referindo-se à lesão ou ao perigo de lesão a determinado bem jurídico, que se concretiza por meio dos elementos que o integram. A antijuridicidade, por sua vez, diz respeito a circunstâncias que demandam a consideração de ulteriores interesses que se apresentam na situação social concreta, indicando as condições de solução de conflitos que se estendem por todo o ordenamento jurídico.

1.3.2 A concepção material do injusto penal

Afirmar que o delito é o fato definido pelo legislador como tal representa-o apenas por um aspecto formal. Numa perspectiva material, por outro lado, trata-se de determinar que

[46]ROXIN, *Política criminal...*, cit., p. 29; ROXIN, Claus. *Derecho Penal:* parte general. Tradução do alemão de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Diaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 217
[47]ROXIN, *Derecho Penal*, cit., p. 277 e 304; ROXIN, *Política criminal...*, cit., p. 30.
[48]ROXIN, *Derecho Penal*, cit., p. 220.

condutas podem ser proibidas ou impostas, sob a ameaça de pena, adentrando-se na problemática da legitimidade da intervenção penal. Como assinala ROXIN, de nada adiantam uma teoria do delito cuidadosamente desenvolvida e um processo penal garantista se o cidadão é punido por um comportamento que não deveria ser punível.[49] Nesse enfoque, a doutrina romano-germânica atual tende a conceber o injusto penal como ameaça ou lesão a um bem jurídico, esboçando, por meio desse conceito, os limites mínimos das decisões político-criminais.

Na filosofia iluminista, a função primordial do Estado, fruto da decisão conjunta dos homens, é a proteção dos direitos e liberdades individuais. O delito encontra fundamento na danosidade social, decorrente da perturbação da ordem imposta pelo contrato social, de modo que o seu objeto deveria ser um direito subjetivo da pessoa, para cuja tutela nasce o Estado. Partindo dessas premissas, FEUERBACH conceituava o crime como "uma ação contrária ao direito do outro, cominada em uma lei penal".[50] O crime deixa, então, de ser entendido como a simples infração de um dever e recebe um conteúdo material, consistente na violação de um direito subjetivo. Assim, a intervenção penal se orienta para a preservação da liberdade recíproca de todos.

Na primeira metade do século XIX, BIRNBAUM formulou a noção de "bem" como objeto de tutela do Direito Penal, em contraposição ao direito subjetivo, a fim de adequar a concepção do delito às normas penais então vigentes incompatíveis com a proposta de FEUERBACH, como as que previam os chamados crimes contra o sentimento religioso e contra os bons costumes, em que não há, propriamente, um direito subjetivo a cuja violação vincular a sanção.[51] Segundo BIRNBAUM, o Estado deve garantir, igualmente, o gozo de certos bens a todos os homens que se encontram submetidos ao seu poder; bens que lhes são dados, em parte, pela natureza e, em parte, pelo desenvolvimento social. O delito é, então, a "lesão ou perigo, atribuível à vontade humana, de um bem que o poder público deve garantir

[49]ROXIN, Claus. Que comportamentos pode o estado proibir sob ameaça de pena: sobre a legitimação das proibições penais. Tradução de Luís Greco. In: ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 31.

[50]FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania.* Tradução do alemão de Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeier. Buenos Aires: Hammurabi, 2007, p. 55.

[51]Segundo Feuerbach, estes seriam exemplos de infrações de polícia, ou delitos em sentido amplo. Por oposição aos delitos em sentido estrito, em que há a violação de direitos que independem de qualquer ato de governo ou do reconhecimento estatal, os delitos em sentido amplo representam infrações de direitos especiais do Estado à obediência, quando está autorizado a procurar alcançar mediatamente um objetivo por meio de leis de polícia, proibindo ações que não são, em si, antijurídicas. FEUERBACH, *Tratado de Derecho Penal...*, cit., p. 55 e 56.

igualmente a cada um", derivando-se da distinção entre bens inatos e adquiridos a divisão entre delitos contra o indivíduo e delitos contra o bem comum.[52]

Muito se debate acerca da orientação da teoria da proteção de bens jurídicos em sua origem – se desenvolvida para estabelecer limites à intervenção penal ou para alargá-la.[53] Independentemente de qual seja a interpretação correta, seu subsequente desenvolvimento apresentou oscilações quanto ao compromisso com a restrição do exercício do poder punitivo e, por longo período, não se ocupou de critérios que propiciassem a crítica a normas penais vigentes.

Na perspectiva do positivismo normativista, em que o fenômeno jurídico é compreendido e sistematizado por si mesmo, BINDING, responsável pela difusão da expressão "bem jurídico", entendia como tal tudo aquilo que se mostra, aos olhos do legislador, como condição de vida saudável da comunidade. O decisivo não seria o interesse social, mas a escolha legislativa, mesmo que arbitrária.[54] Esse conceito, então, não apenas se amplia, mas se desloca dos interesses individuais para os interesses do Estado: o delito passa a vincular-se, apenas, ao que o legislador considera digno de tutela, independentemente de quaisquer parâmetros de limitação.

Por outro lado, LISZT, no marco do positivismo naturalista, tomando como ponto de partida a assertiva de que todo o Direito existe para o homem, contrapunha à concepção formalista de BINDING uma definição de bem jurídico como "interesse vital do indivíduo ou da comunidade", oriundos das relações sociais, cuja lesão representa o aspecto material da antijuridicidade. Os interesses são, segundo LISZT, criados pela vida, mas cumpre à ordem

---

[52]BIRNBAUM, Johann Michael Franz. *Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito.* Tradução do alemão de José Luis Guzmán Dálbora. Buenos Aires: B. de F., 2010, p. 58, 59 e 85.

[53]Alguns doutrinadores acreditam que a proposta de Birnbaum representa uma teoria de corte liberal, na medida em que demonstra uma preocupação com o estabelecimento de limites à intervenção penal, dando continuidade, no essencial, à orientação iluminista. Nesse sentido: SCHÜNEMANN, Bernd. O princípio da proteção de bens Jurídicos como ponto de fuga dos limites constitucionais e da interpretação dos tipos. Tradução de Luís Greco. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara. (Orgs.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar*? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 34 a 46; FERNÁNDEZ, Gonzalo D. *Bien jurídico y sistema del delito*: un ensayo de fundamentación dogmática. Buenos Aires: Julio César Faira, 2004, p. 100; BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do Direito Penal*. São Paulo, 2010. Tese (Livre Docência em Direito) – USP, p. 92 a 94. Outros sustentam que essa tese foi desenvolvida com o objetivo oposto, de alargar o âmbito da punição, para estendê-la a condutas contrárias à religião e à moral, no contexto da crítica da escola histórica e do positivismo jurídico contra o direito natural em que se fundava o pensamento iluminista, por meio da utilização de um termo que, por sua amplitude, dificilmente pode impor barreiras à incriminação. Nesse sentido: AMELUNG, Knut. O conceito de bem jurídico na teoria jurídico-penal da proteção de bens jurídicos. Tradução de Luis Greco. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara. (Orgs.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar*? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 123 e 124; MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal*. 2. ed. Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2003, p. 112 e 113; TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3. ed. Belo Horizonte: DelRey, 2003, p. 184 e 185.

[54]BINDING, Karl. *Compendio di Diritto Penale*. Roma: Atheneum, 1927, p. 114 e ss.

jurídica determinar aqueles que devem ser amparados, elevando-os a bens jurídicos, de modo que o objeto de tutela penal passa a ter um conteúdo pré-jurídico.[55] Contudo, na ausência de critérios de seleção dos interesses que podem constituir bens jurídicos, a concepção de LISZT representa um programa ainda carente de desenvolvimento.

No pensamento neokantiano, o conceito sofre nova desmaterialização, desconectando-se da realidade social ao ser assimilado a valores que coincidem com uma síntese do fim dos preceitos penais. Ilustrando a identificação do bem jurídico com a *ratio legis*, MEZGER assinala que "está destinado a circunscrever mais exatamente, sempre, a função protetora de cada fato punível".[56] O legislador tem sempre em vista uma finalidade qualquer, de modo que, com a mera existência do preceito, estaria pressuposto um bem jurídico. Dessa forma, embora a compreensão do delito como ameaça ou lesão de bem jurídico permanecesse inalterada, representava uma ideia vazia, enquanto mera fórmula interpretativa de orientação teleológica dos tipos penais. O conceito converte-se, assim, em instrumento de legitimação política das normas positivas, atingindo, na dicção de FERRAJOLI, o fim de sua "parábola involuntiva".[57]

WELZEL, por sua vez, conceitua o bem jurídico como "um bem vital da comunidade ou do indivíduo, que, por sua significação social, é protegido juridicamente". A proteção de bens jurídicos, no entanto, ocupa um lugar secundário como função do Direito Penal em sua concepção, em face da função de proteção dos valores ético-sociais da ação: pune-se, em primeiro plano, a inobservância desses valores, como o respeito à vida, à saúde, à propriedade etc. e, como consequência, protegem-se os bens jurídicos aos quais se referem.[58]

É corrente, na doutrina, a afirmação de que a consolidação da teoria do bem jurídico contribuiu para o referido processo de "neutralização da vítima", levando a uma expropriação de seus interesses por parte do Estado e, assim, determinando a sua conversão em destinatária de uma tutela despersonalizada.[59]

Com efeito, na tese de FEUERBACH, em princípio, só o indivíduo aparece como referência da proteção penal. A substituição do direito subjetivo pelo "bem" como eixo da norma penal insere o sistema social nesse contexto.[60] Essa é uma propensão que se faz

---

[55]LISZT, *Tratado de Direito Penal Alemão*, cit., p. 6 e 7.
[56]MEZGER, *Derecho Penal*, cit., p. 159.
[57]FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão:* teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fuazi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 429 e ss.
[58]WELZEL, *Derecho Penal Alemán,* cit., p. 1 a 3.
[59]BONET ESTEVA, *La víctima del delito*, cit., p. 105; HASSEMER, Consideraciones..., cit., p. 246; REYNA ALFARO, Estudio Final, cit., p. 118.
[60]ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e acordo em Direito Penal.* Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 38.

presente já na origem do conceito, uma vez que BIRNBAUM tinha em vista, precisamente, a ampliação do Direito Penal para além de condutas dirigidas contra pessoas, embora não prescindisse de uma classificação que permitiria preservar a referência individual de determinados bens.

Enquanto a compreensão do crime centrada na violação de um direito subjetivo privilegia as pessoas e suas relações, a lesão a um bem abre o caminho para que a intervenção penal seja estabelecida sem consideração ao respectivo titular e para que se tenha por configurado independentemente de sua atitude.[61] A vinculação da vítima ao objeto de tutela penal sofre, então, um enfraquecimento com o abandono do direito subjetivo em favor do bem jurídico como elemento nuclear do delito.

Essa tendência atinge um extremo no pensamento de BINDING, no qual não seria possível traçar uma linha divisória entre bens do indivíduo, por um lado, e bens da comunidade e do Estado, por outro, pois o bem jurídico sempre se refere a este.[62] O entendimento de LISZT, por sua vez, confere um papel essencial às necessidades dos seres humanos na compreensão do que pode ser penalmente protegido, assinalando a existência de bens correspondentes a interesses individuais e coletivos. As diversas concepções formuladas no evolver do pensamento penal conferem destaque ora a uma dimensão pessoal, ora a uma dimensão social ou estatal, o que se reflete em uma maior ou menor ligação entre o conceito de bem jurídico e a vítima.

Ao longo das primeiras fases de desenvolvimento da moderna dogmática penal, poucos esforços foram empreendidos para determinar o que pode constituir um bem jurídico, a fim de extrair dessa ideia consequências práticas para a crítica da intervenção penal. Conforme ROXIN, a busca por restringir a discricionariedade do legislador na incriminação de condutas a partir desse conceito somente se tornou relevante na discussão político-criminal após a Segunda Guerra Mundial.[63] Com o renascimento de uma tendência liberal e democrática, o bem jurídico voltou a assumir a posição de ponto de referência externo das normas penais e, a partir de então, diversos estudos procuraram analisar prescrições penais vigentes e negar a sua legitimidade sob essa perspetiva.

No âmbito nacional, as referências à proteção de bens jurídicos como princípio ou função do Direito Penal não são raras, mas não são comumente acompanhadas de uma busca

---

[61]ANDRADE, *Consentimento*..., cit., p. 55.
[62]ESER, Albin. Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Madrid, v. 49, n. 3, p.1021-1046, set./dez. 1996, p. 156; ANDRADE, *Consentimento*..., cit., p. 65 e 66.
[63]Sobre o recente debate em torno do bem jurídico. Tradução de Luís Greco. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara. (Orgs.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar***?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 183.

efetiva por dotá-las de significado e de um compromisso com a avaliação da legitimidade de tipos penais. Tradicionalmente, a doutrina trata do bem jurídico, sobretudo, no estudo da Parte Especial do CP e da legislação penal especial, designando, na análise de cada tipo, o "objeto jurídico" tutelado,[64] em conformidade com a designação expressa inserida no corpo normativo. Apenas recentemente, alguns estudiosos passaram a se ocupar da questão com a atenção que merece, buscando uma efetiva delimitação do conceito de bem jurídico e lançando, assim, um olhar crítico e abalizado sobre a atividade do legislador.

Como demonstra o breve panorama traçado, podem ser identificados dois enfoques de elaboração da teoria do bem jurídico: um imanente e outro transcendente ao sistema de Direito Penal positivo. No primeiro, que remonta a BINDING e a representantes do neokantismo, o bem jurídico vincula-se à *ratio legis* e está logicamente presente em qualquer norma penal, servindo à sistematização e interpretação teleológica. Nesse sentido, não tem conteúdo próprio e pode, portanto, ser assimilado a qualquer finalidade do legislador. No segundo, o conceito é orientado para a aferição da legitimidade da intervenção penal, em uma dimensão político-criminal, destinando-se a oferecer critérios para a análise e crítica dos tipos. Assim, é dotado de um conteúdo material, com o qual deve confrontar-se a norma penal.

A distinção entre essas perspectivas, no entanto, não é precisa, como assinala BARATTA, porquanto a definição "transcendente ao sistema" daquilo que é digno de tutela penal não é independente da definição "imanente ao sistema", tanto no tocante às premissas metodológicas, quanto ao conteúdo, e tampouco a compreensão adotada na interpretação e aplicação das normas é alheia a valorações político-criminais acerca do que deve ser tutelado pelo Direito Penal.[65]

Para que o conceito de bem jurídico possa cumprir o papel de parâmetro de legitimidade da intervenção penal, condicionando a atividade do legislador e viabilizando a crítica a dispositivos vigentes, é imprescindível a definição de seu conteúdo. As dificuldades envolvidas nessa concreção se refletem em uma grande variedade de definições e propostas, que resultam em alcances muito diversos da esfera de atuação estatal legítima por meio da pena. Os problemas que se colocam diante da teoria se agravam sobremaneira, ademais, em

[64]Cf. HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Claudio. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, V. I, p. 10 e ss.; BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*: parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. T. II, p. 212; NORONHA, Magalhães. Direito Penal. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. V. 1, p. 115.

[65]BARATTA, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do Direito Penal: lineamentos de uma teoria do bem jurídico. *RBCCrim*, v. 2, n. 5, p. 5-24, jan./mar., 1994, p. 7.

face das recentes tendências político-criminais, impulsionadas por transformações sociais verificadas nas últimas décadas.

A teoria do bem jurídico passa, então, por um momento de crise quanto às suas possibilidades de rendimento na orientação das decisões legislativas, sofrendo diversos ataques com base em argumentos de cunho prático, ideológico e dogmático, que procuram demonstrar que essa é um tarefa não apenas impossível, mas, também, equivocada.

Um ponto de partida de muitas objeções encontra-se na indefinição do conceito de bem jurídico, que, diante das muitas concepções formuladas desde as primeiras manifestações dessa ideia, apresenta-se ou excessivamente aberto ou excessivamente estreito. Assim, de um lado, a teoria é repreendida por deixar um campo de atuação demasiado amplo ao legislador e não viabilizar uma restrição efetiva de sua atividade, revelando-se insuficiente como critério crítico. De outro, é considerada inadequada a muitas normas penais vigentes, mormente, mas não apenas, aquelas que surgem no contexto da atual tendência de "expansão do Direito Penal".[66]

Assim, diante da fluidez do conceito e do caráter vago de muitas propostas apresentadas para dotá-lo de conteúdo, assinala-se que, diante de uma definição de crime como lesão ou colocação em perigo de um bem jurídico, não se pode, efetivamente, criticar a legislação, pois quaisquer crimes podem ser enquadrados nesse parâmetro. Na medida em que qualquer coisa pode ser indicada como bem jurídico, a teoria não ofereceria ao Direito Penal nenhum contorno preciso, tampouco poderia obstar seu crescimento desmesurado.[67]

Por outro lado, conforme STRATENWERTH, os muitos esforços empreendidos para esclarecer a noção de bem jurídico fracassaram diante da dificuldade de encontrar uma definição que, a um só tempo, expresse algo e seja adequada para se ajustar a todos os tipos penais cuja legitimidade esteja fora de questão. Devido à existência de diferenças estruturais entre bens jurídicos individuais e coletivos, uma definição abrangente e material desse conceito seria, a seu ver, a "quadratura do círculo". De uma parte, não seria possível a sua concretização quanto a bens jurídicos coletivos, como nos crimes contra a administração da

---

[66] A expressão "expansão do Direito Penal" se difundiu na doutrina para caracterizar as tendências político-criminais das legislações penais contemporâneas, no sentido de introdução de novos tipos penais e agravamento dos já existentes, por meio da obra de Silva Sánchez. Segundo o autor, "Criação de novos bens jurídico-penais', ampliação dos espaços de riscos jurídico-penalmente relevantes, flexibilização das regras de imputação e relativização dos princípios político-criminais de garantia, não seriam mais do que aspectos dessa tendência geral, à qual cabe referir-se com o termo 'expansão'". SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do Direito Penal*: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 21.

[67] NAUCKE, Wolfgang. O alcance do Direito Penal retributivo em Kant. Tradução de Fernanda Lara Tórtima. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara. (Orgs.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar***?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 79.

justiça e crimes de insulto à confissão religiosa, ofensa à memória dos falecidos, crueldade com animais, provocação de escândalo público e incesto. De outra, a restrição do conceito a bens jurídicos individuais tornaria insustentável o dogma da ilegitimidade das leis penais que não tutelam um bem jurídico, pois o Direiro Penal não deve ignorar os interesses das pessoas de viver em uma ordem social considerada "correta", de acordo com normas cunhadas culturalmente em cada grupo.[68]

De forma semelhante, JAKOBS assinala que muitas das normas penais vigentes não podem ser explicadas a partir da proteção de bens jurídicos, de modo que essa referência não pode ser tida como necessária. O que decide sobre a intervenção penal, segundo o professor de Bonn, não é a existência de um "bem", pois apenas o interesse público em sua conservação o converte em bem jurídico, e o interesse público nem sempre se refere à conservação de bens.[69] A teoria seria, então, insuficiente, porque não apenas bens, mas também instituições, que não se compreenderiam nesse conceito, demandam tutela penal.

A teoria do bem jurídico é também impugnada sob o argumento de que as limitações que pretende impor à legislação são apenas opções políticas, e não científicas.[70] Recentemente, é também acusada de ser "antidemocrática", ao procurar imiscuir-se em um terreno destinado à discricionariedade do legislador, introduzindo considerações alheias às disposições de normas hierarquicamente superiores. Conforme STUCKENBERG, o legislador democraticamente eleito é livre para escolher objetivos políticos e os correspondentes meios para alcançá-los, submetendo-se apenas às restrições contidas na Constituição, pois a lei é a expressão legítima da vontade do povo soberano. A teoria do bem jurídico, sem que seja explicitada a sua inserção em considerações constitucionais, não poderia restringir a competência legislativa, porquanto, "em uma democracia, é prerrogativa do legislador eleito

---

[68] STRATENWERTH, Günther. *Derecho Penal:* parte general. Tradução do alemão de Manuel Cancio Meliá e Marcelo A. Sancinetti. Cizur Menor: Aranzadi; Thomson; Civitas, 2005. V. I, p. 55 e 56; STRATENWERTH, Günther. Sobre o conceito de "bem jurídico". Tradução de Luís Greco. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda (Orgs.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar*? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 109 e ss.

[69] JAKOBS, *Derecho Penal*, cit., p. 51 e ss.; JAKOBS, Günther. O que é protegido pelo Direito Penal: bens jurídicos ou a vigência da norma? Tradução de Luís Greco. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda (Orgs.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar*? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 162 a 164; JAKOBS, Günther. Daño social? Anotaciones sobre un problema teórico fundamental del Derecho Penal. Tradução do alemão de Miguel Polaino-Orts. In: JAKOBS, Günther, POLAINO-NAVARRETE, Miguel; POLAINO-ORTS, Miguel. *Bien jurídico, vigencia de la norma y daño social*. Lima: Ara, 2010, p. 26.

[70] JAKOBS, Günther. O que é protegido..., cit., p. 174. Semelhante, HIRSCH, Hans-Joachim. Acerca del estado actual de la discusión sobre el concepto de bien jurídico. Tradução do alemão de Daniel R. Pastor. In: CONGRESO INTERNACIONAL. FACULTAD DE DERECHO DE LA UNED**.** *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología***.** Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2001, p. 374 a 376.

– e não de acadêmicos não-eleitos – determinar que interesses públicos merecem a proteção da lei penal".[71]

Não obstante as críticas suscitadas quanto à capacidade de rendimento e à correção das pretensões de uma teoria do bem jurídico crítica ao sistema de Direito Penal positivo, não parece recomendável dispensá-la. Os problemas apontados destacam a complexidade inerente à tarefa de demarcação dos limites da legitimidade da intervenção penal, mas não implicam que a questão não deve ser enfrentada.

A definição de bem jurídico conta com muitas variações na doutrina, que indicam a suscetibilidade desse conceito de adequar-se a alcances muito diversos que se pretenda conferir ao exercício legítimo do poder punitivo estatal. As dificuldades de delimitação, no entanto, não significam a sua incapacidade de rendimento.[72]

A crítica que aponta para a impossibilidade de uma definição que atenda às figuras previstas nas legislações vigentes e ainda apresente algum conteúdo ignora o escopo de uma construção transcendente da condepção material do delito, desvirtuando a discussão acerca de parâmetros críticos de orientação e avaliação das prescrições penais. Da mera existência de uma norma, não se pode inferir a sua legitimidade, de modo que se torne indispensável incluir a sua explicação no conceito de bem jurídico. É certo que determinados tipos penais cuja admissibilidade parece evidente se revelam problemáticos em face de algumas propostas de concretização, a depender do alcance que deixam à esfera de atuação estatal através da pena, mas essa constatação deve conduzir ou ao reconhecimento da ilegitimidade da norma ou ao questionamento da específica construção doutrinária com a qual não se coaduna, mas não à rejeição da ideia de bem jurídico e da tarefa que lhe é atribuída.

A referência do Direito Penal à proteção de bens jurídicos se apresenta como um princípio, que, como tantos outros, é concebido com amplitude e, portanto, não pode servir como premissa maior de uma dedução, mas como ponto de partida para a reflexão e a argumentação.[73] De seu caráter aberto não se conclui que seja superficial, estéril ou inidôneo

---

[71] STUCKENBERG, Carl-Friedrich. The constitutional deficiencies of the german Rechtsgutslehre. In: *Oñati Socio-legal Series* [online], 3 (1), pp. 31-41. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2200870> Acesso em 25 mar. 2013, p. 37 e 38.

[72] Nesse sentido, ROXIN, *Derecho Penal*, cit., p. 58.

[73] HASSEMER, Winfried. Bienes jurídicos en el Derecho Penal. Tradução do alemão de Patricia S. Ziffer. In: BUSTOS RAMÍREZ, Juan J; BAIGUN, David; ARGIBAY, M. (Orgs.). *Carmen Estudios sobre justicia penal:* homenaje ao Profesor Julio B. J. Maier. Buenos Aires: Del Puerto, 2005, p. 65.

para conter a intervenção penal. Como assevera SCHÜNEMANN, trata-se de uma "diretriz normativa carecedora, mas também passível de concretização".[74]

Não se trata, portanto, de um conceito do qual se possa extrair sempre e diretamente uma resposta clara e unívoca acerca da correção de uma incriminação, mas contribui para viabilizar soluções racionalmente fundamentadas a essa complexa questão.[75] Assim, deve integrar-se na análise dos limites da atuação do poder punitivo estatal como um critério inicial, indicando o que pode ou não pode ser objeto de tutela penal e servindo de "eixo material" a considerações sobre outros parâmetros de restrição do Direito Penal, como a ofensividade, a subsidiariedade e a proporcionalidade.[76]

É certo que a concepção de bem jurídico não pode deixar de representar uma escolha política acerca do que se pretende com a sua proteção.[77] Essa dimensão política do problema da legitimidade da intervenção penal, no entanto, não significa que a doutrina, ao procurar destacar suas fronteiras, pretenda impor-lhe limites alheios aos fundamentos da organização estatal e social estabelecidos na Constituição. Como assinala ROXIN, também o desenvolvimento de exigências materiais ao processo legislativo, a partir de diretrizes político-criminais de um ordenamento constitucional liberal e de Estado de Direito, pertence às tarefas científicas da doutrina e da jurisprudência.[78]

A legitimidade das normas penais não pode decorrer, exclusivamente, do juízo de valor realizado pelo legislador, mormente tendo em vista o amplo leque de fatores que podem influenciar a sua atividade, a facilidade de manipulação por maiorias temporárias e as dificuldades de definir consensos em uma sociedade pluralista.[79] Em um Estado Democrático de Direito, as intervenções em direitos fundamentais devem ser justificadas em face dos

---

[74] Schünemann, Bernd. Direito Penal é a *ultima ratio* da proteção de bens jurídicos: sobre os limites invioláveis do direito penal em um estado de direito liberal. Tradução de Luís Greco. *RBCCrim*, São Paulo, v. 13, n. 53, p.9-37, mar./abr. 2005.

[75] RUDOLPHI, Hans Joachim. Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico. Tradução do alemão de Enrique Bacigalupo. *Nuevo pensamiento penal:* revista de derecho y ciencias penales, Buenos Aires, v. 4, 5/8, p.329-347, 1975, p. 341.

[76] HEFENDEHL, Ronald. El bien jurídico: imperfecto, pero sin alternativa. Tradução do alemão de María Martín Lorenzo. In: GARCÍA VALDÉS, Carlos et al (Coord.). *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat II*. Madrid: Edisofer, 2008. T. 2, p. 390. Semelhante, Linhas gerais de uma teoria pessoal do bem jurídico. Tradução de Fernanda Lara Tórtima. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara. (Orgs.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar*? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 18.

[77] TAVARES, *Teoria do injusto penal*, cit., p. 181.

[78] ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 34.

[79] Nesse sentido, NEUMANN, Ulfrid. Bem jurídico, constituição e os limites do Direito Penal. Tradução de Antonio Martins. In: GRECO, Luís; MARTINS, Antonio (org.). *Direito Penal como crítica da pena*: estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário em 2 de setembro de 2012. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 523.

cidadãos, exigindo-se argumentação, e não apenas decisão.[80] Nesse contexto, um conceito material de delito como parâmetro de limitação e crítica da ordem positiva oferece padrões argumentativos para afirmar ou negar a legitimidade das normas penais, mas não elimina, em absoluto, dado seu caráter aberto, a discricionariedade do legislador.

Por fim, certas alternativas apresentadas à proteção de bens jurídicos não se afiguram defensáveis. STRATENWERTH encontra o ponto de convergência de diversos tipos penais na contrariedade da conduta em face de imperativos culturais, ou, em outras palavras, na proteção de normas. A partir dessa constatação, embora não abandone a ideia de bem jurídico no âmbito individual, propõe como fator determinante da incriminação as convicções valorativas prevalentes, que conformam o consenso normativo em dada sociedade.[81] De sua parte, JAKOBS compreende a função do Direito Penal como a garantia da vigência da norma. A seu ver, os limites de um contato social permitido se encontram na danosidade social, que consistiria na contradição entre uma pessoa competente e a obrigatoriedade de uma instituição. O núcleo de todos os delitos estaria, em última análise, na negativa de comportar-se conforme o papel assinalado em uma instituição.[82]

A concepção de STRATENWERTH, ao procurar vincular a validade da lei penal à existência de uma vontade social, não acrescenta qualquer contribuição a esse problema. De um lado, é duvidoso falar em consensos no contexto das sociedades ocidentais, mormente quando se pretende buscá-los além das condutas que efetivamente afetam bens jurídicos; de outro, um consenso acerca de determinados éstandares de conduta nada diz, por sua só constatação empírica, quanto à necessidade da reação penal frente à sua transgressão. Também o normativismo exacerbado da colocação de JAKOBS se revela acrítico. A identificação do bem jurídico com a firmeza das expectativas normativas implica que essa noção não desempenha papel algum de juízo crítico das normas penais, pois o seu objeto de tutela pode ser, então, toda institucionalização da atividade estatal. Nessa perspectiva, na realidade, parte-se de uma concepção da pena que dispensa critérios que confiram legitimidade à sua aplicação concreta. A estabilização da norma, porém, embora possa

---

[80] NEUMANN, Bem jurídico..., cit., p. 524.

[81] Stratenwerth sustenta, inicialmente, que a ideia de bem jurídico deve restringir-se ao âmbito da autorrealização do indivíduo e que, nos demais casos, a intervenção penal pode ser justificada a partir da demonstração de que determinadas normas de comportamento pertencem ao consenso mínimo da sociedade. Não obstante, para dar coerência a essa construção, procura demonstrar que também na base do reconhecimento de bens jurídicos individuais se encontram normas acerca do respeito ao outro enquanto pessoa, de modo que, em qualquer caso, o fundamento último da incriminação seria o mesmo: ambos fazem parte da mesma ordem social, de uma ordem com determinada história e consenso cultural, mutável e em grande parte também controvertida. STRATENWERTH, Sobre o conceito..., cit.

[82] JAKOBS, O que é protegido..., cit., p. 160 a 162; JAKOBS, *Derecho Penal*, cit., p. 45 e 46, 53 a 57; JAKOBS, Daño social?, cit., p. 26.

integrar-se aos fins da pena, não pode ser um fim em si mesma, mas apenas um meio para evitar a ocorrência de fatos não desejados, carecendo de sentido se abstraída dessa relação.[83] Essas construções não apresentam, portanto, quaisquer parâmetros para substituir a ideia de bem jurídico na tarefa de estabelecer limites à intervenção penal e, inclusive, negam essa tarefa, de modo que não podem ser admitidas em um Estado Democrático de Direito.[84]

Dessa forma, não obstante as dificuldades que se colocam à teoria do bem jurídico, não se pode prescindir dela e da função liberal que lhe é atribuída, o que levou e continua a levar muitas vozes a levantarem-se em sua defesa.

No esforço de materialização do bem jurídico, a partir dos anos 1970, a doutrina procurou, de um lado, ressaltar o substrato social em que se baseia a demanda de proteção penal[85] e, de outro, indicar a Constituição como fonte de suas pautas vinculantes,[86] além de conjugar ambas as ordens de argumentação em etapas de delimitação do conteúdo desse conceito.[87] Um ponto de convergência de diferentes construções desenvolvidas a partir dessas orientações se encontra no destaque conferido à autorrealização da pessoa.

A noção de bem jurídico deve ser integrada à realidade social, que constitui o âmbito específico da regulação jurídica, encontrando apoio na atuação do indivíduo enquanto ente social e em sua interação constante com o meio. Como observa NEUMANN, não se procura

---

[83] Nesse sentido, ROXIN, Claus. El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen. Tradução do alemão de Manuel Cancio Meliá. In: *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, n. 15-01, 2013. Disponível em: <http://criminet.ugr.es/rescpc/15/recpc15-01.pdf>, Acesso em 28 mar. 2013.

[84] No mesmo sentido das críticas assinaladas, SEHER, Gerhard. La legitimación de normas penales basada en principios y el concepto de bien jurídico. Tradução do alemão de Rafael Alcácer Guirao. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La teoría del bien jurídico:* fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático? Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 72 a 75; D'ÁVILA, Fábio Roberto. Aproximações à teoria da exclusiva proteção de bens jurídicos no direito penal contemporâneo. *Revista justiça e sistema criminal:* modernas tendências do sistema criminal, Curitiba, v. 3, n. 4, p.103-124, jan./jun. 2011.

[85] HASSEMER, Linhas gerais..., cit., p. 20 e 21; HASSEMER, *Fundamentos del Derecho Penal*, cit., p. 38; NEUMANN, Bem jurídico..., cit., p. 525; BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Política criminal e injusto: política criminal, bem jurídico, desvalor do ato e do resultado. *Revista de Direito Penal*, Rio de Janeiro, n. 30, p.38-54, jul./dez. 1980, p. 45.

[86] DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal:* parte geral. 2. ed. Coimbra: Revista dos Tribunais / Coimbra Ed., 2007. T. I, p. 123; Direito Penal e Estado de Direito material: sobre o método, a construção e o sentido da doutrina geral do crime. *Revista de Direito Penal*, Rio de Janeiro, n. 31, p.38-53, jan./jun. 1981, p. 43 e 44; GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho Penal:* parte general. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2009, p. 488 e 489; HEFENDEHL, El bien jurídico..., cit., p. 401; ROXIN, Que comportamentos..., cit., p. 32; ROXIN, *A proteção...*, cit., p. 16 e 17; ROXIN, Claus. Sobre o recente..., cit., p. 185; RUDOLPHI, Los diferentes aspectos..., cit., p. 28 e ss.; SCHÜNEMANN, Bernd. La teoría de la protección del bien jurídico como base del Derecho Penal en la época de la globalización. In: SCHÜNEMANN, Bernd. *Obras*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2009. V. 2, p. 74 e 75; SCHÜNEMANN, O princípio da proteção..., cit., p. 28 e ss.

[87] MIR PUIG, *Introducción a las bases...*, cit., p. 116 a 124; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximacion al Derecho Penal contemporâneo*. Barcelona: Bosch, 1993, p. 268 e 269; BECHARA, *Da teoria do bem jurídico...*, cit., p. 372.

estabelecer parâmetros nem para normas penais específicas, nem para bens jurídicos específicos que sejam estranhos à sociedade.[88]

A maior concretização do conceito demanda, no entanto, o recurso a uma linha valorativa definida para a seleção dos objetos de tutela do Direito Penal, que pode ser encontrada nas diretrizes de organização e funcionamento do Estado estabelecidas pela ordem constitucional.[89]

A Constituição proclama decisões fundamentais e indica o modelo social ao qual se aspira, por meio da consagração de um conjunto de princípios superiores que devem inspirar a atuação estatal.[90] Dessa forma, estabelece prescrições que devem ser observadas por todo o ordenamento jurídico e que servem de base para a sua interpretação. O conceito de bem jurídico deve, então, submeter-se também à ordenação axiológica constitucional, apoiando-se em normas vinculantes à legislação inferior.[91]

Ao consagrar a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental (art. 1º, III) e e assegurar os direitos fundamentais, individuais e coletivos (arts. 5º, 6º e 7º), a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF) estabelece um quadro de deliberações políticas que obriga os poderes públicos e orienta de sua atividade para viabilizá-las e concretizá-las. Conforma-se, assim, o Estado Democrático de Direito, estatuído, expressamente, no art. 1º, *caput*, como síntese de um longo desenvolvimento histórico que evidenciou a necessidade de submeter o poder estatal a limites democráticos.[92] O Estado assume, assim, como função essencial, a realização e promoção das condições de autorrealização pessoal no meio social.

Inserido nesse quadro, o Direito Penal subordina-se a suas diretrizes e, consequentemente, deve dirigir-se a assegurar as condições para uma convivência livre e igualitária, baseada no respeito à pessoa. Seus limites não podem dissociar-se dessa finalidade. Uma vez que a intervenção penal, em face de outras formas de interferência

---

[88] NEUMANN, Bem jurídico..., cit., p. 522 e 523.

[89] Essa referência também se faz presente entre os defensores de concepções sociológicas do bem jurídico, que, mesmo não recorrendo diretamente à Constituição, frequentemente guiam-se, na delimitação do conceito, por considerações acerca do Estado Democrático de Direito e de direitos fundamentais. Neumann, adepto de uma teoria do bem jurídico de base sociológica, na linha de Hassemer, ressalta que também concepções como essa, que não fazem referência à Constituição, pleiteiam a integração do modelo a um contexto normativo e argumentativo do Direito Constitucional e que é bem possível que um modelo de bem jurídico baseado em interesses, no que concerne à questão de quais interesses merecem ser protegidos, tenha de orientar-se ainda mais decisivamente do que até o presente pelas normas e valorações constitucionais. Cf. NEUMANN, Bem jurídico..., cit., p. 528.

[90] BECHARA, *Da teoria do bem jurídico...*, cit., p. 138 e ss.

[91] Nesse sentido, RUDOLPHI, Los diferentes aspectos..., cit., p. 65; ROXIN, Sobre o recente debate..., cit., p. 184.

[92] BECHARA, *Da teoria do bem jurídico...*, cit., p. 33.

estatal na vida dos cidadãos, representa uma medida de especial intensidade, tolhendo a liberdade de ação e impondo uma sanção que restringe outros direitos fundamentais, ademais de suas consequências secundárias, demanda racionalidade e cautela. Assim, é possível indicar uma linha de orientação a respeito do que se pode proteger, por meio do Direito Penal: o que serve ao livre desenvolvimento da pessoa e à realização de seus direitos fundamentais, no marco de um sistema social estruturado a partir dessa finalidade.[93]

A Constituição, ao estatuir o Estado Democrático de Direito e consagrar seus princípios fundamentais, contém, portanto, as decisões essenciais para a consolidação de um conceito de bem jurídico que sirva de ponto de apoio para a análise da legitimidade do exercício do poder punitivo. Conforme assinala ROXIN, "do conceito de bem jurídico não se desprende nada que não se possa derivar já das funções do Estado e dos direitos fundamentais ainda sem tal conceito; mas o mesmo amarra os resultados daqueles e obriga a submeter de antemão todo preceito penal à luz das limitações constitucionais".[94]

É certo que, partindo dessas considerações, são construídas diferentes concepções do bem jurídico, que admitem um alcance mais amplo ou mais restrito à intervenção penal. Também entre os estudiosos que adotam essa postura influem as dificuldades decorrentes das tendências político-criminais das legislações penais contemporâneas, que os dividem entre aqueles que pretendem abrir um espaço para acolher, no todo ou em parte, as novas criminalizações e aqueles que as rechaçam.

Não se pretende, neste pequeno espaço que se dedica a tão complexa questão, apresentar um conceito preciso, mas apenas estabelecer uma diretriz, que será seguida no tratamento de problemas pertinentes ao objeto de estudo. A orientação assinalada não se mostra apta a dar uma resposta definitiva a numerosos questionamentos que se encontram na pauta de discussões quanto à teoria do bem jurídico, mas fornece parâmetros para

---

[93] Seguem esse ponto de vista, em linhas gerais: DIAS, *Direito Penal*, cit., p. 114; DIAS, Direito Penal e Estado..., cit., p. 43; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Derecho Penal*, cit., p. 490; HEFENDEHL, El bien jurídico, cit., p. 401; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Curso de Derecho Penal*: parte general. Madrid: Universitas, 1996. V. 1, p. 327; ROXIN, *Derecho Penal*, cit., p. 56; ROXIN, *A proteção de bens jurídicos...*, cit., p. 18 e 19; ROXIN, El concepto..., cit.; RUDOLPHI, Los diferentes aspectos..., cit., p. 339 a 341; SCHÜNEMANN, La teoría de la..., cit., p. 74 e 75; SCHÜNEMANN, O princípio da proteção..., cit., p. 37. Essa concepção goza, também, de uma validação histórica, pois corresponde à ideia de limitação do poder estatal derivada do pensamento jurídico-racional do Iluminismo, que está na base do modelo de Estado de Direito e do constitucionalismo e inspira em grande parte as constituições atuais, além de vincular-se estreitamente à busca de um conceito material de delito desde suas primeiras manifestações, a partir do paradigma do contrato social, que determina que o Estado somente deve intervir nos direitos e liberdades do indivíduo na medida indispensável à garantia de uma vida livre e segura em comunidade. Cf. DIAS, *Direito Penal*, p. 123; ROXIN, Que comportamentos..., cit., p. 32; ROXIN, *A proteção de bens jurídicos...*, cit., p. 16 e 17; ROXIN, Sobre o recente debate..., cit., p. 185; SCHÜNEMANN, O princípio da proteção..., cit., p. 28 e ss.; SCHÜNEMANN, La teoria de la protección..., cit., p. 74 e 75; GARCIA-PABLOS, *Derecho Penal*, cit., p. 488 e 489

[94] ROXIN, *Derecho Penal*, cit., p. 57.

delimitações relevantes e ulteriores concreções e destaca o vínculo entre o objeto de tutela da norma penal e a vítima, na medida em que ressalta que a proteção de bens jurídicos individuais tem em vista a proteção da pessoa, como reflexo dos princípios fundamentais da ordem jurídica.

Além de proporcionar parâmetros para a crítica do direito positivo, o bem jurídico desempenha um papel capital na dogmática, como base da interpretação das normas penais.

Com efeito, o primeiro passo na aplicação de qualquer tipo penal é a identificação do bem jurídico a que se refere, o que constitui fator de grande relevo para a compreensão dos limites de sua incidência. Não se trata de manejar um conceito imanente ao sistema, que se identifique com a *ratio legis*, qualquer que seja. O conceito político-criminal deve influenciar a função dogmática do bem jurídico, já nesse primeiro momento.[95] Uma vez que é por meio do processo exegético que se determinam, precisamente, os contornos da matéria de proibição, o conteúdo material do bem jurídico se reflete na compreensão do injusto penal, abrindo caminhos para uma análise mais profunda que a mera expressão literal da lei. Conforme observa SCHÜNEMANN "no que se refere ao processo de interpretação, pode-se dizer que a ideia de bem jurídico é a um só tempo imanente e crítica".[96]

O bem jurídico constitui o elemento central do tipo penal e, portanto, deve condicionar o seu sentido, determinando, decisivamente, o âmbito do punível.[97] Para que se afirme a tipicidade, é necessária a exata correspondência entre o fato e a descrição legal, mas essa relação não é suficiente para concluir essa etapa. A incidência da norma exige, também, à verificação de uma lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico, que constitui pressuposto indispensável do injusto penal.[98] De acordo com essa ideia reitora, são formuladas diversas hipóteses de atipicidade da conduta, não obstante a conformidade formal entre o fato e a figura típica, dentre os quais podem mencionar-se o princípio da adequação social e o princípio da insignificância.

---

[95] Pode-se destacar a importância de uma concepção político-criminal na identificação do bem jurídico tutelado, particularmente, quando a norma penal suscite dúvidas a respeito dessa questão. Para ilustrar com um exemplo, Mezger assinala esse problema no crime de aborto: de acordo com a lei, esse tipo penal protege a vida em desenvolvimento, mas também desempenhariam um papel nesse preceito os pontos de vista político-demográficos. Cf. MEZGER, *Derecho Penal*, cit., p. 158. Caso se prescinda de um conceito de bem jurídico crítico à legislação, qualquer interpretação do objeto de tutela dessa norma seria, em princípio, aceitável, devendo-se recorrer a métodos de interpretação histórica ou teleológica que permitam concluir o fim que o legislador procurou atingir ao promulgá-la. Do contrário, ao menos a opção interpretativa de que a norma tutela a política demográfica poderia ser prontamente descartada, sob o argumento de que não constitui um bem jurídico.

[96] SCHÜNEMANN, La teoría de la protección..., cit., p. 69.

[97] SCHÜNEMANN, O princípio da proteção..., cit., p. 78; SCHÜNEMANN, La teoria de la protección..., cit., p. 77; HEFENDEHL, El bien jurídico, cit., p. 401.

[98] Nesse sentido, cf. FERNANDEZ, *Bien jurídico*..., cit., p. 160; ROXIN, *Derecho Penal*, p. 560; TAVARES, *Teoria do injusto penal*, cit., p. 198 e 199; BECHARA, *Da teoria do bem jurídico*..., cit., p. 162.

Dessa forma, o bem jurídico impõe parâmetros para a aferição da legitimidade da intervenção penal, que devem orientar a atividade do legislador e a crítica a normas penais vigentes, e influencia, significativamente, a delimitação dos contornos do injusto penal.

1.3.3 A imputação objetiva

Nas últimas décadas, difundiu-se o entendimento de que os tipos penais demandam a verificação de critérios de imputação, que permitam estabelecer o vínculo entre o sujeito à matéria de proibição. Subjacente a essa tendência está a conscientização de que o Direito Penal não se contenta com a recepção de dados do mundo natural, pois não lhe incumbe a explicação de fenômenos nesse marco, mas a atribuição de responsabilidade a alguém.[99]

A teoria da imputação objetiva, que vem suscitando grande polêmica na doutrina estrangeira e, mais recentemente, também nacional, tem como ideia central que somente se deve atribuir um injusto ao agente se for possível afirmá-lo como obra sua. O tipo objetivo, relegado a segundo plano sob a influência do finalismo, em decorrência da importância que essa corrente confere ao aspecto subjetivo na resolução de problemas de tipicidade, retorna, então, ao centro das atenções.

Essa teoria se desenvolve, em princípio, com vistas à intricada relação entre a conduta e o resultado. Conforme ROXIN, maior responsável pela moderna sistematização e

[99] Alguns autores afirmam, inclusive, que a ideia central da dogmática jurídico-penal consiste no juízo de valor que se resume na ideia de imputação, como relação específica entre o injusto e a sanção. Nessa abordagem ampla da imputação, que recebe distintas formas, trata-se de compreender o delito como um problema de atribuição de um determinado fato a uma pessoa, na qualidade de responsável por ele. Assim, como destaca Gonzalo Férnandez, afirma-se que a teoria do delito não é mais que uma teoria da imputação. Cf. FERNÁNDEZ, *Bien jurídico...*, cit., p. 92. Esse conceito global de imputação se evidencia na construção de Jakobs, que denomina a teoria geral do delito, da realização do tipo à culpabilidade, como "teoria da imputação". JAKOBS, *Derecho Penal*, cit., p. 153. Hruschka, por sua vez, propõe uma diversa compreensão do delito a partir da ideia de imputação. O autor entende equivocado o esquema tradicional de tipicidade-antijuridicidade-culpabilidade, concebendo, com base na diferenciação entre regras de comportamento e regras de imputação, uma estrutura delitiva tripartida em que se distingue entre o primeiro nível de imputação, no qual são imputados os fatos e as circunstancias relevantes para o eventual juízo de antijuridicidade, o próprio juízo de antijuridicidade e, por fim, o segundo nível de imputação, na qual se imputa o fato antijurídico à culpabilidade. HRUSCHKA, Joachim. Reglas de comportamento y reglas de imputación. Tradução do alemão de Francisco Baldó Lavilla. In: HRUSCHKA, Joachim. *Imputación y Derecho Penal:* estúdios sobre la teoría de la imputación. Navarra: Aranzadi, 2005. A questão da imputação objetiva, inserida em uma perspectiva ampla da imputação, corresponderia apenas a um momento de um processo mais abrangente, que envolve todos os aspectos da teoria do delito, nos quais, naturalmente, também existe algo correspondente à parte objetiva, embora sua delimitação nem sempre seja clara. Sobre essa acepção ampla de imputação e a sua distinção da imputação objetiva, cf. FRISCH, Wolfgang. La imputación objetiva: estado de la cuestión. Tradução do alemão de Ricardo Robles Planas. In: ROXIN, Claus et al. *Sobre el estado de la teoría del delito:* Seminario en la Universitat Pompeu Fabra. Madrid: Civitas, 2000, p. 31 e 32.

desenvolvimento da imputação objetiva, a elaboração de princípios gerais para o esclarecimento das características que deve apresentar a relação entre o sujeito e o resultado para que este possa ser imputado àquele é a tarefa mais importante que o tipo objetivo apresenta à teoria do delito.[100]

Enquanto, nos crimes de mera atividade, a imputação ao tipo objetivo se dá conforme a subsunção do fato à sua descrição legal, esse processo se revela mais complexo nos crimes de resultado.[101] Nestes, é necessária, em primeiro lugar, a afirmação da causalidade entre a ação e o resultado. O CP dispõe nesse sentido, no art. 13, ao estabelecer, que o "resultado de que depende a existência do crime somente é imputável a quem lhe deu causa". A teoria da imputação objetiva, entretanto, assinala que isso não é suficiente, já no plano objetivo, para dar lugar a uma juízo negativo sobre o fato. Não basta que estejam presentes a ação, o resultado e a relação de causalidade entre ambos; são necessários também outros requisitos para que uma causação seja uma causação objetivamente típica.[102]

Segundo a teoria da equivalência das condições (*conditio sine qua non*), adotada, expressamente, pelo CP, no art. 13, considera-se causa toda condição sem a qual não se haveria produzido o resultado. Para determinar o nexo de causalidade, recorre-se à fórmula da eliminação hipotética, de acordo com a qual uma condição será causa se não puder ser suprimida mentalmente sem que desapareça o resultado. Dessa forma, não se admite nenhuma seleção entre as inúmeras condições de um resultado. Se, por exemplo, alguém conduz um automóvel em estado de embriaguez e atropela um pedestre ao ultrapassar um sinal vermelho, de acordo com a teoria da condição, são causas da lesão corporal a ultrapassagem do sinal vermelho, mas também a presença da vítima no local no mesmo momento, assim como a venda e a fabricação da bebida alcoólica ingerida pelo agente.[103]

Essa teoria sofreu, então, diversas críticas devido à sua abertura ao "regresso infinito", pois, de acordo com seus termos, também condutas absolutamente estranhas ao fato, que o determinem de forma tortuosa ou fortuita, podem ser incluídas na sua explicação e, portanto, seriam objetivamente típicas. A amplitude excessiva que assumiam os tipos dos crimes de

---

[100] ROXIN, *Derecho Penal*, cit., p. 304.

[101] Delitos de resultado são aqueles nos quais é possível separar, nitidamente, no espaço e no tempo, a ação e o seu efeito, que pode ser representado por uma alteração ou por uma situação de perigo do objeto da ação, tal como se dá nos crimes de homicídio e epidemia. Por oposição a estes, nos delitos de mera atividade, não é possível essa separação, porque o resultado se esgota na ação, como se dá na injúria e no falso testemunho, em que é irrelevante que a vítima se sinta realmente ofendida ou que a decisão judicial tenha sido influenciada pela mentira proferida pela testemunha. Essa diferenciação parte de uma noção de resultado diversa daquela segundo a qual se assevera que, em todos os crimes, existe um resultado naturalístico, tendo em vista que o resultado poderia identificar-se com a própria ação, tal como assinalava Liszt.

[102] ROXIN, *Derecho Penal*, cit., p. 308.

[103] O exemplo é de Roxin, cf. ROXIN, *Derecho Penal*, cit., p. 347 e 348.

resultado em decorrência da adoção desse conceito naturalístico de causalidade conduziu a diversas iniciativas de delimitação da relação entre o a ação e o resultado, a fim de adequar a sua compreensão à aplicação da lei penal. Para promover a necessária restrição, concentraram-se os esforços, inicialmente, na própria causalidade.[104]

O ponto de partida do atual debate sobre a imputação objetiva se encontra em um famoso texto de HONIG, de 1930,[105] no qual assinala que a relação entre ação e resultado demandaria, além da causalidade, uma valoração, que lhe conferiria importância para o Direito Penal, ressaltando a imprecisão das teorias que abordaram essa questão como problema de causalidade e destacando seu caráter estritamente axiológico. Segundo HONIG, ao juízo causal, deve agregar-se o juízo da imputação objetiva, que se ocupa de aferir a "significação da relação causal para o ordenamento jurídico, medida segundo parâmetros que estão dados com o ordenamento jurídico mesmo". Tomando como ponto de partida que o Direito Penal apenas pode exigir a produção ou evitação de um resultado na medida em que sejam possíveis a quem se encontra na situação concreta, HONIG assinala, então, que é imputável ao agente o resultado "que pode ser concebido como proposto como fim", quando há a "possibilidade" de uma relação teleológica entre a conduta e o resultado, a efetiva "alcançabilidade ou evitabilidade do resultado". Dessa forma, não são imputáveis os resultados imprevisíveis, não compreendidos na direção objetiva da vontade.

---

[104] A proposta mais relevante, nessa vertente, foi dada pela teoria da causalidade adequada, que toma como ponto de partida a teoria da condição, mas apenas aceita como causa a conduta que, segundo a experiência, seja idônea para produzir o resultado típico, ou seja, que produza o resultado de modo previsível. Evita-se, então, o regresso *ad infinitum* e afastam-se os cursos causais completamente irregulares. MAURACH, *Derecho Penal*, I, cit., p. 315. Essa teoria não é, no entanto, uma teoria da causalidade, como foi originalmente apresentada por seus defensores, mas uma teoria da imputação, pois não procura estabelecer quando uma circunstância é causa de um resultado, mas determinar que circunstâncias causais são juridicamente relevantes, de modo a permitir a imputação do resultado ao agente. Nesse sentido, cf. GRECO, Luís. Imputação objetiva: uma introdução. In: ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva*. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 26; ROXIN, *Derecho Penal*, cit., p. 360; TAVARES, *Teoria do injusto penal*, cit., p. 267. Observando essa diferença, Mezger defendia a teoria da relevância jurídica como um complemento da causalidade, distinguindo causa de "responsabilidade". Conforme o autor, "también el derecho penal investiga, en cuanto a los sucesos que corresponden a su apreciación, acerca de la existência de las *relaciones causales* y adopta el *concepto general de causalidade*; es *un problema aparte* el de estabelecer si y hasta qué punto la *responsabilidade* jurídico-penal se basa en las relaciones obtenidas de esa manera". Separam-se, então, causalidade e imputação: em um primeiro momento, afirma-se que uma condição é causa de um resultado, por meio do processo de eliminação hipotética; posteriormente, afere-se a relevância penal do processo causal, por meio de uma interpretação conforme o sentido dos tipos legais e das diretrizes da adequação. MEZGER, *Derecho Penal*, cit., 109 a 114. Semelhante, WESSELS, *Direito Penal*, cit., p. 39 e ss. A moderna teoria da imputação objetiva não se opõe às teorias restritivas da causalidade; pelo contrário, toma para si muitas de suas ideias e procura desenvolvê-las e complementá-las, motivo pelo qual Frisch a qualifica como continuação ou complemento das teorias da adequação e da relevância. FRISCH, Wolfgang. Desarrollo, lineamientos y preguntas abiertas sobre la teoría de la imputación objetiva del resultado. Tradução do alemão de Cecilia Hopp. *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, Buenos Aires, n. 4, p.591-602, abr. 2011, p. 593.

[105] HONIG, Ruchard. Causalidad e imputación objetiva. Tradução do alemão de Marcelo A. Sancinetti. In: SANCINETTI, Marcelo A. (Comp.). *Causalidad, riesgo e imputacion*: 100 aos de contribuciones críticas sobre imputación objetiva y subjetiva. Buenos Aires: Hammurabi, 2009, p. 106.

A moderna teoria da imputação objetiva também parte da insuficiência da causalidade para a compreensão da relação entre ação e resultado, mas se distancia consideravelmente da orientação de HONIG. A construção dogmática que começou a ser elaborada por ROXIN, no começo da década de 1970, inserida em sua proposta de estruturar o delito de acordo com as finalidades do Direito Penal, associa a imputação objetiva à ideia de risco de lesão a um bem jurídico. Ao substituir a dirigibilidade por parâmetros de risco, essa teoria abrange aquela, mas vai além, pois abre o caminho para um amplo leque de critérios normativos.[106]

Vêm-se consolidando na doutrina, progressivamente, dois princípios de regência da imputação objetiva: 1) a conduta deve criar um risco juridicamente desaprovado; 2) esse risco juridicamente desaprovado deve realizar-se no resultado. Dessas premissas, são extraídos desdobramentos para diversos grupos de casos.

A criação de um risco juridicamente desaprovado é julgada *ex ante*, com base na prognose póstuma objetiva,[107] enquanto a realização do risco no resultado, é analisada *ex post*, com recurso a todos os dados fáticos relevantes, inclusive àqueles que não seriam reconhecíveis no momento da conduta.[108] Se não é criado um risco juridicamente desaprovado, o agente fica isento de pena; se é criado, mas não se realiza no resultado, pode ser punido pela tentativa, de acordo com as circunstâncias do fato.

Dessa forma, no exemplo do sobrinho que, interessado na herança do tio, convence-o a fazer uma viagem de avião, na esperança de que venha a falecer no percurso, se a morte efetivamente ocorrer, embora presente o nexo causal, não lhe pode ser imputada, pois ele não criou um risco juridicamente desaprovado, a menos que conhecesse circunstâncias que favorecessem esse desdobramento, como a existência de uma bomba no avião. Por outro lado, no exemplo daquele que desfere um tiro contra outrem, que morre em um incêndio no hospital ao qual foi conduzido em seguida, a despeito da causalidade, o óbito também não lhe pode ser imputado, pois ele criou um risco juridicamente desaprovado, mas esse risco não se realizou no resultado.

---

[106] Nesse sentido, cf. CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima*, cit., p. 82; GRECO, Imputação objetiva, cit., p. 58; FRISCH, La imputación objetiva..., cit., p. 24; ROXIN, Claus. Problemas de la imputación objetiva. Tradução do alemão de Pablo Guillermo Lucero. *Revista de Derecho Penal*, Buenos Aires, n. 2, p.13-35, 2010, p. 14.

[107] A prognose póstuma objetiva é formulada no marco da teoria da adequação, como critério de avaliação da previsibilidade do resultado, segundo o qual é previsível tudo aquilo que um homem prudente, dotado dos conhecimentos médios e dos conhecimentos especiais de que o agente eventualmente disponha, no momento da ação, considere como tal.

[108] GRECO, Imputação objetiva..., cit., p. 85; ROXIN, *Derecho Penal*, cit., p. 367.

Na teoria da imputação objetiva desenvolvida por ROXIN e seus seguidores, os critérios pertinentes se vinculam à função protetiva do Direito Penal.[109] O seu fundamento se encontra na ideia de que o tipo penal deve orientar-se à proteção de bens jurídicos, o que só se alcança se as ações proibidas forem aquelas que ultrapassem o risco permitido e se o risco realizado no resultado for aquele criado pelo agente.[110] Desse modo, conforme observa ROXIN, a teoria promove a integração do princípio da proteção de bens jurídicos e seu necessário equilíbrio com a liberdade individual na estrutura do delito: com base na exigência de uma lesão ou risco de lesão ao bem jurídico, estabelece o âmbito de proibição da norma penal através da ponderação dos interesses de proteção e dos interesses de liberdade.[111]

Assim, em primeiro lugar, apenas pode afirmar-se a imputação objetiva se a conduta criar um risco juridicamente desaprovado. Da função de proteção que incumbe ao Direito Penal e da consequente exigência de uma referência lesiva no delito, deduz-se que as normas penais somente podem proibir ações que se revelem objetivamente perigosas para o bem jurídico; do contrário, haveria um desvirtuamento da esfera de proibição e, por conseguinte uma interferência desnecessária na liberdade de cada um. Por outro lado, nem todas as ações perigosas são proibidas, mas apenas aquelas que ultrapassam o risco permitido, que se determina de acordo com uma ponderação entre o interesse na proteção do bem jurídico e o interesse na liberdade. Nessa ordem, consoante entendimento amplamente difundido, não há imputação objetiva nos casos em que há uma diminuição do risco, em que não há a criação de um risco juridicamente relevante ou em que o risco criado é permitido.[112]

---

[109] Nesse sentido, cf. ROXIN, Claus. Problemas de la..., cit., p. 25; ROXIN, Claus. El injusto penal en el campo de tensión entre protección de bienes jurídicos y libertad individual. Tradução do alemão de Raúl Pariona Arana. In: REYNA ALFARO, Luis Miguel (Coord.). *Derecho Penal y modernidad*. Lima: Ara, 2010, p. 124 a 127; ROXIN, *Derecho Penal*, cit., p. 365 e ss.; RUDOLPHI, Hans Joachim. El fin del derecho penal del estado y las formas de imputación jurídico-penal. In: SCHÜNEMANN, Bernd (coord.). *El sistema moderno del Derecho Penal*: cuestones fundamentales. Estudios em honor de Claus Roxin em su 50º aniversario. Tradução do alemão de Jesús María Silva Sánchez. Madrid: Tecnos, 1984, p. 109; GRECO, Imputação objetiva..., cit., p. 89; GRECO, Luis. *Um Panorama da Teoria da Imputação Objetiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 24;

[110] GRECO, Imputação objetiva..., cit., p. 89. Há alternativas a essa fundamentação dos critérios da teoria da imputação objetiva. Nesse sentido, Juarez Tavares a rechaça, tendo em vista que a norma penal não deve ser compreendida em seu momento protetivo, haja vista que essa função é empiricamente indemonstrável e legitimante da incriminação, mas apenas em um sentido limitador do poder punitivo. Não obstante, acolhe a teoria da imputação objetiva, sob outro viés: não haverá imputação quando o fato se situar além dos limites do que é proibido. Os critérios da imputação são válidos como critérios normativos na medida em que possam acentuar essa função delimitadora, segundo o princípio da integridade racional da ordem jurídica. TAVARES, *Teoria do injusto penal*, cit., p. 281 e 282.

[111] ROXIN, El injusto penal..., cit., p. 124

[112] Alguns autores falam apenas em criação de um risco juridicamente desaprovado, enquanto outros distinguem entre casos de criação do risco e risco juridicamente permitido. Roxin adverte a dificuldade de delimitação entre esses casos, mas assinala que essa insegurança carece de consequências práticas para a teoria, uma vez que tanto a ausência de criação de risco como a causação no marco do risco permitido impedem a realização do tipo objetivo. Um ponto de apoio para a distinção pode encontrar-se na existência de regras de cuidado, como as

Em segundo lugar, verificando-se o risco juridicamente desaprovado e a causalidade entre a conduta e o resultado, a imputação objetiva exige outro vínculo, consistente na correspondência entre o risco criado e o risco que se realizou no resultado. O Direito Penal não pode punir o agente por um resultado que não tem relação com o risco que criou, que não poderia ser previsto ou evitado através da omissão da ação proibida ou que reflete a realização de outros riscos, como riscos gerais da vida ou riscos criados por outrem, porquanto, em qualquer desses casos, a imposição de pena não lograria promover a proteção de bens jurídicos. Para aferir a realização do risco no resultado, são invocados critérios como o fim de proteção da norma de cuidado e o comportamento alternativo conforme ao Direito.

Embora a moderna teoria da imputação objetiva esteja associada, em sua origem, a problemas relativos à causalidade nos crimes de resultado, a configuração que recebe, sob o influxo do princípio da proteção de bens jurídicos, ultrapassa a relação entre ação e resultado, incorporando cada vez mais questões que repercutem no alcance do tipo penal. Seus parâmetros compreendem a indicação dos cursos causais relevantes, mas também determinam quais são lícitos e quais não. Como observa TAVARES, a teoria promove, já no âmbito da tipicidade, a antecipação de um juízo de antijuridicidade.[113]

A pertinência dos referidos critérios ao tipo condiciona-se, então, a uma concepção que o tome como uma categoria que articula juízos de valor, descrevendo aquilo que, em regra, considera-se proibido e apenas se pode justificar diante de determinadas circunstâncias. Conforme FRISCH, uma teoria da imputação objetiva que coloca como questão básica a pergunta pela relevância jurídica do risco criado pelo agente e sua realização abrange, no fundo, "todos os aspectos materiais que se expõem – depois da ação (entendida em sentido estrito) e antes da justificação excepcional – a favor e contra a relevância de determinados cursos".[114]

A despeito das divergências entre os defensores de uma imputação objetiva normativamente orientada quanto a determinadas questões, há uma grande difusão de seus princípios básicos na doutrina. No entanto, essa orientação teórica também enfrenta críticas de muitos estudiosos, sobretudo de adeptos do finalismo,[115] que, além de objeções a aspectos

---

relativas ao trânsito, à prática de esportes perigosos etc., pois uma regulação normativa demonstra que a atividade envolve um risco juridicamente relevante. cf. ROXIN, *Derecho Penal*, cit., p. 366 e s. e 371 e s.

[113] TAVARES, *Teoria do injusto penal*, cit., p. 281.

[114] FRISCH, Wolfgang. Lo fascinante, lo acertado y lo problemático de la teoría de la imputación objetiva del resultado. Tradução do alemão de Marcelo A. Sancinetti. In: SANCINETTI, Marcelo A. (Comp.). *Causalidad, riesgo e imputacion*: 100 aos de contribuciones críticas sobre imputación objetiva y subjetiva. Buenos Aires: Hammurabi, 2009, p. 348, 362 e 363.

[115] A concepção da imputação objetiva tal como formulada por Honig, que fala em fim objetivamente perseguível ou dominabilidade do curso causal, não é diretamente atingida nessas considerações críticas. Pelo

pontuais, asseveram, essencialmente, que as soluções propostas no marco da imputação objetiva não dizem respeito ao tipo objetivo, que seriam desnecessárias no delito culposo e, ademais, inadequadas no delito doloso.

KAUFMANN e STRUENSEE destacam que as questões envolvidas na criação do risco juridicamente desaprovado não se resolvem no plano do tipo objetivo, pois, frequentemente, a sua configuração depende do conhecimento do agente acerca de certas circunstâncias da situação concreta. A análise do aspecto subjetivo seria, portanto, essencial e dispensaria a análise de critérios de imputação objetiva.[116]

Os partidários da teoria admitem a procedência parcial dessa crítica, tendo em vista que os conhecimentos especiais do agente são, com efeito, relevantes para determinar o risco juridicamente desaprovado, mas não aceitam a conclusão de que, por isso, devem negar-se as limitações objetivas da tipicidade e o acerto da teoria nesse propósito. Essa objeção pressupõe um sistema no qual cada elemento se encontra, invariavelmente, em certa posição na estrutura do delito, segundo um esquema de separação taxativa entre o objetivo e o subjetivo, ao qual não se adéqua o juízo sobre a criação de um risco juridicamente desaprovado. O sistema deve, no entanto, tomar o fato como um todo, para aferir até que ponto um elemento objetivo ou subjetivo é relevante para a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade, mesmo que analisado de uma perspectiva diversa a cada momento. Assim, nada obsta a que fatores subjetivos tenham influência no tipo objetivo, se relevantes para a compreensão da conduta objetivamente proibida.[117]

Ademais, os críticos assinalam que os critérios de imputação objetiva não representam qualquer acréscimo à teoria do delito culposo, pois a relação entre ação e resultado decorreria de sua dogmática própria: a criação do risco juridicamente desaprovado não adicionaria nada à violação do dever objetivo de cuidado, tampouco a relação de risco ao nexo de antijuridicidade entre essa violação e o resultado. Segundo HIRSCH, a teoria da imputação

---

contrário, esses critérios são amplamente reconhecidos e efetivamente utilizados pelos críticos como alternativas de exclusão de cursos causais irregulares, ainda que os situem em outras categorias.

[116] KAUFMANN, Armin. Atribución objetiva en el delito doloso? Tradução do alemão de Joaquín Cuello. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, v. 38, n. 3, p.807-826, set./dez. 1985, p. 816 e ss.; STRUENSEE, Eberhard. Acerca de la legitimación de la imputación objetiva como categoría complementaria del tipo objetivo. Tradução do alemão de Fabricio Guariglia. *Revista peruana de ciencias penales*, Lima, v. 3, n. 6, p.751-772, jun. 1998, p. 765; STRUENSEE, Eberhard. Atribución objetiva e imprudencia. Tradução do alemão de José Luis Serrano González de Murillo. *Revista de Derecho Penal***,** Buenos Aires, n. 2, p.195-206, 2002, p. 196.

[117] FRISCH, La imputacion..., cit., p. 57 e 58; GRECO, Imputacao objetiva..., cit. p. 106 a 108; ROXIN, Claus. Finalidad e imputación objetiva. Tradução do alemão de Enrique Casas Barquero. *Cuadernos de Política Criminal*, Madrid, n. 40, p.131-146, 1990, p. 145; ROXIN, Problemas de la imputación objetiva, cit., p. 28

objetiva "constitui unicamente uma recompilação, inspirada em clausulas gerais, de pontos particulares que estão condicionados pela estrutura especifica do delito culposo."[118]

Para os defensores, porém, essa objeção é irrelevante, uma vez que implica o reconhecimento dos pressupostos da imputação objetiva, mesmo que com denominação diversa.[119] Como ressalta FRISCH, no âmbito dos delitos culposos, os pilares fundamentais da teoria estão amplamente aceitos, pois, a despeito das divergências terminológicas, existe um amplo acordo na questão de fundo.[120]

Por fim, os opositores consideram a imputação objetiva inadequada ao delito doloso. Os problemas a que essa teoria pretende oferecer uma resposta poderiam ser resolvidos, da mesma forma, por outros meios – como o dolo ou outras contruções objetivas –, insistindo-se na suficiência do sistema do injusto penal edificado pelo finalismo para tanto, de modo que o acolhimento das balisas da imputação objetiva representaria uma inserção desnecessária e indevida de critérios imprecisos na dogmática do delito doloso.[121]

Nessa linha, STRUENSEE defende uma solução com base no dolo para o mencionado caso do sobrinho, aduzindo que o dolo deve abranger o contexto da causalidade e só está presente em um prognóstico sobre o curso causal suficientemente configurado pelo conhecimento de circunstâncias que justificam a sua aceitação, o que não se dá no exemplo.[122] HIRSCH, por sua vez, admite que os questionamentos a que faz frente a teoria da imputação objetiva dizem respeito à parte objetiva do tipo, mas sustenta que esta corresponde ao começo da execução da ação definida na norma penal, que se dá quando o agente, diretamente ou através de um instrumento, disponha-se à execução da lesão segundo seu próprio plano. Dessa forma, poderiam resolver-se os casos de falta de influência do agente no fato, como o do sobrinho, e de desvio do curso causal, como o do incêndio no hospital, nos quais, já na parte objetiva, não haveria uma ação de matar, pois, para que se considerasse presente em relação ao resultado de morte, seria necessário o domínio do evento causal.[123]

Contra essas objeções, os adeptos da teoria destacam que as alternativas apresentadas se aproximam de suas próprias bases. A remissão dos casos problemáticos ao dolo não seria convincente, porquanto a sua ausência apenas reflete a ausência do tipo objetivo: no exemplo

---

[118] HIRSCH, Hans-Joachim. Acerca de la teoria de la imputación objetiva. Tradução do alemão de Daniel R. Pastor. In: HIRSCH, Hans-Joachim. *Derecho Penal*: obras completas. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2002. T. 2, p. 46 e ss. e 61.
[119] GRECO, Imputação objetiva..., cit., p. 109 e 110; FRISCH, Lo fascinante..., cit., p. 357.
[120] FRISCH, La imputación..., cit., p. 43.
[121] KAUFMANN, Atribución objetiva..., cit., p. 810 e 811.
[122] STRUENSEE, Acerca de la legitimación..., cit., p. 757 e ss.
[123] HIRSCH, Acerca de la teoría..., cit., p. 53 a 56.

mencionado, nega-se um dolo de homicídio, precisamente, porque uma causação de morte casual não se considera, no plano objetivo, um homicídio. Assim, essa via de solução implica a admissão de elementos objetivos além da causalidade, embora apresentados sob uma roupagem subjetiva,[124] o que se reconhece inclusive entre os finalistas.[125] O recurso a outras construções objetivas, por sua vez, representa o reconhecimento da insuficiência da perspectiva subjetiva para a delimitação do injusto penal e a aceitação do ponto central da teoria. A divergência diz respeito, então, prioritariamente, à forma que assumem os pressupostos objetivos do tipo penal – de um lado, fala-se em criação de risco juridicamente desaprovado e de sua realização; de outro, em início de execução ou domínio do fato – decorrente da busca por critérios de aparência ontológica que permitam chegar às conclusões postuladas pela imputação objetiva. Assim, os defensores da teoria destacam que a controvérsia é, mais uma vez, predominantemente terminológica e que os finalistas também já a aceitaram, mesmo que não de forma expressa.[126]

A procedência das pretensões que norteiam a teoria da imputação objetiva se evidencia na busca de outros caminhos para chegar às mesmas respostas, não apenas quanto a cursos causais extremamente improváveis. Também outras linhas argumentativas procuram delimitar o alcance da proibição a partir de parâmetros normativos. Há pontos de contato, por exemplo, entre a imputação objetiva e a teoria da adequação social formulada por WELZEL – frequentemente apontada, inclusive, como precursora daquela –, que se aproxima da ideia de risco permitido quanto aos suas bases e aos problemas que soluciona.[127] Orientação semelhante se faz, também, presente na "tipicidade conglobante" que ZAFFARONI coloca ao lado da "tipicidade sistemática", com base na qual afasta-se a adequação típica quando não se verifique a conflitividade do pragma típico.[128]

---

[124] FRISCH, Lo fascinante..., cit., p. 367 e 368; FRISCH, La imputación..., cit., p. 53 e 54; ROXIN, *Derecho Penal*, cit., p. 362 e 363; ROXIN, Finalidad e imputación objetiva, cit., p. 134.

[125] Como visto, Hirsch admite que, nos casos em que a teoria da imputação objetiva nega a criação de um risco juridicamente relevante, existem déficits já no plano objetivo, que apenas se refletem no plano subjetivo. Cf. HIRSCH, Acerca de la teoría..., cit., p. 40 a 44.

[126] FRISCH, La imputación..., cit., p. 54 e 55; FRISCH, Lo fascinante..., cit., p. 369; GRECO, Imputação objetiva..., cit., p. 114 e 115. Semelhante, SCHÜNEMANN, Bernd. Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva. Tradução do alemão de Mariana Sacher. In: SCHÜNEMANN, Bernd**.** *Temas actuales y permanentes del Derecho Penal después del milenio.* Madrid: Tecnos, 2002, p. 95 e 96.

[127] Destacam a similitude entre a teoria da imputação objetiva e a adequação social: CANCIO MELIÁ, Manuel. Teoría final de la acción e imputación objetiva: consideraciones sobre la teoría de la adecuación social. *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, Buenos Aires, v. 2, n. 3, p.77-99, 1996; GRECO, Imputação objetiva..., cit., p. 30 e ss.; ROXIN, El injusto penal..., cit., p. 128; SCHÜNEMANN, Consideraciones sobre la teoría..., cit., p. 75.

[128] A conflitividade demanda uma lesividade objetivamente imputável a um agente, ou seja, de um lado, a lesividade, como afetação significativa de um bem jurídico compreendida no alcance proibitivo da norma, em função da ordem normativa da qual faz parte, e, de outro, a sua imputabilidade objetiva ou pertinência a um agente, que se identifica com a ideia de dominabilidade objetiva do curso dos fatos, em caso de autoria, ou de

Em qualquer caso, trata-se de estabelecer filtros normativos ao tipo objetivo. As críticas dirigidas à teoria da imputação objetiva, portanto, não infirmam seus aspectos essenciais e tornam-se secundárias diante dos fundamentos materiais das limitações que estabelece ao âmbito do punível, calcados na função do Direito Penal.

Por outro lado, contrariando a doutrina dominante, FRISCH destaca que, embora se fale, muitas vezes, em imputação objetiva *do resultado*, muito do que se desenvolve no marco dessa teoria diz respeito não ao resultado, mas ao comportamento típico. A seu ver, é necessária uma teoria que se ocupe de enunciar os pressupostos sob os quais um comportamento deve considerar-se proibido sob a ameaça de pena, ou seja, uma teoria do comportamento típico, reservando-se à teoria da imputação do resultado a tarefa de determinar quando o agente pode ser punido por um delito consumado. À primeira, incumbiriam as questões referentes à criação de um risco juridicamente desaprovado e, à segunda, apenas aquelas atinentes à relação entre o comportamento e o resultado, reunindo a relação de causalidade e a relação de risco.[129]

Esse visão quanto ao objeto dos princípios da imputação objetiva encontra acolhida em um setor crescente da doutrina. Com efeito, ao tratar da criação de um risco juridicamente desaprovado e da realização do risco no resultado, a teoria refere-se não apenas a problemas específicos da conexão entre a conduta e o resultado, mas também à delimitação do que se considera conduta típica, introduzindo elementos valorativos que concorrem para determinar os limites da liberdade de ação.

Não obstante, feito esse esclarecimento, não se faz necessário adotar a divisão entre uma "teoria do comportamento típico" e uma "teoria da imputação objetiva do resultado", como pretende FRISCH. Basta advertir que a teoria da imputação objetiva opera em dois níveis: a demarcação das fronteiras entre condutas proibidas e permitidas, na qual introduz a criação de um risco juridicamente desaprovado, e a relação entre a conduta e o resultado, na qual exige, ao lado da causalidade, a realização do risco no resultado.[130]

---

contribuição causal não banal ou inócua, em caso de participação. ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal*: parte geral. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 483 a 486.

[129] FRISCH, Wolfgang. *Comportamiento típico e imputación del resultado*. Tradução do alemão de Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid; Barcelona: Marcial Pons, 2004.

[130] No mesmo sentido, GRECO, *Um Panorama...*, cit., p. 19 e 20; CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima*, cit., p. 83 e 84. Semelhante, SCHÜNEMANN, Consideraciones..., cit., p. 81. Também Jakobs divide a sua teoria da imputação objetiva em dois níveis: de um lado, a imputação objetiva do comportamento, que trata de delimitar o comportamento socialmente perturbador, a partir de critérios como o risco permitido e o princípio da confiança; de outro, a imputação objetiva do resultado, que trata de aferir se o resultado é a continuação desse comportamento. JAKOBS, *A imputação objetiva...*, cit., p. 76 e 77.

Embora a teoria da imputação objetiva suscite desavenças e sofra críticas persistentes, seus postulados essenciais encontram uma aceitação crescente na doutrina e começam a apresentar-se também na jurisprudência. Apoiando-se no princípio da proteção de bens jurídicos, essa teoria oferece uma via frutífera para a delimitação da conduta típica e da atribuição do resultado segundo critérios normativos, de modo a atender à difundida pretensão de restringir o alcance da norma penal de forma coerente com a função que lhe incumbe.

1.3.4 Desvalor da ação e desvalor do resultado

De uma perspectiva material, referindo-se ao que é negativamente valorado pelo legislador nos diversos preceitos penais, a doutrina trata da distinção entre o desvalor da ação e o desvalor do resultado. O questionamento central da discussão acerca das dimensões de desvalor do injusto penal diz respeito à definição do que constitui sua base: o juízo sobre a ação dirigida à lesão a bens jurídicos, sobre a lesão a bens jurídicos em si mesma, ou sobre ambos.

A relevância do desvalor da ação e do desvalor do resultado apenas passou a ser objeto de análise nesses termos e a receber especial atenção com o desenvolvimento do finalismo. A questão subjacente, no entanto, fez-se presente ao longo do desenvolvimento dogmático do moderno sistema do Direito Penal.[131] Nas primeiras décadas do século XX, uma vez que a ação era definida com base na causação do resultado e que causá-lo é ser *conditio sine qua non* de sua ocorrência, toda ação sem a qual o resultado não houvesse ocorrido seria uma ação típica. Assim, essa vertente teórica reconhecia apenas o desvalor do resultado.[132]

O finalismo promoveu uma significativa modificação dessa perspectiva, por meio da concepção pessoal do injusto, que o vê como obra de determinada pessoa. Uma vez que o dolo e outros elementos subjetivos se integram ao tipo, este não se esgota na causação de um estado juridicamente indesejado; também a ação, com suas orientações subjetivas, constitui o injusto. Conforme WELZEL, a lesão do bem jurídico tem importância, no Direito Penal, somente dentro de uma ação antijurídica; o desvalor da ação representa o elemento geral de

[131] ROXIN, *Derecho Penal*, cit., p. 320.
[132] GRECO, *Um panorama...*, cit., p. 11.

todos os delitos, enquanto o desvalor do resultado carece de independência e pode faltar, sem que se comprometa o desvalor da ação.[133] Tanto o delito doloso quanto o delito culposo exigem, portanto, um desvalor da ação, embora estruturado de forma diversa em cada caso: no primeiro, como direção finalista real do acontecer externo; no segundo, como violação do dever objetivo de cuidado.[134] Essa concepção se impôs amplamente na dogmática penal.

Os argumentos em favor da relevância do desvalor da ação e do resultado gravitam em torno do sentido que se confere à concepção da norma penal,[135] à determinação de seu conteúdo e destinatário. Como desdobramento do debate sobre a separação entre injusto penal e culpabilidade, a essência daquele é, usualmente, atrelada à qualificação dos preceitos penais como norma de valoração ou norma de determinação, ou ambas.

Segundo MEZGER, o injusto penal se erige sobre uma norma de valoração. O Direito determina que certas situações da convivência humana são conformes à ordem jurídica e, portanto, devem ser, e que outras não o são e, portanto, devem não ser. A norma de valoração materializa essa ordenação da vida, integrando uma soma de juízos de valor a partir dos quais se pode julgar o atuar humano.[136] Em contrapartida, concebida como norma de determinação, a norma penal representa uma proposição dirigida a pessoas, das quais requer determinada conduta, impondo-lhes deveres. Nesse viés, o Direito pretende orientar a um determinado querer, antes que se realize uma ação que possa ser valorada como antijurídica, o que tem como consequência a posição central da vontade da ação na antijuridicidade do fato, pois reflete a vulneração do mandato ou proibição contidos no preceito.[137]

A doutrina atualmente dominante entende que o injusto penal se constitui de desvalor da ação e desvalor do resultado,[138] baseando-se em uma norma de determinação, que se dirige

---

[133] WELZEL, *Derecho Penal Alemán,* cit., p. 70 e 71; WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal*. Tradução de Luiz Regis Prado. 2. ed. rev. e at. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 82.
[134] WELZEL, *Derecho Penal Alemán,* cit., p. 136 e 137.
[135] TAVARES, *Teoria do injusto penal*, cit., p. 301.
[136] MEZGER, *Derecho Penal*, cit., p. 133 e 134.
[137] JESCHECK, *Derecho Penal*, cit., p. 213 e 214.
[138] Alguns autores questionam a distinção entre desvalor da ação e desvalor do resultado não porque o injusto penal se constituiria apenas de um ou outro, mas porque entendem que há uma integração entre ambos. Para Hirsch, nos delitos dolosos de resultado, o desvalor do resultado é a conclusão material do desvalor da ação: uma ação consumada consiste na realização voluntária das circunstâncias objetivas perseguidas, de modo que o alcance do correspondente desvalor depende dos elementos objetivos do tipo que devem ser compreendidos pela vontade, ou seja, todos aqueles relativos ao desvalor sobre a lesão do bem jurídico, com a inclusão do resultado. O desvalor da ação se prolonga, então, até a consumação do tipo, de forma que o desvalor da ação pleno diferencia-se do relativo à tentativa, apenas parcial. HIRSCH, Los conceptos…, cit., p. 248 e ss. Roxin, por sua vez, sustenta que o desvalor da ação e o desvalor do resultado seriam inseparáveis, porquanto a ação típica, como unidade de fatores internos e externos, é o objeto da norma de determinação e de valoração na qual se baseia o injusto. Em um delito de homicídio, por exemplo, o resultado de morte deve ser considerado componente da ação de matar e, assim, objeto da proibição de matar. Na tentativa, já não haveria uma ação de matar, mas apenas uma ação de tentativa de matar. ROXIN, *Derecho Penal,* cit., p. 324.

aos indivíduos e estabelece o que devem fazer ou deixar de fazer, bem como em uma norma de valoração, que o toma como lesão ao bem jurídico. As proposições jurídicas apresentam, então, um duplo caráter: enquanto a infração da norma de determinação fundamenta o desvalor da ação, a infração da norma de valoração fundamenta também o desvalor do resultado.[139] Não obstante, esses conceitos suscitam controvérsias, quer quanto ao seu papel, quer quanto à compreensão de cada um.

Que o injusto penal não é pura lesão ou colocação em perigo de um bem jurídico não se discute atualmente, pois o Direito não valora negativamente o resultado por si só, mas apenas aquele que se associa a uma ação humana.[140] No entanto, uma orientação com raízes no finalismo, assumindo uma posição diametralmente oposta à decorrente da teoria causal, pretende fundamentá-lo, exclusivamente, no desvalor da ação, compreendido segundo um viés estritamente subjetivo.[141] A finalidade contrária ao dever se torna a única dimensão de desvalor do injusto penal, que se realiza, portanto, desde que o potencial agente suponha encontrar-se frente aos elementos do tipo. Os partidários dessa corrente, dentre os quais se destacam KAUFMANN e ZIELINSKI, admitem que o legislador atribui um significado ao resultado para a imposição da pena, mas entendem que esse condicionamento está fora do injusto penal, considerando-o uma condição objetiva de punibilidade.[142]

A partir de sua compreensão do injusto penal como ação final que viola a norma de conduta, KAUFMANN exclui a relevância do resultado nos delitos culposos, sob o argumento de que não é condição necessária para a violação da norma e não se pode legitimar o respectivo desvalor com base em argumentos racionais. O injusto dos delitos culposos se fundamenta, então, unicamente, na violação do dever de cuidado e na ausência de causas de

---

[139] ROXIN, *Derecho Penal*, cit., p. 322 a 324; WOLTER, Jürgen. Imputación objetiva y personal a título de injusto. In: SCHÜNEMANN, Bernd (coord.). *El sistema moderno del Derecho Penal*: cuestones fundamentales. Estudios em honor de Claus Roxin em su 50º aniversario. Tradução do alemão de Jesús-María Silva Sánchez. Madrid: Tecnos, 1984, p. 111 e s.; GRECO, Imputação objetiva..., p. 80 e 85.

[140] Cf. GALLAS, Wilhelm. *La teoría del delito en su momento actual*. Tradução do alemão de Juan Cordoba Roda. Barcelona: Bosch [196-?], p. 54 e 55; JESCHECK, *Derecho Penal*, cit., p. 213 e 214; MAURACH; ZIPF, *Derecho Penal*, I, cit., p. 343.

[141] Embora Welzel concebesse o injusto com base no desvalor da ação e no desvalor do resultado, abriu o caminho para o desenvolvimento dessa orientação subjetivista extrema por alguns de seus seguidores, ao ressaltar, quanto ao delito culposo, que o injusto consiste, sobretudo, no desvalor da ação e que o desvalor do resultado teria um caráter meramente limitativo, destacando, entre as condutas que não correspondem ao cuidado devido, aquelas que são relevantes para o Direito Penal. Cf. WELZEL, *O novo sistema...*, cit., p. 84.

[142] Quanto ao delito culposo, KAUFMANN, Armin. Sobre el estado de la doctrina del injusto personal. Tradução do alemão de Leopoldo H. Schiffrin. *Nuevo pensamiento penal*, Buenos Aires, v. 4, 5/8, p.159-181, 1975, p. 177; KAUFMANN, Armin. El delito culposo. Tradução do alemão de Moisés Moreno H. *Nuevo pensamiento penal*, Buenos Aires, v. 5, 9/12, p. 467-486, 1976, p. 471; ZIELINSKI, Diethart. *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito:* análisis de la estructura de la fundamentación y exclusión del ilícito. Tradução do alemão de Marcelo A. Sancinetti. Buenos Aires: Hammurabi, 1990, p. 240 e ss.

justificação.[143] Ademais, segundo KAUFMANN, a exigência de idoneidade da tentativa não serve de parâmetro para a medida do desvalor da ação. Só o sentido que o agente dá ao fato determina o substrato valorativo do juízo de antijuridicidade, de modo que também a tentativa supersticiosa constituiria injusto penal, embora, nesse caso, a pena não seja cabível porquanto desnecessária ante a carência de objeto da prevenção.[144]

Essa corrente teve a sua expressão mais elaborada em ZIELINSKI, que, seguindo KAUFMANN, sustenta que o injusto, quer em delitos dolosos, quer em delitos culposos, esgota-se na prática de uma ação final, contrária ao Direito, dirigida à lesão do bem jurídico, isto é, no desvalor da ação; a lesão efetiva do bem jurídico é apenas um evento juridicamente indesejado, decorrente de uma ação ilícita ou da casualidade. Além de não fundamentar o injusto penal, o desvalor do resultado tampouco poderia agravá-lo, quer através de uma elevação do desvalor da ação, quer de uma função própria: de um lado, porque não se verifica um vínculo entre a finalidade e o resultado, uma vez que este pode produzir-se por circunstâncias alheias àquela, que, consequentemente, não podem ser integradas ao desvalor da ação; de outro, porque a norma transgredida no delito consumado apenas pode ter por objeto uma ação final tendente à lesão do bem jurídico como tal, e não o contexto objetivo do desvalor da ação, de modo que se confunde com a norma da tentativa, frente à qual carece de qualquer efeito de regulação.[145] Negada toda a significação do resultado para o injusto penal, conforme ZIELINSKI, a sua relevância decorre de razões atinentes à necessidade da pena, exercendo as funções de intermediário entre a ação proibida e a comunidade, assim como de indício de gravidade daquela.[146]

Além de argumentar no mesmo sentido com base na teoria do bem jurídico, SANCINETTI sustenta essa posição a partir da concepção de JAKOBS, segundo a qual o Direito Penal tem por função assegurar as expectativas normativas e, apenas mediata e eventualmente, proteger bens jurídicos. Ao destacar que a conduta do agente questiona a expectativa de respeito a determinados objetos, expressando que a norma que os protege não rege para si, bem como que incumbe ao sistema penal ratificar a vigência da norma, segundo

---

[143] KAUFMANN, Sobre el estado..., cit., p. 169 e 177; KAUFMANN, El delito culposo, cit., p. 471 e 485. No mesmo sentido, SCHAFFSTEIN, Friedrich. Disvalor de acción, disvalor de resultado y justificación en los delitos imprudentes. Tradução do alemão de Marcelo A. Sancinetti. In: SANCINETTI, Marcelo A. (Comp.). *Causalidad, riesgo e imputacion*: 100 aos de contribuciones críticas sobre imputación objetiva y subjetiva. Buenos Aires: Hammurabi, 2009, p. 222 a 224.
[144] KAUFMANN, Sobre el estado..., cit., p. 161 e 162.
[145] ZIELINSKI, *Disvalor de acción...*, cit., p. 143 e ss.
[146] ZIELINSKI, *Disvalor de accion...*, cit., p. 240 e ss.

aquele autor, essa visão teria como consequência a negação da relevância do desvalor do resultado no injusto penal.[147]

Resumidamente, então, essa corrente argumenta que somente ações, e não produções de resultados, podem ser exigidos ou vedados pela ordem jurídica, de modo que o resultado não integra a proibição ou mandato e, portanto, tampouco o injusto penal. A ocorrência ou não do resultado depende, em grande medida, do azar; a parte do evento dominada pelo agente é a conduta, como tentativa ou infração da norma de cuidado. Assim, ao conferir-se um tratamento diferenciado à conduta que logra alcançar o resultado, atribui-se ao agente não apenas a causa que interpôs voluntariamente, mas todas as demais. Político-criminalmente, uma concepção coerente do injusto penal erigido apenas sobre o desvalor subjetivo da ação teria como consequência uma equiparação entre a consumação e a tentativa acabada[148] e um favorecimento a tipos penais culposos que não exigem um resultado, cingindo-se apenas à violação do dever de cuidado.[149]

---

[147] Cf. SANCINETTI, Marcelo A. Por qué un concepto de ilícito penal sin desvalor de resultado permite una dogmática más racional. *Revista peruana de ciencias penales*, Lima, n. 15, p.431-452, 2004, p. 435; SANCINETTI, Marcelo A. SANCINETTI, Marcelo A. Por qué un concepto de ilícito penal sin desvalor de resultado permite una dogmática más racional. *Revista peruana de ciencias penales*, Lima, n. 15, p.431-452, 2004, p. 54 e 55. Não é essa, no entanto, a opinião de Jakobs, para quem a polêmica em torno na pertinência do resultado ao injusto apenas tem sentido se entendida como polêmica acerca de que conceito de injusto serve melhor à sistematização de um Direito Penal que se propõe à estabilização de expectativas: um ao qual pertença o resultado ou outro ao qual não pertença o resultado. A seu ver, para um injusto como base da pena, o resultado só seria irrelevante se a idoneidade que se mostra nele fosse irrelevante para a pena, o que não ocorre, como se deduz do Direito vigente e se torna manifesto na ampla impunidade da tentativa nos fatos culposos, na possibilidade de atenuação na tentativa e na redução mais ampla da punibilidade na tentativa insensata. Essas regulações legais não estão desacertadas, porquanto "no importa la significación individual de las conductas, sino su significación social, y la significación social no se deduce de la mente del autor, sino que ha de deduzirse a partir del hecho, en la mente del autor". JAKOBS, *Derecho Penal*, cit., p. 201 e ss.

[148] Segundo essa corrente, não tem sentido uma distinção entre delito consumado e delito tentado, uma vez que, em ambos os casos, a ação final é contrária ao dever e infringe a norma. Apenas é relevante, para o injusto penal, que a ação alcance a sua execução total ou não. Se o agente realiza todo o exigível segundo o seu plano, o desvalor da ação está completo. A partir do momento em que se atinge a tentativa acabada, não se faz mais presente qualquer componente voluntário, mas apenas fatores casuais, que não podem ser imputados ao agente. Por outro lado, não é seguro, antes da conclusão da ação contrária ao direito, que o objeto do juízo de valor será realizado em toda a sua extensão, ou seja, não se demonstrou, ainda, plenamente, o seu poder de realização. Na tentativa inacabada, portanto, não se realiza o completo desvalor da ação. cf. KAUFMANN, Sobre el estado..., cit., p. 169 e 170; SANCINETTI, Por qué un concepto..., cit., p. 434; SANCINETTI, SANCINETTI, Marcelo A. Responsabilidad por acciones o responsabilidad por resultados. *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, Buenos Aires, v. 2, 1/2, p.51-72, abr. 1996, p. 62 e ss.; ZIELINSKI, *Disvalor de acción...*, p. 163.

[149] Nesse sentido, Kaufmann assinala que "adquiere creciente significado *la culpa ineficaz*" e critica o dogma causal como obstáculo a "toda proteção penal efetiva" em face da necessidade de atender aos múltiplos riscos para a vida e a integridade corporal que decorrem das mudanças no mundo circundante, para o quê sequer seria suficiente o conceito dominante de perigo, pois exige em cada caso particular também a existência e uma lei causal que ameace realizar-se. A doutrina do injusto pessoal ofereceria uma saída, na medida em que se erige sobre o desvalor da ação no marco da culpa carente de resultado. KAUFMANN, Sobre el estado..., cit., p. 178

Essa construção do injusto penal é rechaçada pela doutrina dominante, inclusive por adeptos da tradição finalista.[150] Já em suas consequências essa orientação apresenta dificuldades, na medida em que conduz a equiparações – entre delito doloso consumado e tentativa inidônea acabada; entre delito culposo com e sem resultado – que contrariam não apenas o senso de justiça dominante, mas também a ordem jurídica estabelecida, e promovem uma excessiva restrição da liberdade individual.[151]

Também são questionáveis os argumentos principais apresentados pelos partidários dessa concepção. É certo que não há desvalor do resultado sem desvalor da ação, uma vez que a lesão do bem jurídico, como tal, não pode ensejar, por si só, a reação penal. No entanto, ao inferir-se dessa premissa que o injusto penal se constitui unicamente de uma ação dirigida à lesão do bem jurídico, opera-se um salto da imprescindibilidade do desvalor da ação para a irrelevância do desvalor do resultado.[152] Conforme ROXIN, a assertiva de que apenas se podem proibir ações, e não resultados, somente é correta na perspectiva de que resultados não podem ser proibidos independentemente de ações, tampouco enquanto desdobramentos eventuais e imprevisíveis destas; no entanto, o Direito Penal, "pode proibir resultados que suponham realizações planificadas de ações puníveis ou a consequência adequada de infrações do cuidado devido".[153] Embora uma casualidade possa interferir de modo a impedir o resultado que, do contrário, decorreria de uma ação, isso não significa que, quando ocorre, não tenha qualquer relação com esta. Como assinala HIRSCH, quando alguém dispara contra outro, não se pode dizer, seriamente, que a morte é casual; o curso causal que o agente põe em marcha até a ocorrência do resultado não é mero acaso.[154]

A doutrina majoritária adota diversos caminhos para fazer frente a essa concepção. Tratando-se de estabelecer os paradigmas pelos quais se deve orientar o conteúdo do injusto penal, não se podem desconsiderar aspectos materiais a respeito dos fundamentos e

---

[150] Dentre outros, cf. CEREZO MIR, José. El tipo de lo injusto de los delitos de acción culposos. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Madrid, v. 36, n. 3, p.471-504, set./dez. 1983, p. 495; HIRSCH, Hans-Joachim. Los conceptos de "desvalor de acción" y "desvalor de resultado o sobre el estado de cosas". Tradução do alemão de Eduardo Demetrio Crespo. In: HIRSCH, Hans-Joachim. *Derecho penal:* obras completas. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2002. T. 3, passim; MAURACH; ZIPF, *Derecho Penal*, I, cit., p. 271 e ss.; STRATENWERTH, Günther. *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el derecho penal*. Tradução do alemão de Marcelo A. Sancinetti e Patricia S. Ziffer. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2006, p. 50 e 59.

[151] Corroborando essa crítica, cf. HIRSCH, Los conceptos..., cit., p. 241; ROXIN, *Derecho Penal*, cit., p. 323 e 32; STRATENWERTH, *Disvalor de acción*..., cit., p. 76.

[152] STRATENWERTH, *Disvalor de acción*..., cit., p. 69.

[153] ROXIN, *Derecho Penal*, cit., p. 324.

[154] HIRSCH, Los conceptos..., cit., p. 240; HIRSCH, Sobre lo injusto..., cit., p. 214. Semelhante, STRATENWERTH, *Disvalor de acción*..., cit., p. 70 e 71.

parâmetros de legitimidade da incriminação, sobretudo a limitação da intervenção penal à medida de sua necessidade para a proteção de bens jurídicos.[155]

O pensamento subjetivista radical, ao basear o injusto penal na representação do agente, suprime o significado de sua dimensão social, na qual matar alguém não é, em absoluto, equivalente a apenas realizar uma conduta que não tem qualquer possibilidade de atingir um resultado ou infringir uma norma de cuidado. Levada às últimas consequências, essa vertente teria que identificar o injusto penal já na decisão de agir contrariamente à norma, convertendo-o em reprovação ético-social e estabelecendo um Direito Penal de atitude interna. Ao conferir-se o mesmo tratamento à ação que acarreta a lesão do bem jurídico e à ação que viola um dever, mas não atinge essa consequência, a punição se vincula à mera desobediência.[156]

Em um Direito Penal orientado para a proteção de bens jurídicos, se a ação que contraria a norma culmina em uma lesão, realiza-se, precisamente, o que o ordenamento jurídico pretende impedir por meio da incriminação, o que justifica um desvalor do resultado adicional ao desvalor da ação na constituição do injusto penal.[157] Nessa linha, o juízo acerca da necessidade de pena é significativamente influenciado pela produção do resultado: em sua ausência, como regra, não se faz necessária uma reação penal, ressalvados os âmbitos em que, excepcionalmente, cabe a criação de delitos de perigo. Essas diferenças se veem eliminadas por uma concepção que ignora o desvalor do resultado.[158]

Uma vez que os questionamentos suscitados pela discussão acerca da contraposição entre desvalor da ação e desvalor do resultado dizem respeito às fronteiras do âmbito do punível quanto à forma de execução do injusto penal, a sua articulação dogmática deve relacioná-los à teoria da imputação.[159]

Partindo do princípio da proteção de bens jurídicos, o desvalor da ação, quanto a seu conteúdo, deve compreender-se em vista da danosidade do resultado cuja evitação constitui o

---

[155] GRECO, *Um panorama...*, cit., p. 92.

[156] Nesse sentido, cf. HIRSCH, Los conceptos..., cit., p. 241; HIRSCH, Sobre lo injusto..., cit., p. 214; JAKOBS, *Derecho Penal*, cit., p. 203; ROXIN, *Derecho Penal*, cit., p. 326; TAVARES, *Teoria do injusto penal*, cit., p. 302 e 305.

[157] GRECO, *Um panorama...*, cit., p. 92. Semelhante, GALLAS, *La teoria del delito...*, cit., p. 54; HIRSCH, Sobre lo injusto..., cit., p. 212.

[158] ROXIN, *Derecho Penal*, cit., p. 326.

[159] Nesse sentido, manifesta-se Juarez Tavares, para quem, diante da relação direta entre os princípios da imputação objetiva e a forma de execução do injusto, "toda a matéria referente ao desvalor do ato e ao desvalor do resultado perde significado como elemento autônomo de sua configuração, quer dizer, a questão da norma determinativa ou proibitiva, de um lado, e da norma valorativa, de outro, perde a importância que a doutrina tradicional lhe dispensa". Cf. TAVARES, *Teoria do injusto penal*, cit., p. 302 a 304. De forma semelhante, embora concebendo o desvalor da ação e o desvalor do resultado como inseparáveis, manifesta-se Roxin, assinalando que esses aspectos devem guardar entre si uma relação que se caracteriza pela imputação objetiva. ROXIN, *Derecho Penal*, cit., p. 324.

fim da proibição. Como assevera WOLTER, o injusto penal não se erige sobre a vontade, mas sobre o fato: a ação não aparece proibida, como objeto de um enunciado jurídico de desvalor, por expressar uma desobediência ao Direito, mas devido à possibilidade real de lesão ou de colocação em perigo de um bem jurídico que se associa a ela.[160] A integração dessas considerações ao desvalor da ação é proporcionada pelos desenvolvimentos da teoria da imputação objetiva.[161] Assim, além do dolo e das demais especificidades subjetivas típicas da ação incriminada, compõe o desvalor da ação a criação de um risco juridicamente desaprovado para o bem jurídico, como decorrência da função de proteção que incumbe ao Direito Penal.[162] Nesse sentido, assiste razão a FRISCH, ao destacar que a questão central da teoria da imputação objetiva é o desvalor da ação. Por sua vez, o desvalor do resultado, que tem por base a lesão ao bem jurídico, demanda não apenas a causalidade, mas também uma relação estreita entre o resultado e o risco criado.[163]

O vínculo necessário entre as duas valorações que compõem o injusto penal também se infere do princípio da proteção de bens jurídicos e de sua articulação dogmática por meio dos postulados da imputação objetiva: a proteção se dirige contra determinadas ações, de modo que apenas se concebe o desvalor do resultado em relação ao desvalor da ação. Se o resultado se produzir de forma alheia às razões que ensejam a proibição da conduta, não se faz presente a íntima conexão que deve existir entre as dimensões de desvalor do injusto penal e, portanto, não se pode falar em desvalor do resultado.[164]

---

[160] Wolter fala em um injusto da conduta ou injusto da intenção, que se verificaria com a infração da norma de conduta, e de um injusto do risco, que exigiria a criação de um risco ao bem jurídico, os quais, conjuntamente, comporiam o injusto da ação e, por conseguinte, o objeto da norma de proibição. WOLTER, Imputación objetiva..., cit., p. 110 e 111.

[161] A exigência de uma parte objetiva no desvalor da ação não se encontra apenas entre os partidários da teoria da imputação objetiva. Em sua construção peculiar do injusto nos delitos dolosos, segundo a qual o desvalor da ação abrangeria já o desvalor do resultado, Hirsch sustenta que uma ação real não pode explicar-se de modo puramente subjetivo, exigindo uma transformação do conteúdo da vontade na realidade objetiva; nem mesmo através da atribuição de caráter constitutivo do injusto ao desvalor do resultado se sanaria o equívoco da determinação apenas subjetiva do desvalor da ação. Quanto aos delitos culposos de resultado, também deve diferenciar-se, segundo o autor, desde o ponto de vista objetivo, entre as circunstâncias objetivas da ação contrária ao dever de cuidado, de um lado, e o resultado que se produz como consequência, de outro. Cf. HIRSCH, Los conceptos..., cit., p. 243; HIRSCH, Sobre lo injusto..., cit., p. 212.

[162] Nesse sentido, cf. GRECO, *Um Panorama...*, cit., p. 21 e ss; RUDOLPHI, El fin del Derecho Penal..., cit., p. 91; WOLTER, Imputación objetiva y personal..., p. 110 e 111.

[163] Nesse sentido, RUDOLPHI, El fin del Derecho Penal..., cit., p. 92. Essa observação se encontra também entre os autores que não aderem aos postulados da teoria da imputação objetiva, mormente no tocante ao delito culposo, ao exigir-se que o resultado se produza precisamente como consequência da infração do cuidado devido. Conforme Hirsch, uma vez que a contrariedade ao cuidado é uma categoria normativa, o resultado está vinculado ao injusto através de exigências de imputação, de modo que, do ponto de vista da relação condicional entre ação e resultado no delito culposo, a teoria da imputação objetiva encontra um âmbito de aplicação legitimo. HIRSCH, Sobre lo injusto..., cit., p. 212 e ss. e 225. Cerezo Mir, por sua vez, vale-se, para estabelecer esse vínculo, também do critério do fim de proteção da norma de cuidado, usualmente invocado no âmbito dessas teorias. Cf. CEREZO MIR, El tipo de lo injusto..., cit., p. 495 e ss.

[164] Cf. GRECO, *Um Panorama...*, cit., p. 93 e 94; ROXIN, *Derecho Penal*, cit., p. 325.

1.4 **A vitimodogmática**

Como alternativa de abordagem geral ao tema deste estudo, cumpre considerar, detidamente, as correntes vitimodogmáticas. Na década de setenta do século passado, começaram a aparecer, na dogmática penal, as influências das investigações vitimológicas, mormente dos estudos sobre as diversos formas de colaboração da vítima para a gênese do delito, que sugerem uma interpretação dinâmica das relações entre ela e o agente.[165] Essas reflexões, questionando a posição tradicional da vítima como mero objeto passivo sobre o qual recai o delito e indicando que essa visão pode acarretar uma sobrecarga punitiva para o agente, chamaram a atenção de teóricos do Direito Penal e introduziram um novo ponto de vista na discussão doutrinária

As correntes vinculadas, em maior ou menor medida, à introdução da perspectiva vitimológica na dogmática penal, no tocante à intervenção da vítima no fato, são comumente agrupadas sob a denominação "vitimodogmática", ou "dogmática orientada para o comportamento da vítima".[166] A ideia central dessas contribuições consiste em examinar a contribuição da vítima para o delito e determinar até que ponto e em que termos a sua "corresponsabilidade" deve repercutir na valoração jurídico-penal da conduta do agente, de modo a atenuar ou afastar a punição, como desdobramento de princípios gerais de limitação da intervenção penal.[167]

O desenvolvimento dos postulados vitimodogmáticos teve lugar, essencialmente, na interpretação de determinados tipos penais da Parte Especial. O ponto de partida dessa abordagem consistiu, de uma parte, na análise do conceito de erro como elemento típico na fraude (§263, StGB), que, segundo uma interpretação restritiva de caráter teleológico, estaria excluído em caso de dúvidas concretas da vítima, e, de outra, na delimitação da qualificação

---

[165] BONET ESTEVA, *La víctima...*, cit., p. 61 e 62.

[166] A perspectiva vitimodogmática se desenvolveu sobretudo na Alemanha. Na Espanha, esse pensamento é acolhido, embora com variações frente às construções dos autores alemães, por Silva Sánchez. Cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. La "victimo-dogmatica" en el Derecho Extranjero. In: BERISTAIN IPIÑA, Antonio. *Victimologia***.** San Sebastian: Universidad Del Pais Vasco, 1989, p. 107. No Brasil, Greco considera o princípio vitimodogmático "essencialmente correto". Cf. GRECO, *Um Panorama...*, cit., p. 68.

[167] A respeito, cf., CANCIO MELIÁ, Manuel. Reflexiones sobre la victimadogmática en la teoría del delito. *Revista peruana de ciencias penales,* Lima, n. 9, p.131-176, 1999, p. 136 e 137; TAMARIT SUMALLA, Josep M. *La víctima en el Derecho Penal:* de la víctimo-dogmática a una dogmática de la víctima. Pamplona: Aranzadi, 1998, p. 20; ROXIN, *Derecho Penal*, cit., p. 562; SILVA SÁNCHEZ, La consideración..., cit., p. 168 e 173; SILVA SÁNCHEZ, La víctima en el futuro de la dogmática. In: BERISTAIN IPIÑA, Antonio. *Victimologia***.** San Sebastian: Universidad Del Pais Vasco, 1989, p. 234; SILVA SÁNCHEZ, La "victimo-dogmatica"..., cit., p. 107.

de autor na violação de segredos privados (§203, StGB),[168] ambas desenvolvidas com base no argumento de que não há necessidade de proteção penal do bem jurídico – e, portanto, não é legítima a intervenção penal – quando a vítima possa proteger-se por si mesma.

Outro desdobramento dessa ideia se encontra em que uma falsificação de moeda não pode configurar crime se o produto não aparentar, efetivamente, ser autêntico e válido, ou seja, se não for apto a enganar no tráfego monetário. Também estaria presente na interpretação do "mal severo" do constrangimento ilegal, no qual se deve tomar como parâmetro, para aferir a idoneidade da ameaça para cercear a liberdade de decisão, o destinatário sensato ou razoável, e não o especialmente sensível, de modo que não há crime se for exigível que a ameaça seja suportada por todos no contato social.[169] Em ambos os casos, limita-se o âmbito da proteção penal do bem jurídico por considerações de merecimento e necessidade. Seria possível, assim, interpretar restritivamente diversos tipos penais, submetendo-os a uma redução teleológica.

As aproximações vitimodogmáticas são sintetizadas no chamado "princípio vitimológico", que, conforme SCHÜNEMANN, seu principal impulsor, consiste na "regra de interpretação para eliminar do âmbito da penalização, no marco da interpretação permitida dos tipos, todo comportamento frente ao qual a vítima [...] não merece nem necessita de proteção", ou seja, frente ao qual possa proteger a si mesma.[170] Dessa forma, assinala que o Direito Penal não deve intervir quando a prevenção de lesões a bens jurídicos incumbe ao seu titular, quando este desatende a seus próprios interesses, quando é responsável pelo dano social.

Trata-se de um ponto de vista que deve ser inserido no nível do injusto penal, como princípio regulador para a interpretação, introduzindo considerações sobre necessidade e merecimento da proteção e da pena. Esse princípio é construído por via dedutiva, a partir de considerações relativas à missão do Direito Penal e a parâmetros de limitação do poder punitivo estatal. Conforme SCHÜNEMANN, deriva diretamente "do princípio de *ultima ratio* e

---

[168] SCHÜNEMANN, Bernd. El sistema del ilícito jurídico-penal: concepto de bien jurídico y victimodogmática como enlace entre el sistema de la parte general y la parte especial. Tradução do alemão de Mariana Sacher. *Revista de Derecho Penal***,** Buenos Aires, n. 1, p.97-133, 2003, p. 107 e 108; SCHÜNEMANN, Bernd. El papel de la víctima dentro del sistema de justicia criminal: un concepto de tres escalas. Tradução do alemão de Luis M. Reyna Alfaro. In: SCHÜNEMANN, Bernd; PRITTWITZ, Cornelius. *La víctima en el sistema penal:* dogmática, proceso y política criminal. Lima: Grijley, 2006, p. 26. Uma referência às contribuições iniciais desenvolvidas no marco da vítimodogmática encontra-se em BONET ESTEVA, *La víctima...*, cit., p. 64 e ss.; ROXIN, *Derecho Penal*, cit., p. 563; TAMARIT SUMALLA, *La vítima...*, cit., p. 21 e ss.

[169] Esses exemplos referem-se aos §§146 e 240, StGB, respectivamente. Cf. SCHÜNEMANN, El sistema del ilícito..., cit., p. 122 a 125.

[170] SCHÜNEMANN, El sistema del ilícito..., cit., p. 108.

da resultante exigência de que o emprego do Direito Penal deve ser necessário para a proteção do bem jurídico".[171]

Nessa perspectiva, veiculam-se interpretações dos princípios da subsidiariedade ou proporcionalidade, expressos na ideia de *ultima ratio*, segundo as quais é ilegítima a intervenção penal se houver meios menos drásticos para alcançar o fim, entre os quais se insere a possibilidade de autotutela. Em outras palavras, a limitação do Direito Penal deve proceder-se não apenas frente a outros ramos do ordenamento jurídico, mas também frente a outros meios sociais de evitar o fato e, em particular, a possíveis meios de autodefesa que estejam à disposição do titular do bem jurídico. Dessa forma, conclui-se que não cabe a imposição da pena perante ataques contra os quais possa proteger-se por si mesmo.[172]

A vítima tem, então, um dever de autoproteção, cujo não cumprimento leva à perda da tutela penal do bem jurídico. Segundo os defensores da vitimodogmática, esse dever se refere à capacidade de evitar perturbações ao bem jurídico com as próprias forças; não se estende a medidas que impossibilitam a sua participação no processo social, mas apenas àquelas possíveis, razoáveis, usuais e exigíveis.[173] Neste caso, se a vítima não se protege, não merece a proteção penal; a conduta do agente não é penalmente relevante.

Ademais, destaca-se que a máxima vitimodogmática também decorre da "lógica das condições por trás da eficiência intimidatória", pois, se o dano social resulta da conduta da vítima, ela deve ser "dissuadida de comportar-se de forma socialmente danosa", o que se pode alcançar melhor por meio da negação da proteção penal diante do descuido relativo aos próprios interesses.[174]

Uma vez que o princípio vitimodogmático consiste em uma concretização de princípios ligados à ideia de *ultima ratio*, a inobservância das possibilidades de proteção do bem jurídico que se apresentam ao titular na norma penal conduziria à sua inconstitucionalidade. O legislador, no entanto, não precisa expressar-se a respeito, uma vez que, na Parte Especial, apenas se ocupa de formular tipos penais, e não princípios gerais, de modo que a introdução dessa máxima diz respeito à correta interpretação de cada preceito. São apontados exemplos, por outro lado, em que considerações vitimodogmáticas

---

[171] SCHÜNEMANN, El sistema del ilícito..., cit., p. 108.

[172] Nesse sentido, cf. SCHÜNEMANN, El sistema del ilícito..., cit., p. 108. Explicitando essa argumentação, cf. BONET ESTEVA, *La víctima...*, cit., p. 67 e 68; CANCIO MELIÁ, Manuel. Reflexiones..., cit., p. 154; HASSEMER, Consideraciones..., cit., p. 247; ROXIN, *Derecho Penal*, cit., p. 564; SILVA SÁNCHEZ, La consideración..., cit., p. 174; SILVA SÁNCHEZ, La "victimo-dogmatica"..., cit., p. 110; TAMARIT SUMALLA, *La vítima...*, cit., p. 21 e ss.

[173] SILVA SÁNCHEZ, La consideración..., cit., p. 174; SILVA SÁNCHEZ, La "victimo-dogmatica"..., cit., p. 110.

[174] SCHÜNEMANN, El papel de la víctima..., cit., p. 26 e 27.

influenciaram o legislador, por exemplo, na sistemática dos delitos contra a propriedade, em que são diferenciados níveis de punibilidade, desde a apropriação indébita, passando pelo furto simples, até chegar ao furto qualificado, com base na intensidade do nível de proteção da vítima quanto à sua propriedade.[175]

O âmbito de aplicação que se confere ao princípio vitimológico não é claro. A despeito das variações doutrinárias, um marco geral de delimitação se encontra na distinção entre "delitos de relação" e "delitos de intervenção" ou "acometimento",[176] a partir da qual se assinala que a redução do penalmente relevante por essa via apenas se refere aos primeiros. Os "delitos de relação" envolvem, necessariamente, um contato entre agente e vítima como pressuposto da realização típica, a exemplo do estelionato, em que o agente provoca um engano que faz com que a vítima lese a si mesma patrimonialmente, conferindo-lhe uma vantagem econômica. Por oposição, os "delitos de intervenção" não pressupõem uma intervenção da vítima para a consumação, mas uma ingerência do agente nos bens jurídicos, a exemplo do furto ou do homicídio.[177] Assim, nos primeiros, se a vítima, no caso concreto, não observa as medidas usuais e exigíveis de autoproteção, desaparece a necessidade de proteção penal e o agente fica isento de responsabilidade. Os adeptos da vitimodogmática destacam, ademais, que suas considerações não se estendem a delitos violentos.[178]

Grande parte dos estudos vitimodogmáticos se concentra em determinadas figuras delitivas, como a divulgação de segredos, a fraude e a apropriação indébita. No entanto, o desenvolvimento dessa corrente dá indicações de que não se limita à interpretação de tipos penais, transcendendo o campo no qual se produziram suas primeiras formulações.

Segundo SCHÜNEMANN, o domínio do princípio vitimológico é a Parte Especial, mas também desempenha um papel na Parte Geral, entre os parâmetros que orientam a delimitação do injusto penal. Trata-se de um ponto de enlace entre ambas: por um lado, constitui uma pauta de interpretação para todos os tipos penais e, nesse sentido, é geral; por outro, não representa um conceito classificatório, em que devam ser subsumidos da mesma forma diferentes casos, mas um princípio aberto, que deve ser concretizado de acordo com as particularidades de cada um. Na Parte Geral, o pensamento vitimodogmático não teria um lugar exclusivo, porquanto a raiz de seu conteúdo político-criminal pode valer em todos os níveis do delito. Assim, considerações vitimológicas podem desempenhar um papel, por

---

[175] Os exemplos mencionados referem-se aos §§ 246, 242 e 243, do StGB, respectivamente. Cf. SCHÜNEMANN, El sistema del ilícito..., cit., p. 117 e 124.
[176] Cf. SCHÜNEMANN, El papel de la víctima..., cit., p. 26 e 27.
[177] Cf. CANCIO MELIÁ, *Reflexiones sobre la...*, cit., p. 155; REYNA ALFARO, Estudio final, cit., p. 122; SILVA SÁNCHEZ, La consideración..., cit., p. 176; SILVA SÁNCHEZ, La "victimo-dogmatica"..., cit., p. 111.
[178] SCHÜNEMANN, El sistema del ilícito..., cit., p. 112 e 113.

exemplo, na determinação do bem jurídico, na imputação objetiva e nas causas de justificação.[179]

Nesse contexto, SCHÜNEMANN ressalta a relevância da interação entre a vítima e o agente em atenção aos casos de autocolocação em perigo, interpretando as soluções desenvolvidas a respeito de modo a relacioná-las ao princípio vitimológico. O autor assinala que, na imputação objetiva, mesmo antes do nascimento da vitimodogmática, o comportamento da vítima já havia recebido a atenção da doutrina e destaca que o ângulo de solução decisivo se encontra no reconhecimento vitimodogmático de que uma proteção dos bens jurídicos frente a seu titular não é possível ou conveniente através do Direito Penal. Superando as alternativas apresentadas para o tratamento dessa problemática, o princípio vitimológico não forneceria um resultado definitivo, mas uma reflexão determinante que admitiria concretização em face das particularidades do fato.[180]

Semelhante orientação se encontra nas considerações de SILVA SÁNCHEZ, que vê como exemplos de utilização de raciocínio vitimológico, na dogmática da Parte Geral, a relevância do consentimento e dos casos de autocolocação em perigo e concorrência de culpas, no âmbito dos delitos contra a vida ou a integridade física, além de admitir uma interpretação da legítima defesa sob essa perspectiva. O autor aproxima a vitimodogmática ao princípio da autorresponsabilidade,[181] assinalando que a análise do comportamento da vítima conduz à atribuição de âmbitos de responsabilidade aos envolvidos, de modo a impedir uma imputação ao agente que contradiria os princípios da fragmentariedade e da proporcionalidade.[182]

Às formulações reunidas sob o rótulo da vitimodogmática cabe o mérito de haver ressaltado importantes problemas da intervenção da vítima no delito, diante de categorias tradicionais que ocultam a sua especificidade. No entanto, recebem severas críticas da doutrina, tanto por aspectos dogmáticos, quanto político-criminais, frequentemente entrelaçados.[183]

---

[179] SCHÜNEMANN, El sistema del ilícito..., cit., p. 122 a 124.
[180] SCHÜNEMANN, Consideraciones sobre la teoría..., cit., p. 88; SCHÜNEMANN, El sistema del ilícito..., cit., p. 107, 115 e 116.
[181] A respeito do princípio da autorresponsabilidade, cf. Capítulo 3, ítem 3.3.
[182] SILVA SÁNCHEZ, La consideración..., cit., p. 178, 179, 181 e 193.
[183] As críticas aduzidas referem-se primordialmente às posturas vitimodogmáticas formuladas na Alemanha, de acordo com a orientação seguida por Schünemann, apenas tocando a proposta diferenciada de Silva Sánchez no que coincide com aquela, tendo em vista que o posicionamento deste autor o aproxima sobremaneira de outras correntes doutrinárias acerca do tratamento da intervenção da vítima, em particular, as centradas no princípio da autorresponsabilidade.

A referência ao princípio da subsidiariedade na fundamentação do princípio vitimológico encontra firme objeção,[184] porquanto lhe confere uma compreensão distinta da tradicional, que indica que o Estado não pode impor uma pena quando houver meios menos gravosos para solucionar o conflito social, mas não que deve retirar-se quando o indivíduo possa proteger-se por si mesmo, convertendo-o em assunto exclusivamente privado. Como assinala ROXIN, a pretensão de fundamentar, dessa forma, o princípio vitimológico "perverte" o princípio da subsidiariedade, desconhecendo "que os cidadãos precisamente estabeleceram o poder estatal, entre outras coisas, para desincumbir-se a si mesmos das tarefas de proteção".[185] O que é próprio do Direito Penal é o monopólio da violência por parte do Estado e a excepcionalidade da autotutela.

O recurso ao princípio da proporcionalidade, privilegiado por alguns defensores da vitimodogmática, autônoma ou conjuntamente com o princípio da subsidiariedade, também enfrenta objeções, pois, como assinala CANCIO MELIÁ, não se esclarece a razão material pela qual, em determinados casos, não seria proporcional considerar penalmente relevante a conduta do agente, com a consequente imposição de pena. A referência a esse princípio para justificar a tese vitimodogmática se afigura vazia se não se especifica a base a partir da qual se pode concluir pela desproporcionalidade da intervenção penal.[186]

Por outro lado, é duvidosa a admissibilidade de deveres de autoproteção, também presente, como se verá, em outras construções relativas à intervenção da vítima no delito. Essa argumentação supõe que cada um deve resguardar bens jurídicos de sua titularidade em prol da sociedade, de modo que, ao infringir esse dever, provoca o próprio dano social e deve sofrer, portanto, uma sanção, consistente na perda da tutela penal. É o que se evidencia ao assinalar SCHÜNEMANN que, se o dano social somente pode ser produzido mediante um comportamento da vítima que abandona seus próprios interesses, ela deve ser desalentada de sua realização.[187] Essa consideração sugere que a proteção de bens jurídicos individuais tem em vista a sociedade, e não a pessoa, o que não se coaduna com a perspectiva adotada no presente estudo. Ademais, tampouco é convincente a aplicação da ideia de "intimidação" à vítima, para que procure proteger-se, mormente porque não existem padrões normativos que indiquem quais seriam as medidas de proteção razoáveis e exigíveis em cada caso.

---

[184] Cf. CANCIO MELIÁ, Reflexiones sobre la..., cit., p. 163; ROXIN, *Derecho Penal*, cit., p. 564; TAMARIT SUMALLA, *La vítima...*, cit., p. 53 e 54. Entre os defensores da vitimodogmática, também em sentido crítico quanto a essa argumentação, SILVA SÁNCHEZ, La consideración..., cit., p. 177 e 178.
[185] ROXIN, *Derecho Penal*, cit., p. 564.
[186] CANCIO MELIÁ, *Reflexiones sobre la...*, cit., p. 165.
[187] SCHÜNEMANN, El sistema del ilícito..., cit., p. 110 e 111.

Essa consideração se enlaça com outra objeção que pode ser dirigida às formulações vitimodogmáticas: abrem uma série de questionamentos quanto ao alcance dos supostos deveres de autoproteção, o que acarreta grave insegurança jurídica, pois não há padrão seguro para estabelecer-se uma margem de tolerância.[188] As soluções assinaladas nesse marco podem decorrer, então, de uma decisão intuitiva que, diante da alternativa entre impor a pena ao agente e retirar a proteção penal da vítima, segue a segunda, possivelmente influenciada por uma tendência a penalizar vítimas que se comportam de modo reprovável.[189]

Cumpre destacar que a vitimodogmática é rechaçável sobretudo se tomada em caráter geral. Ao tratar de tipos penais específicos, como o estelionato ou a violação de segredos, os defensores desse enfoque, possivelmente, não pretendem que suas considerações sejam extensíveis a quaisquer outros; pelo contrário, delimitam a incidência do princípio vitimológico aos chamados crimes de relação e rechaçam, em especial, a sua aplicação a crimes violentos. Assim, lamentam que as suas teses sejam criticadas a partir da referência a exemplos que não levantaram.[190]

Não obstante, os termos em que é enunciado o princípio vitimológico insinuam uma generalidade. Dessa forma, a crítica que ultrapassa os limites pretendidos por seus adeptos ou os casos em que encontrou maior desenvolvimento não deixa de ser relevante: de um lado, porque pode evidenciar que não deve ser aplicado com a amplitude que sugere a sua própria formulação e, de outro, porque pode demonstrar a sua inconsistência para justificar *per se* determinadas conclusões que não são impugnadas em relação e um reduzido número de tipos penais.[191]

Frente ao princípio vitimológico, é questionável a distinção entre delitos de relação e delitos de intervenção. Diante dos termos gerais em que se expressa, não se compreende, por exemplo, por que é "óbvio" que um furto continua sendo um furto se a vítima for descuidada. A afirmação de que, na descrição legal, a intervenção da vítima que coadjuva para concretizá-lo é irrelevante[192] não se afigura suficiente para explicar o tratamento diferenciado desse caso frente a outros. Mais do que à caracterização de um delito de relação, as considerações vitimodogmáticas parecem apontar para a relevância da interação entre o agente e a vítima na situação concreta. A insegurança acerca do campo de aplicação do princípio vitimológico suscita a suspeita, como destaca CANCIO MELIÁ, de que o seu pretenso caráter dedutivo

[188] Nesse sentido, cf. TAMARIT SUMALLA, *La vítima...*, cit., p. 55 e 56.
[189] CANCIO MELIÁ, *Reflexiones sobre la...*, cit., p. 170 e 171
[190] SCHÜNEMANN, El sistema del ilícito..., cit., p. 115 e 116; SILVA SÁNCHEZ, La consideración..., cit., p. 176.
[191] TAMARIT SUMALLA, *La vítima...*, cit., p. 51 e ss.
[192] SCHÜNEMANN, El sistema del ilícito..., cit., p. 117.

oculta o procedimento inverso, isto é, a generalização de conclusões obtidas em relação a certos tipos penais em particular.[193]

Por fim, a perspectiva vitimodogmática também se submete a críticas por razões político-criminais. Uma ampla realização do princípio vitimológico não seria conveniente, porquanto, em última análise, converteria a desconfiança, o receio e a obsessão pela própria segurança na lei reguladora da convivência social.[194] Embora as medidas de autoproteção que se demandam da vítima sejam apenas aquelas exigíveis, como assinala ROXIN, mais exigível é a abstenção de intromissões por parte de terceiros em sua esfera.[195]

Os debates em torno da vitimodogmática salientam que, na análise da intervenção da vítima do delito, soluções extremas resultam insatisfatórias. É o que expressa o chamado "dilema vitimodogmático", ao qual alude SILVA SÁNCHEZ: por um lado caso se ignore o comportamento da vítima na determinação da responsabilidade penal do agente, possivelmente, dá-se uma sobrecarga a este, a quem não caberia imputar o fato por completo; por outro, caso se descarregue a responsabilidade do agente às custas da vítima, com a afirmação de sua corresponsabilidade, podem verificar-se consequências negativas, como o favorecimento de estratégias de culpabilização da vítima e, em casos extremos, uma inversão de papeis, além de um clima de tensão social no qual cada um poderia ver no outro um agressor e, em si mesmo, uma vítima favorecedora ou provocadora.[196] Essa complexa problemática merece, portanto, um tratamento dogmático cuidadoso.

1.5 **Autonomia pessoal**

A análise da intervenção da vítima no fato que afeta diretamente a si mesma, a fim de aferir a sua relevância na conformação do injusto penal e seus reflexos na responsabilidade penal de terceiros, passa, necessariamente, pelo reconhecimento de que é capaz de se autodeterminar e de que o Estado e os demais indivíduos devem respeitar a sua esfera de liberdade, em conformidade com a imagem da pessoa que constitui a orientação fundamental do ordenamento jurídico.

---

[193] CANCIO MELIÁ, *Reflexiones sobre la...*, cit., p. 161.
[194] REYNA ALFARO, Estudio final, cit., p. 123 e 124; TAMARIT SUMALLA, *La vítima...*, cit., p. p. 56.
[195] ROXIN, *Derecho Penal*, cit., p. 565.
[196] SILVA SÁNCHEZ, La consideración..., cit., p. 170.

Autonomia significa "ter ou fazer as próprias leis", autolegislação, autodeterminação, autogoverno, independência; e pressupõe, quer como condição fática, quer como direito, a correspondente capacidade.[197] Essa ideia reflete a compreensão da pessoa como alguém que pode conduzir sua vida conforme seus preceitos, sua consciência e sua vontade, tomando suas decisões, definindo suas ações e mantendo opiniões baseadas em seus próprios valores e princípios.

Essa visão se encontra na base da ordem constitucional vigente. Na CF de 1988, verifica-se, em face das Constituições, anteriores, uma quebra com ideias de uma moralidade social garantida pelo Direito Público, os quais, na história nacional, representam caminhos abertos para a arbitrariedade e a opressão. A convivência social atual é caracterizada pelo pluralismo, de modo que não se pode considerar o indivíduo como imerso em um universo fechado de convicções morais, mas em uma realidade cuja complexidade lhe permite a faculdade de reflexão e dissenso, conduzindo a uma tendência à cooperação social fundada no respeito e tolerância.[198]

Como observa SARMENTO, a Constituição é personalista, "continua vendo na pessoa humana e não no Estado a 'medida de todas as coisas".[199] A Lei Fundamental consagra um extenso rol de direitos fundamentais, dentre os quais numerosas liberdades pessoais e garantias procedimentais, além de sedimentar direitos sociais, que demonstram uma preocupação com a justiça social, estatuindo um Estado Democrático de Direito que tem como fundamento a dignidade da pessoa humana. A relação entre o indivíduo e o Estado é determinada em favor do primeiro.

Na compreensão subjacente aos documentos internacionais do século XX, a diversas Constituições e, também, à Constituição brasileira vigente, a dignidade da pessoa humana, concebida como fundamento e justificação dos direitos humanos, assinalando a sua existência, proteção e promoção e conferindo-lhes unidade, não representa um conceito externo ao indivíduo. Associada às ideias de universalidade e inerência à pessoa, vincula-se à autonomia, envolvendo a capacidade de cada um de, por si mesmo, empreender escolhas, autodeterminar-se, traçar planos de vida e realizá-los. O respeito à autonomia individual está, portanto, na base do ordenamento jurídico nacional.

---

[197] *Harm to self*: the moral limits of the criminal law. Nova Iorque: Oxford. 1986. V. 2, p. 27.
[198] BECHARA, *Da teoria do bem jurídico*..., cit., p. 59.
[199] SARMENTO, Daniel. Interesses públicos v. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: SARMENTO, Daniel. (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados*: descontruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 73 a 79.

Essa concepção traduz demandas pela preservação e ampliação da liberdade, exigindo que todos sejam tratados conforme suas manifestações, de modo a garantir o seu amplo desenvolvimento no meio social. A autonomia determina uma competência discricionária, uma autoridade e um direito de fazer escolhas e decidir como viver a própria vida.[200] Respeitar a pessoa enquanto tal implica, assim, reconhecer-lhe uma esfera dentro de cujos limites ela pode tomar decisões e organizar seu mundo livremente, sem interferências externas.

No âmbito intersubjetivo, a autonomia deve ser reconhecida de forma recíproca; o exercício da autonomia deve ser acompanhado do respeito à autonomia dos demais. Assim, incumbe ao ordenamento jurídico garantir à pessoa uma esfera de liberdade na qual possa autodeterminar-se no marco da legalidade, nos limites da esfera de liberdade de terceiros.

Associada a essa ideia está, ademais, a de autorresponsablidade, impondo-se uma consideração da conduta de cada um, como manifestação da autonomia individual, de modo que a pessoa apenas deve responder por sua própria conduta livre e responsável, e não pela conduta de outros.

Essas premissas devem ser observadas pelo Direito Penal, por imposição da ordem constitucional que lhe serve de diretriz. Como assinala TAVARES, na incriminação, "vigora o princípio geral de que cada qual tem a maior extensão possível de liberdade, como decorrência de sua condição de pessoa e como membro de uma comunidade democraticamente organizada, só lhe estando vedadas certas zonas de atuação, perfeitamente traçadas pela norma jurídica".[201]

Uma vez que se reconhece a autonomia do agente e da vítima, faz-se necessário atentar para ambos em sua interação recíproca. Essa observação deve, portanto, incorporar-se à norma penal, influenciando e limitando a intervenção estatal por meio da pena, de modo a repercutir na demarcação do âmbito da proibição, conforme a delimitação da extensão da liberdade de cada um. Em consonância com essa determinação está a concepção de bem jurídico apresentada, como aquilo que serve ao desenvolvimento da personalidade no meio social, decorrente da imagem da pessoa vinculada a sua autonomia e de sua consequente relação com o Estado.

---

[200] FEINBERG, *Harm to self*, cit., p. 49 e ss.
[201] TAVARES, *Teoria do injusto penal*, cit., p. 289 e 290.

1.6 **Limites da incriminação: o paternalismo e o moralismo**

A tradição liberal, por meio de uma concepção material do injusto penal, como já assinalado, pretende estabelecer limites ao exercício do poder punitivo. Nesse contexto, são rechaçados determinados argumentos como razões relevantes para a incriminação de condutas, dentre os quais se destacam aqueles apresentados pelo paternalismo e pelo moralismo jurídicos.

Essa postura, na perspectiva dos sistemas anglo-saxões, encontra uma de suas mais influentes sustentações na obra "*On Liberty*", de JOHN STUART MILL, de 1859, que abriu o caminho para uma ampla discussão, constituindo ponto de partida e referência obrigatória sobre o tema. MILL pretende, nessa obra, estabelecer um princípio muito "simples", para reger as relações da sociedade com o indivíduo na forma de compulsão e controle, quer por meio de sanções legais, quer por meio da coerção da opinião pública:

> Esse princípio é que o único fim para o qual a humanidade está justificada, individual ou coletivamente, a interferir na liberdade de ação de qualquer de seus membros, é a autoproteção. Que o único propósito pelo qual o poder pode ser legitimamente exercido sobre qualquer membro de uma comunidade civilizada, contra a sua vontade, é a prevenção de danos a outros. O seu próprio bem, quer físico, quer moral, não é uma justificativa suficiente. Ele não pode ser legitimamente compelido a fazer ou suportar porque será melhor para ele fazer isso, porque isso o fará mais feliz, porque, na opinião dos outros, fazer isso seria sábio, ou até certo. Essas são boas razões para protestar com ele, mas não para compeli-lo, ou visitá-lo com um mal caso faça diferente. Para justificar isso, a conduta da qual se pretende detê-lo deve ser calculada para produzir mal a outrem. A única parte da conduta de qualquer um, pela qual ele é responsável perante a sociedade, é aquela que concerne a outros. Na parte que concerne apenas a si mesmo, sua independência é, por direito, absoluta. Sobre si mesmo, sobre seu próprio corpo e mente, o indivíduo é, soberano.[202]

Nesse famoso excerto, alvo de numerosas interpretações, apresenta-se um princípio que, em sua aplicação, se revela prolixo, além de desdobrar-se em diversos aspectos.[203] MILL, simultaneamente, afirma o "*harm to others principle*" ou "princípio da lesão a outros", segundo o qual há uma razão relevante para a repressão estatal ou social quando a ação causar lesão a terceiros, e nega o paternalismo e o moralismo jurídicos. Assim, se alguém pratica uma conduta lesiva a outrem, há uma justificação para a sanção, quer por meios

---

[202] MILL, John Stuart. *On Liberty*. Ontario: Batoche Books, 2001, p. 13.

[203] DWORKIN, Gerald Dworkin. Paternalism. In: FEINBERG, Joel; GROSS, Hyman. *Philosophy of Law.* 5th ed., Belmont: Wadsworth Publishing, 1995; FEINBERG, Joel. *Harm to others*: the moral limits of the criminal law. Nova Iorque: Oxford, 1984. V. I.

legais, quer pela desaprovação geral, e essa é a única justificação aceitável para a limitação da liberdade. À luz do pensamento de MILL, determinados atos, comissivos ou omissivos, denominados autorreferentes, não dizem respeito ao Estado ou à sociedade, mas apenas ao indivíduo. Somente os atos heterorreferentes podem ensejar uma reação coercitiva.

O paternalismo, como tema de estudo em diversos enfoques e níveis, recebe conceitos significativamente diversos, mormente quanto às medidas que se podem qualificar como paternalistas.[204] Um ponto de consenso encontra-se no objetivo de promover o bem da pessoa a que se destinam, seja por meio da prevenção de um mal, seja por meio da obtenção de um benefício.[205] A noção de benevolência está integrada ao paternalismo, refletindo-se na orientação de evitar condutas que possam resultar em lesões a si mesma ou que possam dificultar ou impedir a consecução de seus supostos interesses. Entre as diversas formas de manifestação, também há coincidência na desconsideração do julgamento daquele cujo bem se pretende ou na tentativa de sobrepor-lhe o julgamento de outrem.[206]

Em uma ótica estreita, que enfoca a relação entre indivíduos e o Estado, particularmente, por meio do Direito Penal – em que se fala em paternalismo jurídico-penal – podem ser assinalados, como elementos centrais dessa definição, a interferência na liberdade individual, mediante a imposição de uma pena, e o fim de promover o bem da pessoa, independentemente de sua vontade.

---

[204] É comum a associação do paternalismo à restrição da liberdade de ação por meio de coerção. Nesse sentido, Gerald Dworkin, em um primeiro estudo sobre o tema, entende por paternalismo "roughly the interference with a persons's liberty of action justified by reasons referring exclusively to the welfare, good, happiness, needs, interests or values of the person being coerced". DWORKIN, Paternalism, cit. No entanto, Gert e Culver indicam vários exemplos de medidas paternalistas em que não há coerção, enfocando a relação entre médico e paciente. Assim, é paternalista a atitude do médico que realiza uma transfusão de sangue no paciente adepto de uma religião que rejeita essa prática enquanto se encontra desacordado, bem como a do médico que diz ao paciente em estado terminal que seu filho está bem, embora saiba que ele foi morto ao tentar escapar da prisão após ser condenado. CULVER, Charles M.; GERT, Bernard. Paternalistic Behavior. *Philosophy & Public Affairs*, v. 6, p. 45-57, 1976, p. 46 e 47. Também nas relações entre indivíduos e o Estado é possível identificar medidas paternalistas que não envolvem coerção, como, por exemplo, a interdição de uma via perigosa, de modo a impedir o acesso de veículos, ou o estabelecimento legal de um patamar máximo de taxa de juros que impede alguém de obter um empréstimo. Nesse contexto, a medida pode consistir na coerção, no não reconhecimento jurídico de atos, na proibição ou na imposição de obstáculos que impedem ou dificultam a consecução de determinado fim, além de outras cuja caracterização como paternalistas enseja maiores controvérsias.

[205] Alguns autores omitem a referência à promoção de um benefício. Nesse sentido, cf. HART, Herbert L. A. *Direito, liberdade, moralidade.* Tradução de Gérson Perera dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1987. Não obstante, essa circunstância não parece indicar qualquer controvérsia acerca da qualificação da promoção de um bem como forma de paternalismo. A eventual omissão parece relacionar-se à expectativa de que, se há qualquer possibilidade de admitir-se o paternalismo, será na forma de proteção contra um mal.

[206] Nesse sentido, Dworkin, convencido pelas críticas dirigidas ao seu estudo inicial nesse aspecto, assevera: "What we must ascertain in each case is whether the act in question constitutes an attempt to substitute one person's judgment for another's, to promote the latter's benefit". DWORKIN, Gerald. Paternalism: some second thoughts. In: DWORKIN, Gerald. *The Theory and Practice of Autonomy*. Cambridge: Cambridge Studies in Philosophy, 1988, p. 123.

Formulando o paternalismo como princípio de limitação da liberdade, FEINBERG assinala que pode ser definido como o princípio segundo o qual "é sempre uma razão relevante a favor de uma norma penal que [...] ela seja razoavelmente necessária para prevenir lesão à própria pessoa que proíbe de agir".[207]

Nos debates acerca da admissibilidade do paternalismo, foram delineadas classificações relevantes, dentre as quais se destacam as distinções estabelecidas entre "paternalismo forte" e "fraco" e "paternalismo direto" e "indireto".[208]

A primeira distinção tem em vista a capacidade de decisão e a voluntariedade daquele que sofre a interferência. Fala-se em paternalismo fraco quando a medida se refere a pessoas incompetentes para tomar decisões, como crianças e portadores de transtornos mentais, ou que agem por erro, coerção ou outra circunstância que vicia sua vontade. Fala-se em paternalismo forte quando a medida afeta pessoas plenamente capazes de tomar decisões, que agem de acordo com sua livre vontade. O paternalismo fraco não enseja dificuldades, pois se conforma com a ideia de autonomia e se encontra já na obra de MILL,[209] que, ao rechaçar o paternalismo, limitava suas considerações aos seres humanos na plena maturidade de suas faculdades. Questiona-se, inclusive, que o paternalismo fraco possa ser, propriamente, caracterizado como tal, porquanto a preocupação da interferência é com a voluntariedade do indivíduo, de modo que não há uma desconsideração de seu julgamento.[210]

A segunda distinção se refere ao destinatário da coerção, tendo em vista que aqueles cujo bem se pretende não são, necessariamente, os únicos que sofrem uma restrição de sua liberdade. No paternalismo direto, identificam-se a pessoa diretamente afetada pela medida e aquela cujo bem é visado. No paternalismo indireto, a medida recai sobre pessoa diversa, é dizer, busca-se a proteção de alguém por meio da restrição da liberdade de outrem. Nesse caso, formalmente, há uma lesão a terceiro, mas a imposição, ainda que não recaia diretamente sobre o suposto beneficiado, impede ou dificulta a obtenção de algo que quer ou aceita, restringindo seus meios de alcançar um objetivo.[211]

---

[207] FEINBERG, *Harm do others,* cit., p. 12.

[208] A terminologia utilizada para designar essas diferentes manifestações de medidas paternalistas é variável: as classificações de "forte" e fraco" referem-se ao que Kleinig denomina "strong and weak paternalism" e, Feinberg e Dworkin, "hard and soft paternalism"; as classificações de direto e indireto correspondem ao que Feinberg e Kleinig denominam "direct and indirect paternalism", e, Dworkin, "pure and impure paternalism". Cf. DWORKIN, Paternalism, cit., p. 183; DWORKIN, Paternalism: some..., cit., p. 124; FEINBERG, *Harm to self*, cit., p. 9 e 12; KLEINIG, John. Paternalism. New Jersey: Rowman & Allanheld, 1984, p. 8 e ss.

[209] SCHÜNEMANN, Bernd. A crítica ao paternalismo jurídico-penal: um trabalho de Sísifo? Tradução de Luís Greco. *Revista brasileira de filosofia*, 232, p. 107-132, 2009, p. 126.

[210] FEINBERG, *Harm to self*, cit., p. 12 a 15.

[211] FEINBERG, *Harm to self*, cit., p. 11.

As normas penais que refletem um paternalismo direto, impondo uma pena àquele em favor de quem se pretende a proibição, não se encontram em grande número nas legislações contemporâneas, mas continuam presentes. Um exemplo é frequentemente identificado no crime de posse ou porte de drogas para consumo pessoal,[212] previsto em diversos ordenamentos jurídicos e, no Brasil, no art. 28, da Lei n. 11.343/2006, no qual as condutas incriminadas não são punidas com pena privativa de liberdade, mas as sanções cominadas mantém a natureza penal. Essa lei apresenta uma evidente orientação para a proteção dos usuários e dependentes de drogas, que se expressa quer na regulamentação de atividades de atenção e reinserção social (arts. 20 a 26), quer nas sanções cominadas às condutas em questão. Nesse contexto normativo, o tipo penal se apresenta como uma proteção do consumidor contra os prejuízos à própria saúde física ou psíquica decorrentes do consumo, a despeito de sua vontade.

O moralismo, por sua vez, refere-se ao controle social relativo a condutas consideradas imorais, mesmo que não representem lesão a terceiros. No âmbito jurídico-penal, essa perspectiva pretende que a imoralidade *per se* seja razão suficiente ou, ao menos, relevante para justificar uma intervenção coercitiva do Estado, por meio da incriminação e da correspondente imposição de uma pena.

Segundo FEINBERG, o moralismo é o princípio segundo o qual "é sempre uma razão relevante a favor de uma norma penal que [...] ela seja razoavelmente necessária para impedir condutas inerentemente imorais, quer essa conduta seja ou não lesiva ou ofensiva a qualquer um" ou que "causem males de outros tipos".[213]

Assim, em uma perspectiva estrita, o moralismo jurídico-penal refere-se à imposição da moralidade por meio da pena, sob o argumento de que determinadas condutas são inerentemente imorais, mesmo que realizadas de forma discreta, entre partes que consentem em ambientes privados ou diante de um público que também consente. Em uma perspectiva ampla, concebe-se como a proibição de condutas que não representam lesão ou ofensa a ninguém, sob argumentos diversos, dentre os quais os mais comuns são a preservação de um meio de vida tradicional, a imposição da moralidade, a prevenção da obtenção de vantagens ilícitas e a elevação ou o aperfeiçoamento do caráter.[214]

---

[212] BATISTA, *Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 92 e 93; BECHARA, *Da teoria do bem jurídico*..., cit., p. 342; SCHÜNEMANN, A crítica ao paternalismo..., cit., p. 119 e 120; SEHER, La legitimación..., cit., p. 85.

[213] FEINBERG, *Harm do others,* cit., p. 12.

[214] FEINBERG, Joel. *Harmless wrongdoing*: the moral limits of the criminal law. Nova Iorque: Oxford, 1987. V. 4, p. 3 a 5. Semelhante, DWORKIN, Gerald. Moral paternalism. *Law and philosophy*, v. 24, p. 305-319, 2005, p. 305-319, 2005.

É certo que muitos crimes, tal como tipificados, podem ser considerados imorais. A questão mais problemática colocada nesse contexto, como destaca SANTIAGO NINO, diz respeito a se o Estado pode fazer valer, através de sanções e outras técnicas de regulação – em particular, a pena – pautas da moral pessoal ou autorreferente.[215] O moralismo jurídico pretende, nesse contexto, promover a orientação dos indivíduos segundo formas de vida corretas ou ideais.

A imposição da moral por meio da pena pode apresentar-se em diversas formulações além das assinaladas. Assim, o paternalismo moralista legitima proibições para proteger a pessoa contra danos ao próprio caráter. O perfeccionismo legitima proibições consideradas necessárias para a elevação ou aperfeiçoamento do caráter – quer dos cidadãos em geral ou de certos cidadãos além daquele que sofre a restrição de liberdade, quer deste mesmo.[216] Considera-se que o que é "bom" para o indivíduo ou o que satisfaz seus interesses não depende, necessariamente, de sua eleição, de modo que o Estado pode dar preferência àqueles que se afigurem objetivamente melhores.

Não são raros os exemplos de incriminações dirigidas contra o que se pode chamar de meras imoralidades nas legislações penais atuais, tampouco as referências de cunho moralista na prática judicial.

O CP brasileiro, em sua redação original, refletia uma forte influência do moralismo, sobretudo nos então chamados "crimes contra os costumes". Segundo HUNGRIA, o vocábulo "costumes" era empregado para designar os "hábitos da vida sexual aprovados pela moral prática ou, o que vale o mesmo, a conduta sexual adaptada à conveniência e disciplina sociais. [...] o interesse jurídico concernente à preservação do mínimo ético reclamado pela experiência social em torno dos fatos sexuais".[217] Embora muitos dos tipos penais reunidos sob o referido rótulo protegessem bens jurídicos individuais de indubitável importância, destacava-se não a tutela da pessoa, mas da estrutura moral da sociedade.

---

[215] SANTIAGO NINO, Carlos. *Ética y derechos humanos:* un ensayo de fundamentación. Barcelona, Espanha: Ariel, 1989, p. 203 e 204.

[216] FEINBERG, *Harm to others*, cit., p. 12. Dworkin procura diferenciar o paternalismo moralista do moralismo jurídico e do paternalismo jurídico. No moralismo jurídico, segundo o autor, procura-se prevenir atos imorais, independentemente de sua conexão com lesões a terceiros, porque a conduta é intrinsecamente má e sem ela o mundo é melhor, independentemente de que uma melhoria moral do indivíduo seja melhor para ele. No paternalismo moralista, apela-se para a melhoria moral do indivíduo, não apenas porque torne o mundo melhor, mas porque esse estado moralmente melhor é considerado melhor para ele. A diferença entre o paternalismo moralista e o paternalismo jurídico está em que, no primeiro, esse estado é considerado melhor para o indivíduo por si mesmo, independentemente de melhorias em outros aspectos de sua vida, como saúde e alimentação, que também possam ser promovidos. Cf. DWORKIN, Moral paternalism, cit.

[217] HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Claudio. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense. 1981. V. III, p. 93.

Com a reforma promovida pela Lei n. 12.015/2009, no título VI do CP, a expressão "dos crimes contra os costumes" foi substituída pela expressão "dos crimes contra a dignidade sexual". Não obstante, ao avaliar a constitucionalidade do art. 229, do CP, que define como crime a manutenção de estabelecimento em que ocorra exploração sexual, a despeito da recente alteração, o Supremo Tribunal Federal (STF) assinala que "os bens jurídicos protegidos em benefício de toda a coletividade são a moralidade sexual e os bons costumes, valores de elevada importância que, portanto, devem ser resguardados pelo direito penal".[218]

Um exemplo paradigmático de tutela penal da moralidade é o incesto, incriminado no §173, do *Strafgesetzbuch* (StGB). Ao julgar a constitucionalidade desse tipo penal, o *Bundesverfassungsgericht (BVerG*), dentre outros argumentos a favor de sua legitimidade, fala "de uma convicção do injusto sedimentada na sociedade", que deveria ser reforçada pelo Direito Penal, bem como em um "contexto da convicção social histórico-culturalmente fundada e ainda hoje perceptível de que o incesto é merecedor de pena".[219] Como assinala GRECO, essas passagens não esclarecem o que diferencia os fatores ressaltados da mera convicção moral, motivo pelo qual conclui que, embora não seja possível determinar se o tribunal considera a imoralidade da conduta uma razão suficiente para a constitucionalidade da criminalização, admite-a, no mínimo, como razão adicional autonomamente relevante, ao lado de outras.[220]

Na doutrina penal, a defesa direta do moralismo não é difundida, tendo em vista que encontra uma forte rejeição em face da teoria do bem jurídico, nos sistemas romano-germânicos, e do *harm principle,* nos sistemas anglo-saxões. Entretanto, determinadas construções teóricas, na medida em que se distanciam desses caminhos, abrem-lhe um espaço. Na opinião de alguns autores, aproxima-se dessa tendência, por exemplo, a

---

[218] STF. *HC nº 104.467*/RS. Rel. Min. Carmen Lúcia. DJ de 04/03/2011. A decisão remete, posteriormente, ao parecer da Procuradoria Geral da República, que menciona que o bem jurídico tutelado pelo crime é, após a reforma, "a dignidade sexual, inerente à esfera de dignidade da pessoa humana". A referência à dignidade da pessoa humana, no contexto do parecer e da decisão, no entanto, adota uma perspectiva heterônoma, que converge com a pretensão de admitir a intervenção estatal com bases moralistas e perfeccionistas. Conforme assinala Greco, seria possível dizer que quem mantém casa de prostituição, ainda que sem intuito de lucro, participa da degradação alheia, do fato de alguém reduzir seu próprio corpo a mercadoria. Essa parece ser a fundamentação da violação da dignidade, tendo em vista que o parecer assinala que o art. 229 compreende toda casa de prostituição. No entanto, dessa forma, "sob o manto de uma terminologia moderna ("dignidade"), o que se está defendendo é a antiga postura moralista". GRECO, Luís. Casas de prostituição (art. 229 do CP) e Direito Penal liberal: reflexões por ocasião do recente julgado do STF (HC 104.467). *RBCCrim* ano 19, n. 92, p. 431-457, 2011, p. 447 e 448.

[219] BVErfGE 120, 224. Excertos de: GRECO, Luís. Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto (§ 173 Strafgesetzbuch). *RBCCrim*, São Paulo, v. 18, n. 82, p.165-185, jan./fev. 2010.

[220] GRECO, Tem futuro..., cit., p. 170.

concepção do injusto de WELZEL, erigida sobre a proteção de valores ético-sociais ação.[221] Também na construção de STRATENWERTH se faz presente essa orientação, uma vez que propõe, como fator determinante do fundamento da incriminação, as convicções valorativas prevalentes, que conformam o consenso normativo em determinada sociedade, mormente tendo em vista que o autor sustenta essa postura, contra a teoria do bem jurídico, como caminho para justificar a admissibilidade de crimes como o incesto.[222]

O argumento central contra o paternalismo e o moralismo, no Direito Penal, encontra-se na exigência de respeito à autonomia pessoal. Já MILL destacava, ao rechaça-los, além de outras considerações, o valor ínsito à livre escolha, como reflexo do exercício das faculdades próprias do ser humano e fator essencial para o desenvolvimento da individualidade, assinalando que a forma como cada um projeta a sua vida é a melhor, porque é a sua própria forma.[223]

Com efeito, essas vertentes implicam um desrespeito à pessoa como uma entidade independente, livre e igual, na medida em que abrem o caminho para a restrição da sua liberdade mesmo quando seu comportamento não atinge terceiros, subordinando-a a concepções externas do que é melhor para si ou a convicções das quais não compartilha e, assim, situando-a em um patamar inferior ao que é próprio de sua condição e que cabe aos demais. O paternalismo e o moralismo jurídicos vão de encontro à determinação de uma esfera de autonomia pessoal, conduzindo ao seu esvaziamento, ao assinalarem que a pessoa não pode tomar decisões supostamente prejudiciais para si mesma ou inapropriadas, de acordo com padrões interpretados e impostos independentemente de sua vontade e de seu julgamento.

O reconhecimento da autonomia pessoal subjaz, pois, ao rechaço da interferência estatal quanto a condutas que não prejudicam terceiros, impondo que as decisões políticas sejam, tanto quanto possível, independentes de concepções sobre a vida boa ou sobre o que dá valor à vida. Conforme CARBONELL MATEU, a exaltação da pessoa e da liberdade como eixo central do ordenamento jurídico comporta a interdição da intervenção estatal, limitando

---

[221] DIAS, *Direito Penal*, cit., p. 112.

[222] STRATENWERTH, Sobre o conceito..., cit., p. 109 e 114. Seher também destaca que Stratenwerth admite materialmente, embora não terminologicamente, formas concretas de moralismo no Direito Penal. SEHER, La legitimación..., cit., p. 91.

[223] MILL, *On liberty*, cit., p. 63. Como observa Dworkin, Mill refuta o paternalismo em consideração à autonomia do indivíduo, implícita na defesa de uma esfera em que deve governar livre de controles externos. DWORKIN, Paternalism, cit., p. 72. Conforme Ten, afastando-se da concepção benthamiana, o utilitarismo milliano compreende a felicidade ligada ao desenvolvimento, ao progresso, à individualidade. Trata-se do que entende como a "utilidade no sentido mais amplo". TEN, C. L. Mill on self-regarding actions. *Philosophy*, v. 43, n. 163, p. 29-37, jan. 1968, p. 36.

tudo aquilo que não tenha transcendência frente aos demais; em outras palavras: supõe a limitação da faculdade de proibir apenas àqueles aspectos da conduta humana que afetem aos demais.[224]

Uma concepção do bem jurídico associada, por imposição da ordem constitucional vigente, ao respeito à autonomia pessoal e, assim, orientada para o livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo, opõe-se, pois, ao paternalismo e ao moralismo jurídicos.[225]

O primeiro aspecto não é sempre destacado sob o enfoque da teoria do bem jurídico.[226] Não obstante, em face da autonomia pessoal e de sua conexão com aquela, comportamentos autolesivos ou que geram riscos ao próprio agente, enquanto meios de sua autorrealização, não podem ensejar a intervenção penal. Como assinala ROXIN, a proteção de bens jurídicos tem por objeto a proteção frente a outra pessoa, e não frente a si mesmo;[227] e, SCHÜNEMANN, "em caso algum se justifica [...] o paternalismo jurídico-penal direto".[228]

A decisão da Corte Suprema de Justicia de la Nación acerca do crime de posse de drogas reflete essa visão.[229] No ordenamento jurídico argentino, a Lei n. 23.737/89, no art. 14, cominava uma pena "àquele que tiver em seu poder entorpecentes", estabelecendo-a em

---

[224] CARBONELL MATEU, Juan Carlos. Libre desarrollo de la personalidad y delitos contra la vida: dos cuestiones: suicidio y aborto. *Cuadernos de política criminal***,** Madrid, n. 45, p.661-672, 1991, p. 661 e 662.

[225] Greco faz uma crítica severa à teoria do bem jurídico, destacando o seu caráter consequencialista, pois, "ao dizermos que não podemos punir um comportamento porque ele não afeta qualquer bem jurídico, estamos afirmando que a punição desse comportamento é inútil, não nos traz qualquer benefício". A seu ver, essa teoria concede ao legislador o direito de formular com vasta liberdade prognoses empíricas a respeito das consequências do comportamento para os mais diversos bens, de modo que não poderia opor-se à criminalização de meras imoralidades, pois praticamente todo comportamento imoral poderá ter consequências indiretas lesivas para bens reconhecidos. Ademais, a teoria não enxerga que as pessoas têm o direito imponderável de praticar determinadas atividades e que esse direito se opõe à sua proibição, independentemente das desvantagens que possam acarretar a terceiros, como trunfo contra qualquer apelo ao bem comum ou a limites colaterais à promoção de qualquer fim. Contra essas insuficiências, o autor apresenta a autonomia do cidadão, assinalando que, em certas esferas, ainda que bem reduzidas, é soberano absoluto. Em conformidade com essas colocações, observa-se que a ideia de autonomia pode ser empregada isoladamente para alcançar fins também visados pela teoria do bem jurídico e, ademais, encontra-se ancorada na jurisprudência constitucional alemã, ligando-se à ideia de esfera nuclear da vida privada. No presente estudo, no entanto, admite-se a articulação conjugada do conceito de bem jurídico e da ideia de autonomia, à luz da ordem constitucional. De todo modo, para os presentes fins, nada obsta que a autonomia seja tomada isoladamente como referência de limites da intervenção penal. Cumpre ressaltar, porém, que, neste ponto, trata-se de uma visão ampla do conceito, enquanto Greco fala de uma esfera *nuclear*, que diz respeito apenas ao absolutamente imponderável e intocável. A concepção do autor ainda está em fase de desenvolvimento, de modo que se encontram apenas indicações do que pertence a essa esfera. Cf. GRECO, Tem futuro..., cit., p. 175 e ss.; GRECO, Casa de prostituição..., cit., p. 445 e ss.; GRECO, Luis. Posse de droga, privacidade, autonomia: reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Argentino sobre a inconstitucionalidade do tipo penal de posse de droga com a finalidade de próprio consumo. *RBCCrim* ano 18, n. 87, p. 84-102, 2010.

[226] Seher assevera, inclusive, que, "sorprendentemente, la teoría del bien jurídico – ni siquiera en su más restrictiva variante de la teoría personal del bien jurídico – no ha ofrecido hasta ahora ningún argumento para poder discriminar como ilegítimas las normas penales paternalistas". SEHER, La legitimación..., cit., p. 85.

[227] ROXIN, Que comportamentos..., cit., p. 44; ROXIN, *A proteção de bens jurídicos*... cit., p. 23; ROXIN, Sobre o recente debate..., cit., p. 187.

[228] SCHÜNEMANN, A crítica ao paternalismo..., cit., p. 127.

[229] Corte Suprema de la Justicia de la Nación. Fallo A 891 XLIV, de 25/08/2009. Disponível em: <http://www.csjn.gov.ar/>

patamar inferior "quando, por sua escassa quantidade e demais circunstâncias, surgir inequivocamente que a posse é para uso pessoal". O tribunal declarou a inconstitucionalidade do segundo parágrafo do dispositivo, aduzindo, dentre outros argumentos, que o art. 19 da Constituição Argentina, assegura o respeito à esfera privada do cidadão, dispondo que "as ações privadas que de nenhum modo ofendam a ordem e a moral pública, nem prejudiquem a um terceiro, estão só reservadas a Deus, e isentas da autoridade dos magistrados".[230] Uma vez que a posse de droga para consumo pessoal não afeta terceiros, segundo o tribunal, está compreendida no referido artigo, que manifesta o direito de cada um de seguir seu próprio plano de vida.

Por outro lado, um dos grandes méritos atribuídos à teoria do bem jurídico consiste em obstar que a mera imoralidade, reprovabilidade ou contrariedade à ética da conduta possam, por si sós, legitimar a sua incriminação e a imposição de uma pena contra aquele que a realize.[231] Os debates sobre essa teoria desempenharam um papel importante na reforma do Direito Penal sexual alemão, entre os anos de 1969 e 1973, em que foram descriminalizadas várias condutas, como a homossexualidade, a sodomia, o favorecimento à prostituição e outras similares, substituindo-se a referência a delitos contra os costumes e a moral por delitos contra a autodeterminação sexual.[232]

Não obstante os limites assinalados, diversas formas de argumentação podem ser apresentadas em favor de uma mesma incriminação. Com grande frequência, tipos penais que podem ser qualificados de moralistas ou paternalistas são defendidos, na doutrina e na jurisprudência, por meio de considerações que permitem um desvio dessa qualificação, de modo a contornar o questionamento acerca de sua legitimidade. Nesse viés, atribui-se à

---

[230] Art. 19. "Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe".

[231] NEUMANN, Bem jurídico..., cit., p. 525 e ss.; RUDOLPHI, Los diferentes aspectos..., cit., p. 339 e ss; ROXIN, A proteção de bens jurídicos..., cit., pp. 24 e 25; ROXIN, *Derecho Penal*, cit., p. 56 e 57.

[232] Jakobs e Stratenwerth refutam os méritos atribuídos à teoria do bem jurídico quanto à exclusão de meras imoralidades do Direito Penal, alegando que a sua contribuição para a descriminalização de condutas na reforma do Direito Penal sexual foi menor do que se acredita. Segundo esses autores, o decisivo não foi a inexistência de ofensa a bens jurídicos nos crimes afetados, mas mudanças sociais que levaram à supressão da necessidade da intervenção penal. A esse entendimento também adere Hirsch. Essa visão se apoia na manutenção de alguns tipos penais que também poderiam ser questionados em face do princípio da proteção de bens jurídicos, como os de provocação de escândalo público, exibicionismo e incesto. Cf. JAKOBS, O que é protegido pelo Direito Penal, cit., p. 167; STRATENWERTH, Sobre o conceito de "bem jurídico"..., cit., p. 113; HIRSCH, Acerca del estado actual..., cit., p. 376. Contra essa posição, Roxin assevera que, embora hoje a homossexualidade seja considerada, na Alemanha, como uma forma de orientação sexual eticamente neutra, isso foi, em grande parte, a consequência da descriminalização, e não a sua causa. Esse argumento é reforçado pela qualificação da homossexualidade como delito, considerado um "comportamento ético especialmente reprovável e ignominioso segundo a convicção geral", no projeto governamental de Código Penal, de 1962, poucos anos antes da reforma em questão. ROXIN, *A proteção de bens jurídicos...*, cit., p.13; ROXIN, Que comportamentos..., cit., p. 38; ROXIN, *Derecho Penal*, cit., p. 56 e 57.

norma penal a função de conter efeitos lesivos eventuais e indiretos a terceiros ou assinala-se um bem jurídico supraindividual ou coletivo artificial como objeto protegido, de modo que o seu caráter paternalista ou moralista seria apenas aparente, pois, na verdade, serviria à proteção de bens jurídicos de terceiros ou da coletividade, como quaisquer outras.[233]

Essa tendência é notável frente à incriminação da posse de drogas para consumo pessoal. Argumenta-se, por exemplo, que é necessária a salvaguarda da saúde pública contra as consequências negativas decorrentes do crescente consumo de drogas, invocam-se os malefícios de sua disseminação para a sociedade ou os custos de tratamento dos dependentes, ou ainda, o aumento da criminalidade em geral. O foco da proibição recai, então, em repercussões sociais ou individuais indiretas e eventuais.[234]

De forma semelhante, na mencionada decisão sobre a constitucionalidade do tipo penal de incesto, o BGH assinalou que a conjunção carnal entre irmãos não diria respeito apenas a eles mesmos, mas também teria consequências para a família, para a sociedade como um todo e para as crianças que eventualmente nascessem da relação incestuosa. Quanto a estas, por exemplo, o tribunal assinalou, como desdobramentos negativos, disfunções sexuais na idade adulta, inibição na formação da identidade pessoal, déficits na busca de identidade sexual e na capacidade de relacionar-se, promiscuidade sexual, marginalização e isolamento social.[235]

A referência a bens jurídicos supraindividuais ou a lesões eventuais e indiretas a terceiros, devido à amplitude que pode adquirir, abre o caminho para a punição de quaisquer condutas.[236] Essa tendência não pode, no entanto, contornar as barreiras de legitimação impostas à intervenção penal e ignorar a exigência de respeito à autonomia pessoal, que, em sua conexão com a teoria do bem jurídico, reforça o rechaço a incriminações que pretendam impor convicções morais ou o próprio bem do indivíduo, contrariando a sua vontade e o seu julgamento.

---

[233] A respeito, cf. SCHUNEMANN, A crítica ao paternalismo..., cit., p. 119 e 120.

[234] SCHUNEMANN, A crítica ao paternalismo..., cit., p. 119 e 120; Semelhante, BECHARA, *Da teoria do bem jurídico...*, cit., p. 340 e ss. MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo jurídico-penal*. São Paulo, 2010. Tese (Tese de Doutorado em Direito) – USP, p.259.

[235] Cf. GRECO, Tem futuro..., cit., p. 167 e 171.

[236] Como destaca Greco, "Todo comportamento, por mais escondido que venha a ser praticado, pode afetar indiretamente a terceiros. Nunca se pode dizer que um sujeito 'só fuma seu baseado': antes de fumar, tem ele de obter a droga, isso é, participar no mercado da droga; enquanto fuma, está ele deixando de fazer outras coisas, o que pode ter consequências para a economia ou o mercado de trabalho; depois de fumar, pode ser que ele tome parte no trânsito, e num momento ainda mais tardio, pode ser que ele desenvolva problemas de saúde, com o que ele acaba onerano o sistema de saúde e previdência. Não se pode excluir uma afetação de terceiros nem antes, nem durante, nem depois do consumo de tóxico. E o mesmo pode ser dito de comportamentos como masturbar-se, ler ou rezar, se se for suficientemente criativo (ou atento)". GRECO, Posse de droga..., cit., p. 92 e 93.

Como limite mínimo e infranqueável, impõe-se reconhecer que o Estado não pode intervir, por meio da pena, contra condutas que se dirijam diretamente contra o agente. Com independência da valoração moral que possa receber ou de um juízo externo acerca da conformidade ou contrariedade a respeito de seu próprio bem, a "autolesão" deve permanecer alheia ao âmbito jurídico-penal, integrando-se a uma esfera nuclear da autonomia privada. Essa compreensão não é, no entanto, pacífica, sobretudo em se tratando do suicídio.

Hodiernamente, foram abandonadas as penas aplicadas ao suicida sobrevivente e ao cadáver, outrora submetido a castigos de suspensão à forca e à privação de sepultura eclesiástica, além da privação de bens dos familiares. Essa modificação do tratamento jurídico do suicídio, tentado ou consumado, teve início a partir de finais do século XVIII, quando passou a ser, progressivamente, excluído do rol de delitos, sob a influência do Iluminismo.[237]

Muitos autores reconhecem que o suicídio não se encontra tipificado na lei penal, e, portanto, não é punível, mas entendem que a punibilidade da participação em suicídio indica que não é indiferente ao ordenamento jurídico, e, sim, que é desaprovado e deve ser evitado[238] ou que é, efetivamente, um injusto,[239] apenas não punido por razões empíricas ou

[237] Advirta-se que há exceções, como a Inglaterra, onde a despenalização do suicídio – cuja tentativa era punida com um a seis anos de prisão – apenas teve lugar com o *Suicide Act*, de 1961. A respeito das penalidades aplicadas ao suicídio e a evolução para o tratamento atual, cf. CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; GALLEGO SOLER, José Ignacio. Política criminal en el ámbito de la disponibilidad de la vida humana (eutanasia). In: GÓMEZ MARTÍN, Víctor (Coord.); MIR PUIG, Santiago; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (Dir.)**.** *Política criminal y reforma penal.* Madrid: Edisofer, 2007, p. 223 e ss.; CORNACCHIA, Luigi. Algunas reflexiones en torno al suicidio y la eutanasia**.** *Cuadernos de política criminal*, Madrid, n. 83, p.91-116, 2004; FRAGOSO, Heleno Cláudio. Provocação ou auxílio ao sucídio. *Revista de Direito Penal*, Rio de Janeiro, 11/12, p.35-47, jul./dez. 197, p. 46; JAKOBS, Günther. *Suicídio, eutanásia e direito penal.* Tradução de Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003, p. 5 e ss MANTOVANI, Ferrando. Sobre el problema jurídico del suicidio. In: ROXIN, Claus et al**.** *Eutanasia y suicidio:* cuestiones dogmáticas y de política criminal. Granada: Comares, 2001, p. 70 e 71.

[238] Nessa vertente, alguns autores consideram o suicídio um fato desaprovado, mas lícito. Cf. JUANATEY DORADO, Carmen. El tratamiento del suicidio en el ordenamiento jurídico español. *La ley penal*, Madrid, v. 6, n. 60, p.32-46, mai. 2009, p. 32 e 40. Outros argumentam, ainda, que o suicídio se insere em uma terceira categoria, não se qualificando como lícito ou ilícito. Nesse sentido, Mantovani substitui essa tradicional bipartição por uma tripartição, composta de: fatos lícitos, que agregam as posições subjetivas do dever, do direito e da permissão e se qualificam como tal, quer quanto àquele que os pratica de mão própria, quer quanto àquele que participa; fatos ilícitos, que dizem respeito posição subjetiva do proibido e se qualificam como tal, quer quanto àquele que os pratica de mão própria, quer quanto àquele que participa; e fatos juridicamente tolerados, que se situam entre os fatos lícitos e os ilícitos e correspondem à posição subjetiva do impune quanto àquele que pratica de mão própria, o que se deve a razões de política criminal, distinguindo-se dos demais porque quase sempre têm a conotação de juridicamente desvaliosos, e que são puníveis quanto àquele que participa. Além do suicídio, que representa o exemplo paradigmático, inserem-se na categoria de atos juridicamente tolerados o exercício da prostituição e o uso de substâncias entorpecentes. MANTOVANI, Sobre el problema jurídico…, cit., p. 72 a 74.

[239] Segundo Fragoso, a participação em suicídio alheio é fato punível porque constitui participação em ato juridicamente ilícito, tendo em vista a importância do interesse relativo à preservação da vida humana, que é objeto de tutela. O fato de não ser considerado crime não significa que o suicídio seja indiferente para o Direito, pois ofende interesses morais e demográficos do Estado. FRAGOSO, Provocação ou auxílio..., cit., p. 39.

político-criminais. Nessa vertente, a desaprovação ou a ilicitude do suicídio se alicerça sobre a sacralidade da vida, como bem primário cuja tutela não poderia sofrer exceções, nem mesmo frente ao titular; sobre a estabilização e a conservação social, para a qual se faria necessária a marginalização do suicídio, pois representa uma infração do tabu da intangibilidade da vida, cuja admissão representaria a admissão da própria destruição da sociedade; ou, ainda, sobre a tutela de interesses externos, relativos aos conjunto de deveres do indivíduo frente à sociedade, cujo cumprimento pressuporia, naturalmente, a continuidade da própria existência.

Contra a punibilidade do suicídio, argumenta-se que a intervenção penal seria inútil e contraproducente, pois a pena seria ineficaz para dissuadir o suicida e, ademais, cominá-la ao sobrevivente seria o mesmo que instar-lhe a não falhar e assegurar a produção do resultado, se não quiser sofrer, ademais das eventuais consequências da tentativa, uma privação de liberdade ou outra forma de punição.[240] Essa argumentação se faz presente já no pensamento iluminista e na tradição liberal subsequente, como se observa em BECCARIA, que sustentava a exclusão do suicídio ou da tentativa de suicídio com base na ineficácia intimidatória da pena.[241]

Frente à consagração da autonomia pessoal, no entanto, o suicídio e outras formas de autolesão não são puníveis, não apenas por razões de oportunidade e conveniência da punição, embora possam figurar como argumentos adicionais, mas sobretudo porque a punição constituiria uma invasão do Estado em uma esfera nuclear que deve ser assegurada a cada um a respeito de condutas predominantemente autorreferentes, impondo um dever de continuar a viver ou de manter-se saudável, quer se compreenda como um dever frente a si mesmo ou à sociedade. Não pode existir dever semelhante, porque uma imposição dessa natureza representaria uma debilitação insuportável das bases mesmas da ordem político-social de um ordenamento jurídico que tem em seu centro o respeito à pessoa.

Trata-se, então, de reconhecer a cada indivíduo um mínimo de liberdade quanto ao que diz respeito, diretamente, apenas a si mesmo – que abrange, inclusive, a eliminação da própria vida, como questão privada submetida apenas à eleição individual –

---

[240] GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Induccion y auxilio al suicidio. In*:* GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Estudios de Derecho Penal.* Civitas, 1976, p. 163; FRAGOSO, Provocação ou auxílio..., cit.

[241] Conforme Beccaria, "se se obedece às leis pelo temor de um suplício doloroso, aquele que se mata nada tem a temer, pois a morte destrói toda sensibilidade. Não é, pois, esse motivo que poderá deter a mão desesperada do suicida"; "Se me objetarem que o medo desse castigo [sobre a família] pode, contudo, deter a mão do infeliz determinado a morrer, responderei que quem renuncia tranquilamente à doçura de viver e odeia bastante a existência terrena para preferir-lhe uma eternidade talvez infeliz, não se comoverá decerto com a consideração remota e menos forte da vergonha que o crime atrairá sobre sua família". BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas.* São Paulo: Saraiva, 2011.

independentemente de considerações acerca do seu próprio bem, da moralidade da conduta ou de repercussões prejudiciais indiretas e eventuais que possa acarretar a terceiros ou à sociedade. Nesse contexto, a punição carece absolutamente de legitimidade.[242] Não pode haver qualquer proteção de bens jurídicos contra condutas praticadas pelo próprio titular.

Admitindo-se o reconhecimento da autonomia pessoal e a sua necessária vinculação ao bem jurídico, tem-se, então, um ponto de partida para situar a vítima na teoria do injusto, de modo a contribuir para a demarcação do âmbito do punível.

[242] Nesse sentido, cf. BECHARA, *Da teoria do bem jurídico*..., cit., p. 185 e 186; BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. Disponibilidad de la propia vida. In: JORGE BARREIRO, Agustin (coord.). *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríquez Mourullo*. Navarra: Aranzadi, 2005, p. 1133; CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima*..., cit., p. 44; DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis; GRACIA MARTÍN, Luis. *Delitos contra bienes juridicos fundamentales*: vida humana independiente y libertad. Valencia: Tirant lo Blanch, 1993, p. 209 e 210; JAKOBS, Günther. La organización de autolesión y heterolesión, especialmente en caso de muerte. In: JAKOBS, Günther. *Estudios de derecho penal*. Madrid: Civitas / UAM, 1997; p. 330; JAKOBS, Günther. Sobre el injusto del suicidio y del homicidio a petición: estudio sobre la relación entre juridicidad y eticidad. *Revista peruana de ciencias penales*, Lima, v. 2, n. 4, p. 513-530, jul./dez. 1994, p. 339; MEDINA FRISANCHO, José Luis. *Eutanásia e imputación objetiva en Derecho Penal:* una interpretación normativa de los ámbitos de responsabilidad en la decisión de la propia muerte. Lima: Ara, 2010, p. 229; CORNACCHIA, Algunas reflexiones..., cit., p. 96 e 97.

2.2 **DA INTERVENÇÃO DA VÍTIMA NA LESÃO**

São muito diversos os casos em que a intervenção do titular do bem jurídico no fato pode ser relevante para a valoração da conduta do agente. Em primeiro lugar, cumpre considerar aqueles em que atua de forma consciente e voluntária a respeito da produção do resultado que constitui elemento de um tipo penal.

Esse grupo de casos é comumente dividido, de acordo com o peso da contribuição da vítima para a consecução do resultado, em casos de autolesão e de consentimento em lesão por um terceiro ou heterolesão. Assim, de um lado, estão aqueles em que a vítima executa a ação que leva diretamente ao resultado por si mesma, enquanto o terceiro apenas a favorece, em maior ou menor medida, e, de outro, aqueles em que a vítima consente que o terceiro execute aquela ação.

A participação em uma autolesão do titular do bem jurídico é, como regra, impune, salvo disposição legal expressa em sentido contrário. Acerca da heterolesão com o seu consentimento, por outro lado, concorrem opiniões muito diversas. Dessa forma, tendo em vista as diferentes respostas que o ordenamento jurídico pode apresentar a respeito da responsabilidade penal do agente em cada caso, torna-se necessário estabelecer essa distinção e as balizas que devem orientar a sua aplicação.

A despeito do consenso acerca da impunidade da participação em autolesão, são traçados distintos caminhos dogmáticos para chegar a essa solução, que nem sempre consideram a especificidade da qualidade de titular do bem jurídico de um dos intervenientes. Ademais, determinar quando há uma autolesão e quando há uma heterolesão, com consequências possivelmente distintas para o agente, enseja muitas controvérsias, quer quanto aos seus fundamentos, quer quanto aos critérios empregados. As respostas apresentadas na doutrina e na jurisprudência para um mesmo exemplo e os argumentos aduzidos para tanto demonstram o quanto esses questionamentos podem tornar-se complexos.

Também o consentimento do titular do bem jurídico suscita divergências consideráveis. Se, por um lado, determinados tipos penais descrevem uma conduta de forma a evidenciar que apenas se considera típica se realizada contra a vontade da pessoa diretamente atingida, em muitos outros, não há uma referência clara a essa circunstância, o que leva a doutrina a estabelecer uma distinção entre suas manifestações de vontade a respeito do fato, opondo o acordo ao consentimento. A despeito da prolongada resistência doutrinária alicerçada no caráter público do Direito Penal, a relevância do consentimento na teoria do

delito se impõe na dogmática contemporânea. As divergências entre as correntes que tratam do tema, no entanto, demonstram as variações que a articulação da liberdade de ação individual assume a partir de diversas concepções quanto a questões de fundo do injusto penal.

Será abordada, primeiramente, a autolesão, com foco sobretudo no suicídio, e seus reflexos na responsabilidade penal de terceiros intervenientes, analisando-se as diretrizes que norteiam o tratamento conferido a estes na doutrina e na jurisprudência nacionais e estrangeiras, mormente quanto aos critérios invocados para a qualificação da conduta de cada um dos envolvidos no evento, bem como a significação da particular qualidade do titular do bem jurídico. Ademais, serão examinadas as controvérsias que circundam a fundamentação da relevância do consentimento e sua inserção na teoria do delito, expondo-se as construções dogmáticas mais relevantes na atualidade e destacando-se os pontos essenciais que se encontram na base das divergências. Nesse contexto, releva-se, em ambos os casos, a importância de argumentos alicerçados em uma concepção material do injusto penal que destaca a referência da tutela penal à pessoa.

2.1 **Da autolesão**

Há um consenso acerca da impunidade das condutas de intervenção em uma autolesão de outrem, salvo quando se encontrem expressamente incriminadas, a exemplo da participação dolosa em suicídio em diversas legislações penais. Não obstante, quer quanto à regra, quer quanto à exceção, há aspectos duvidosos do tratamento que se confere ao agente nesses casos, devido a uma dispersão de sua especificidade – a conduta do titular do bem jurídico – em considerações formais que favorecem essa conclusão.

Ademais, para uma parte significativa da doutrina, a resposta do ordenamento jurídico à participação em suicídio constitui o ponto de partida ou, ao menos, um passo indispensável na abordagem geral da valoração da intervenção da vítima no fato, como ponto de referência de duas ordens de considerações: de uma parte, a sua incriminação é tomada como uma decisão do legislador que deve influenciar os demais casos em que é afetada a vida; de outra, considerado o contexto normativo, é tomada como indicativo da relevância da distinção entre condutas de participação e execução para aferir a responsabilidade penal também em outros casos.

Assim, o tratamento da intervenção de terceiros em uma autolesão demanda uma atenção detida, não apenas em face dos problemas que suscita, mas também de suas possíveis repercussões em outros âmbitos.

2.1.1 A regra da impunidade de terceiros

Embora, hodiernamente, em muitos ordenamentos jurídicos, o suicídio não seja incriminado,[243] em decorrência de um longo processo de progressiva laicização e racionalização do Direito Penal, o mesmo não se dá quanto à intervenção de terceiros na morte daquele que a quer e executa.

No Brasil, a participação em suicídio é incriminada no art. 122, do CP. Essa orientação encontra-se na legislação nacional desde o Código Criminal do Império, que estabelecia, no art. 195, a pena de prisão, de dois a seis anos, para aquele que "ajudar alguém a suicidar-se, ou fornecer-lhe meios para esse fim com conhecimento de causa". O CP de 1890 descrevia, no art. 290, as condutas de "induzir, ou ajudar alguém a suicidar-se, ou para esse fim fornecer-lhe meios, com conhecimento de causa", às quais cominava uma pena de prisão, de dois a quatro anos. A norma em vigor, mantendo essencialmente esse conteúdo, incrimina as condutas de "induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça", para as quais prevê uma pena de reclusão, de dois a seis anos, se o suicídio se consuma, ou reclusão, de um a três anos, se, da tentativa de suicídio, resulta lesão corporal de natureza grave, bem como a duplicação da pena se o crime é praticado por motivo egoístico ou se a vítima é menor ou tem diminuída a capacidade de resistência.[244]

Outros ordenamentos jurídicos apresentam preceitos semelhantes, embora cominem penas diversas e difiram, em maior ou menor medida, da legislação nacional quanto à redação e o alcance do tipo penal. O CP Italiano estabelece, no art. 580,[245] o crime de

[243] A respeito, cf. Capítulo 1, ítem 1.6.

[244] O Anteprojeto de Código Penal, conhecido como Projeto Sarney, também prevê, no art. 122, o crime de induzimento, instigação ou auxílio a suicídio, com algumas alterações em face da legislação vigente: Art. 122 "Induzir ou instigar alguém ao suicídio ou prestar-lhe auxílio para que o faça: Pena – Reclusão, de dois a cinco anos, se o suicídio se consuma; ou reclusão, de um a quatro anos, se da tentativa de suicídio resulta lesão corporal grave. Parágrafo único. A pena é aumentada de um terço até metade, se o crime é cometido: I) por motivo egoístico; II) contra quem tenha a capacidade de resistência diminuída, por qualquer causa".

[245] Art. 580. Instigazione o aiuto al suicídio – "Chiunque determina altri al suicídio o rafforza l'altrui proposito di suicídio, ovvero ne agevola in qualsiasi modo l'esecuzione, è unito, se il suicídio avviene, con la reclusione da cinque a dodici anni. Se il suicídio non avviene, è punito con la reclusione da uno a cinque anni, sempre che

instigação ou ajuda a suicídio, incriminando a conduta daquele que determina ou reforça o propósito de outrem ao suicídio, ou de qualquer forma facilita a sua execução. Também o CP Português, no art. 135º,[246] pune quem incitar outra pessoa a se suicidar ou lhe prestar ajuda para esse fim, se o suicídio vier a ser tentado ou consumado. Na Espanha, com a entrada em vigor do CP de 1995, a questão foi tratada de forma pormenorizada no art. 143, que descreve diversas formas de intervenção no suicídio, com patamares específicos de pena: "ao que induza ao suicídio de outro", "ao que coopere com atos necessários ao suicídio de uma pessoa", e "se a cooperação chegar ao ponto de executar a morte".[247]

Diversamente, na Alemanha, não há qualquer disposição legal que incrimine, de forma expressa, a participação em suicídio. Versando sobre tema adjacente, o §216, do StGB, prevê o crime de homicídio a pedido, punindo àquele que seja determinado ao homicídio por pedido sério e inequívoco daquele a cuja vida se põe termo.[248]

Em face da legislação brasileira e de outras similares, da norma penal que trata da participação em suicídio, infere-se a impunidade da participação em outras formas de autolesão, porquanto aquela assinala a necessidade de tipificação expressa das correspondentes condutas do agente para que sejam puníveis, o que, em regra, não se verifica a respeito de bens jurídicos diversos da vida. A punição da participação em suicídio configura, portanto, uma hipótese excepcional. Também o §216, do StGB, é interpretado, na doutrina e na jurisprudência alemãs dominantes, como indicativo da impunidade da participação em suicídio e, por conseguinte, da participação em outras formas de autolesão.

Nesse quadro, a regra a respeito da responsabilidade penal daquele que intervém em uma autolesão pode ser diretamente deduzida do princípio geral da acessoriedade da

---

dal tentativo di suicídio derivi una lesione personale grave o gravissima. Le pene sono aumentate se la persona instigata o accitata si trova in una dele condizioni indicate nei numeri 1 e 2 dell'articolo precedente. Nondimento, se la persona suddetta è minore degli anni quattordici o comunque è priva dela capacità d'intendere o di volere, si appliano le disposizioni relative all'omicidio".

[246] Art. 135º Incitamiento ou ajuda ao suicídio. "1 – Quem incitar outra pessoa a suicidar-se, ou lhe prestar ajuda para esse fim, é punido com pena de prisão até 3 anos, se o suicídio vier efectivamente a ser tentado ou a consumar-se. 2 – Se a pessoa incitada ou a quem se presta ajuda for menor de 16 anos ou tiver, por qualquer motivo, a sua capacidade de valoração ou de determinação sensivelmente diminuída, o agente é punido com pena de prisão de 1 a 5 anos".

[247] Art. 143. "1. El que induzca al suicídio de outro será castigado con la pena de prisón de cuatro a ocho años. 2. Se impodrá la pena de prisón de dos a cinco años al que coopere con actos necesarios al suicídio de una persona. 3. Será castigado con la pena de prisón de seis a diez años si la cooperación llegara hasta el punto de ejecutar la muerte. 4. El que causare o cooperare activamente con actos necesarios y directos a la muerte de outro, por la petición expresa, seria e inequívoca de éste en el caso de que la víctima sufriera una enfermidade grave que conduciría necessariamente a su muerte, o que produjera graves padecimentos permanentes y difíciles de soportar, será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a las señaladas en los números 2 y 3 de este artículo".

[248] §216. "Homicidio a petición (1) Si alguien ha pedido a outro que lo mate por médio de expresa y seria petición del occiso, entonces debe imponer pena privativa de la libertad de seis meses a cinco años. (2) La tentativa es punible.

participação, que, em um viés qualitativo, determina que apenas pode ser punida a participação em uma conduta típica (acessoriedade mínima), típica e antijurídica (acessoriedade limitada), ou típica, antijurídica e culpável (acessoriedade máxima). Uma vez que a conduta do titular do bem jurídico não constitui um injusto típico, na ausência de normas especiais que incriminem a participação de terceiros, tal como se dá quanto ao suicídio, esta tampouco seria punível.

Assinala-se, também, que, se o titular realiza, por si mesmo, a ação que afeta diretamente o substrato de um bem jurídico, não concorre um fato previsto como crime na norma penal, ou seja, não se verifica, por exemplo, um "matar alguém" ou um "ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem", que abra o caminho para a responsabilização penal daquele que contribui para o fato, mas não realiza ações de execução.

Ademais, recentemente, em meio às considerações acerca dos casos de autocolocação em perigo, associam-se os de autolesão e o correspondente tratamento do terceiro interveniente ao princípio da autorresponsabilidade,[249] nas diversas formulações em que se faz presente na discussão dogmática. Nesse enfoque, integra-se essa questão, com frequência, à teoria da imputação objetiva, assinalando-se que a conduta autorresponsável do titular do bem jurídico impediria a atribuição do resultado àquele. Como destaca ROXIN, o alcance do tipo não abrange a hipótese de autocolocação em perigo, pois, "como demonstra a impunidade da participação em suicídio, o efeito protetivo da norma encontra seu limite na autorresponsabilidade da vítima" e a "impunidade da contribuição à autolesão dolosa embasa-se justamente na autorresponsabilidade daquele que se autolesiona".[250] Dessa forma, indica-se um argumento de ordem material para a exclusão da responsabilidade.

É certo que a concreção desse princípio é cercada de incertezas, quer porque muitos dos autores que o invocam para a solução deste e de outros casos não esclarecem a concepção adotada, quer porque apresentam concepções consideravelmente distintas. A autolesão, no entanto, constitui um ponto de convergência do alcance da ideia de autorresponsabilidade, em suas mais diversas compreensões, como base para afastar o injusto penal de terceiros intervenientes. De todo modo, as dúvidas suscitadas nesse âmbito, sobretudo quanto à diferenciação entre autolesão e heterolesão consentida, apontam que é indispensável indicar o fundamento material das soluções apresentadas.

Diante dos tipos penais mencionados e de sua interpretação sistemática, é evidente que a participação em autolesão e a heterolesão consentida não são valoradas da

[249] A respeito do princípio da autorresponsabilidade, cf. Capítulo 3, ítem 3.3.
[250] Respectivamente: ROXIN, Teoria da imputação…, cit., p. 108; ROXIN, Sobre a discussão… cit., p. 567.

mesma forma, uma vez que o legislador impõe tratamentos diversos ao agente em cada caso, com base na relevância da conduta dos envolvidos no evento para a produção do resultado, quando o bem jurídico é considerado indisponível.

No ordenamento jurídico nacional, por exemplo, se o agente oferecer uma arma para a vítima, sabendo que planeja suicidar-se, e ela, efetivamente, utiliza-a com esse fim, será punido por crime de participação em suicídio, nos termos do art. 122, do CP, com pena se reclusão, de dois a seis anos; se, porém, disparar contra a vítima, matando-a, a seu pedido, será punido por crime de homicídio, conforme o art. 121, do CP, com pena de reclusão, de seis a vinte anos. Situação análoga se verifica em legislações que, como a brasileira, incriminam a participação em suicídio, diante da disparidade das penas cominadas a esta e ao homicídio ou homicídio consentido, quando há norma específica.[251] Na Alemanha, por outro lado, a diferença se dá entre a impunidade e a punição por homicídio a pedido. A disparidade se verifica, ademais, quanto a outros bens jurídicos que sejam considerados indisponíveis: na ausência de tipificação expressa, aquele que participa de uma autolesão não responde pelo resultado, mas responde se a sua conduta qualificar-se como uma heterolesão, a despeito do consentimento do titular.

Dessa forma, estabelece-se uma divisão essencial para a determinação da responsabilidade penal: de um lado, há uma "lesão" da vítima pelo agente, com o seu consentimento e, de outro, uma "autolesão" da vítima, com a participação do agente. Nesta, ele deve responder por um delito punido de forma menos severa ou não deve responder em absoluto, em se tratando, respectivamente, da vida ou de outro bem jurídico. Naquela, a solução se condiciona ao posicionamento adotado a respeito da relevância e do alcance do consentimento, o que pode significar uma análise intricada e controvertida.

Tendo em vista as distintas consequências da participação em autolesão e da heterolesão consentida – ou porque há um salto mais ou menos significativo da pena entre a participação em suicídio e o homicídio consentido, ou porque a participação em outras

[251] No CP Italiano: Art. 579 Omicidio del consenziente "Chiunque cagiona la morte di uno uomo, col consenso di lui è punito con la reclusione da sei a quindici anni. Non si applicano le aggravanti indicate dell'articolo 61. Si applicano le dispozione relative all'omicidio se il fato è commesso: 1) contro una persona minore degli anni diciotto; 2) contro una persona inferma di mente, o che si trova in condizione di deficienza psichica, per um'altra intermitã o per 'abuso di sostanze alcooliche o stupefacenti; 3) contro una persona il cui consenso sai stato dal colpevole estorto con violenza, minaccia o sugestione, ovvero carpito con inganno". No CP Português: art. 134º Homicídio a pedido da vítima "1 – Quem matar outra pessoa determinado por pedido sério, instante e expresso que ela lhe tenha feito é punido com pena de prisão até 3 anos. 2 – A tentativa é punível". No CP Espanhol, parte da doutrina interpreta o apartado 3 do art. 143 como tipificação do homicídio consentido: Art. 143 "3. Será castigado con la pena de prisón de seis a diez años si la cooperación llegara hasta el punto de ejecutar la muerte". Outra parte, no entanto, entende que o homicídio a pedido se enquadra no art. 138, que define o crime de homicídio.

formas de autolesão é impune –, assume especial importância a delimitação entre ambas. São delineados caminhos diversos para estabelecer os critérios segundo os quais se deve submeter determinado fato a um ou outro regime, o que reflete formas também diversas de encarar a contribuição do titular do bem jurídico no evento. O ponto de partida, de todo modo, consiste em que se suicidar "comporta inequívocas conotações de autoria",[252] ou seja, uma conduta na qual autor e vítima coincidem.

Alguns casos submetidos à jurisprudência e repetidamente comentados na doutrina demonstram a complexidade dessa questão.

Em 1963, o BGH julgou um caso de duplo suicídio de um casal de amantes. Após uma tentativa fracassada, com a ingestão de comprimidos, os dois decidiram envenenar-se com monóxido de carbono em um automóvel. O acusado conectou uma mangueira ao tubo de escape, introduziu o outro extremo na janela do automóvel, subiu o vidro ao máximo e se sentou no acento do condutor. Em seguida, sua namorada sentou-se a seu lado e fechou a porta. O acusado, então, ligou o motor do carro e pisou o acelerador até perder a consciência. Apenas ele se salvou. O BGH o condenou como autor do crime previsto no §216 do StGB.[253]

Em 1987, o BGH se pronunciou sobre um caso no qual um médico, idoso e doente, decidiu, de modo plenamente responsável, suicidar-se por meio da injeção de um narcoanalgésico. Com receio de não ter forças para executar essa decisão, ele pediu a seu sobrinho que o ajudasse, se necessário. Alguns dias depois, o médico deu início à execução de seu plano, injetando em si mesmo a substância, e perdeu a consciência imediatamente após. O sobrinho, ao encontrá-lo inconsciente, temendo que a sua tentativa de suicídio falhasse, injetou-lhe outra dose. Não se pôde determinar com segurança se o médico morreria em decorrência da injeção que aplicara a si mesmo, mas apenas que, sem a intervenção do sobrinho, teria vivido ao menos uma hora a mais. O tribunal condenou o acusado, também, por homicídio a pedido da vítima.[254]

Destaca-se, na doutrina e na jurisprudência, a remissão da interação entre a vítima e o agente ao concurso de agentes, submetendo-a aos critérios formulados, em geral, para estabelecer os limites entre a autoria e a participação. Outros enfoques, contudo, ressaltam a especificidade dessa situação, em atenção à particular qualidade de um dos intervenientes, procurando estabelecer critérios próprios para designar quando há uma

[252] SILVA SÁNCHEZ, Causación de la propia muerte y responsabilidad penal de terceros: a propósito de la STS 8 julio 1985, ponente Cotta y Márquez de Prado. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, v. 40, n. 2, p. 451-477, mai./ago. 1987, p. 455 e 456.
[253] BGH NStZ 1987, 365. Caso exposto em: ROXIN, Claus. A apreciação jurídico-penal da eutanásia. Tradução de Luís Greco. In: ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
[254] BGH NStZ 1987, 365. Caso exposto em: ROXIN, Claus. A apreciação jurídico-penal..., cit.

autolesão, o que implicaria a qualificação da conduta do agente como mera participação, independentemente da forma de sua contribuição concreta para o resultado. Dado o destaque que recebe na doutrina e na jurisprudência e a polêmica que suscita, essa problemática será abordada, sobretudo, com base nos casos de suicídio e homicídio consentido.

2.1.2 O concurso de agentes

Seguindo a argumentação que infere o tratamento jurídico-penal daquele que participa em suicídio ou outras forma de autolesão do princípio da acessoriedade da participação, conforme diretrizes desenvolvidas no marco da teorização acerca do concurso de agentes, parte da doutrina aponta que a chave para determinar a qualificação que corresponde à conduta do titular do bem jurídico e do agente, quando ambos contribuem para resultado, encontra-se no critério empregado, em caráter geral, para delimitar a autoria e a participação.[255]

[255]Essa perspectiva pressupõe a adoção de uma distinção entre autoria e participação, o que se poderia considerar, à primeira vista, incompatível com a regulação do CP sobre o concurso de agentes. Em sua redação original de 1940, o art. 25 estabelecia um conceito extensivo de autor, dispondo que "quem, de qualquer modo, concorre para o crime, incide nas penas a este cominadas", tido como corolário da teoria da equivalência dos antecedentes causais. Dessa forma, o resultado seria atribuível, em sua totalidade, a cada um dos que cooperam para a sua produção, de modo que o partícipe também seria coautor. A reforma da Parte Geral de 1984 apenas acrescentou a referência à culpabilidade dos intervenientes. Assim, o art. 29 estabelece que "quem, de qualquer modo, concorre para o crime, incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade". Diante desse preceito, a doutrina nacional diverge acerca do conceito de autoria adotado na legislação em vigor. Alguns autores assinalam que o CP adotou uma teoria monista, embora matizada por meio da referência à adequação da punibilidade à medida da culpabilidade, que permitiria um tratamento diferenciado segundo graus de intervenção no delito. Cf. BITENCOURT, *Tratado de Direito Penal*, 1, cit., p. 416; PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. V. 1, p. 458.GUEIROS; JAPIASSU, *Curso de Direito Penal*, 1, cit., p. 289. Outros entendem que o CP apenas estabelece um sistema igualitário para autores e partícipes, ao impor a todos, em princípio, as mesmas penas, mas que dessa disciplina não se pode deduzir que todos que concorrem para o crime sejam autores, ou seja, que adota uma concepção monista do concurso de agentes. Cf. BATISTA, Nilo. *Concurso de Agentes*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008, p. 36 a 38; PIERANGELI, José Henrique; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de Direito Penal Brasileiro*: parte geral. 9. ed. São Pauli: RT, 2011, p. 574. A despeito da orientação do legislador histórico, as disposições legais a respeito do concurso de agentes não ignoram a distinção entre autores e partícipes. Há bases de apoio para uma distinção entre autoria e participação, no art. 31, que estabelece a regra da acessoriedade formal, ao determinar a impunidade do ajuste, da determinação, da instigação e do auxílio se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado, e no art. 29, §1º, que converte a participação de menor importância em causa de diminuição de pena. Ademais, a distinção também encontra apoio no princípio da legalidade, porquanto considerar apta a caracterizar a autoria toda e qualquer contribuição para o fato implica a dissolução das descrições dos tipos penais, enfraquecendo a sua função garantista de delimitação da esfera do punível. De todo modo, as normas que tratam do concurso de agentes são revestidas de uma abertura tal que permite a acomodação de diversas concepções sobre o tema. A doutrina mais recente acolhe, majoritariamente, a distinção entre autoria e participação. Dessa forma, em princípio, assumir essa perspectiva a respeito das condutas da vítima e do agente não encontra óbice na legislação vigente.

Diversas teorias foram desenvolvidas para tratar dessa questão ao longo da evolução da dogmática penal.[256] Atualmente, para a determinação do conceito de autoria, é dominante a teoria do domínio do fato, inclusive na doutrina e na jurisprudência nacionais.[257] Assim, a despeito das divergências suscitadas em sua concretização, que podem levar a consequências muito diversas quanto à intervenção da vítima, cumpre esboçar suas linhas gerais,

A teoria do domínio do fato nasceu unida ao conceito final de ação e à concepção pessoal do injusto, como critério de um conceito final de autor, senhor de sua decisão e da correspondente execução. Conforme WELZEL, nos delitos dolosos, "é autor somente aquele que, mediante uma condução, consciente do fim, do acontecer causal em direção ao resultado típico, é senhor da realização do tipo", distinguindo-se do mero partícipe em razão do domínio final sobre os acontecimentos.[258]

O domínio do fato é compreendido, então, como um critério nem puramente subjetivo, nem puramente objetivo, mas que toma a conduta sob ambos os aspectos: subjetivamente, a vontade criadora do fato típico; objetivamente, o significado da contribuição concreta para o fato típico.[259] Nos delitos comissivos dolosos, autor é aquele que domina a realização do fato típico, influenciando o seu *se* e o seu *como*, ou seja, que pode controlar o seu modo e determinar a sua continuidade ou interrupção. O domínio do fato agrega, então, a possibilidade de concretizar ou paralisar o delito e o conhecimento dessa possibilidade.

Essa teoria atende às formas básicas de autoria consagradas em sede legislativa, doutrinária e jurisprudencial: autoria imediata, coautoria e autoria mediata. Na lição de ROXIN, a quem se deve o seu desenvolvimento essencial, o domínio do fato se dá em distintas

---

[256]A teoria objetivo-formal considera autor aquele que realiza a ação típica, destacando a exigência de conformidade da ação com a descrição constante do tipo penal para a caracterização da autoria, e é criticada sobretudo em face da autoria mediata, que, embora admitida por seus defensores, não encontra explicação satisfatória em seus termos. As teorias objetivo-materiais, enfocando a relação entre a ação e o bem jurídico protegido, buscaram estabelecer a distinção entre autoria e participação na diferença de graus de importância objetiva ou relevância causal da conduta para a realização do fato típico e, nessa linha, formularam diversos critérios – tais como a necessidade, a delimitação temporal entre preparação e execução, a causalidade física, a causalidade psíquica e a supremacia do autor –, que, embora atentos à relação de interdependência entre as contribuições conducentes ao fim comum, foram rechaçados pela imprecisão dos conceitos com os quais operam. As teorias subjetivas, impulsionadas pela teoria da equivalência das condições, por sua vez, buscaram a diferença entre as formas de intervenção no delito em aspectos subjetivos, mormente na distinção entre ânimo de autor e ânimo de partícipe e nos fins ou interesses determinantes, mas receberam críticas em razão da dificuldade de definição e aplicação de seus parâmetros e do alheamento de quaisquer circunstâncias objetivas, que abrem margem ao arbítrio e podem conduzir a decisões insatisfatórias.

[257]Cf., BATISTA, *Concurso de agentes*, cit., p. 69 a 73; BITENCOURT, *Tratado de Direito Penal, I,* cit., p. 421 e 422; ZAFFARONI; PIERANGELI, *Manual de Direito Penal...*, cit., p. 577; PRADO, *Curso de Direito Penal Brasileiro*, I, cit., pp. 459 e 460; SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. 4. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 242.

[258]WELZEL, *Derecho Penal Alemán,* cit., p. 143.

[259]SANTOS, *A moderna teoria...*, cit., p. 241.

manifestações: 1) o *domínio da ação* conduz à autoria direta, consistente na realização pessoal e direta da ação típica; 2) o *domínio funcional do fato* ocorre na coautoria, em que cada interveniente detém o domínio do plano integral através da parte que lhe incumbe; 3) o *domínio da vontade* se verifica na autoria mediata, na qual o "homem de trás", autor mediato, se vale de outrem como instrumento.[260]

Supondo que tanto o agente quanto a vítima atuem de forma plenamente responsável, interessam a este estudo as figuras da autoria imediata e da coautoria.

É autor imediato aquele que realiza, pessoalmente, a conduta descrita na norma. O conceito objetivo-formal de autor é, assim, absorvido pela teoria do domínio do fato: o executor direto, preenchendo todos os requisitos objetivos e subjetivos do tipo penal, tem, indubitavelmente, o domínio do fato, através do domínio da ação.

A coautoria, por sua vez, é a realização conjunta do delito, de modo que cada um complementa, com a sua contribuição, a contribuição dos demais. O coautor não tem, por si só, o domínio do fato integral, mas tem algo mais que o domínio sobre sua própria parcela. O domínio do todo reside nas mãos de vários intervenientes, pois, devido a uma dependência recíproca, cada um pode anular o plano comum ao retirar sua intervenção. Para que se caracterize a coautoria, considera-se, usualmente, indispensável a concorrência de dois requisitos: a resolução comum para o fato e a realização comum dessa resolução. Assim, o domínio funcional do fato pertence àqueles que executam a conduta típica em conjunto ou que executam de forma fracionada as condutas que compõem um crime complexo, mas, de acordo com o entendimento majoritário, também pode estar nas mãos de quem não realiza, quer total, quer parcialmente, a descrição legal do delito.

A perspectiva em comento promove, então, o traslado do critério do domínio do fato, tal como formulado no marco do concurso de agentes, para a problemática da intervenção do titular do bem jurídico na consecução do resultado.[261] Dessa forma, há um suicídio quando a pessoa que quer morrer detém o domínio do fato, o que significa dirigir e controlar o processo de produção da morte, de modo que possa, a qualquer momento, interrompê-lo.[262]

Em consonância com esse ponto de vista, no mencionado caso do duplo suicídio, o BGH entendeu que, para determinar o alcance do §216, do StGB, é necessário delimitar a conduta incriminada da participação em suicídio, com apoio nos princípios que regem o

---

[260]ROXIN, *Autoría y domínio...*, cit., passim.
[261]GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora. *La puesta en peligro de la vida y/o integridade física asumida voluntariamente por su titular*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 125.
[262]ROMEO CASABONA, Carlos María. *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*. Granada: Comares, 2004, p. 98 e 99;

concurso de agentes, e recorreu à teoria do domínio do fato, assinalando que o relevante seria aferir quem dominou o evento conducente à morte. Na decisão, o tribunal atribuiu o domínio do fato ao acusado e condenou-o por crime de homicídio a pedido, destacando que ele continuou a ação executiva tendente à morte de ambos – pisar o acelerador para a entrada de gases no carro – até o momento em que perdeu a consciência.[263]

No traslado desse critério para a análise da interação entre a vítima e o agente, há casos que não ensejam grandes dificuldades. Se, por exemplo, o agente induz a vítima ao suicídio ou lhe fornece a arma de fogo, mas esta realiza, por si só, a conduta que conduz diretamente à morte, disparando contra si mesma, comete um suicídio, do qual o agente apenas participa. Por outro lado, se o agente aplica uma injeção letal à vítima, enquanto ela dorme, atendendo a um pedido seu, comete um crime de homicídio, embora com consentimento.

Em muitos outros casos, o critério do domínio do fato conduz à afirmação de uma situação análoga à coautoria ou "quase-coautoria". Se a vítima estende o braço para que o agente aplique a injeção letal, ou coloca-se à sua frente e permanece imóvel para que ele dispare uma arma de fogo contra si, pode-se afirmar que detém o domínio funcional do fato, tendo em vista que este não requer a execução de mão própria e que tais situações não diferem, substancialmente, daquela em que alguém segura a vítima para que outro a mate, o que comumente se considera coautoria. A caracterização do titular do bem jurídico como coautor será possível, então, em grande número de exemplos, pois, em regra, intervém na fase executiva e pode obstar a continuação do fato a qualquer momento, mesmo que a conduta que conduz diretamente ao resultado seja realizada apenas pelo agente.[264]

Cumpre observar que há compreensões diversas do domínio do fato, bem como outros critérios gerais de delimitação da autoria, que podem levar a conclusões também diversas acerca da conduta da vítima. É interessante a construção de GARCÍA ÁLVAREZ, que, seguindo

[263]Decisão exposta em: ROXIN, *Autoría y dominio*…, cit., p. 610.

[264]Uma questão controversa, no concurso de agentes, é a qualificação da autoria quanto ao mandante, ao chefe do bando ou ao organizador do plano. Na teoria de Roxin, há espaço para reconhecer a autoria dessas figuras quando intervêm, de alguma forma, no momento da execução do delito. Levada essa hipótese para a análise da interação entre a vítima e o agente no suicídio, uma vez que aquela configure o plano de sua morte, quase invariavelmente, poderia afirmar-se a sua qualificação de autora e, portanto, caracterizar-se o fato, sob esse ângulo, como suicídio. De forma semelhante, manifesta-se García Álvarez, em sentido crítico, rejeitando a autoria. Cf. GARCÍA ÁLVAREZ, *La puesta en peligro*..., cit., p. 138. Ademais, a doutrina e a jurisprudência nacionais são mais flexíveis a respeito dessa questão, reconhecendo como autores também os intervenientes cuja contribuição se limita à fase de preparação, quer como coautores, quer como autores mediatos – não sem algum comprometimento do sentido original dessas categorias dogmáticas e da própria concepção de domínio do fato expressamente adotada. Dessa forma, até mesmo o pedido da vítima poderia ser suficiente para afirmar-se um suicídio.

LUZÓN PEÑA,[265] toma a "determinação objetiva e positiva do fato" como base caracterizadora da autoria comum aos delitos dolosos e culposos, à qual se soma a direção consciente e final para que se configure o domínio do fato nos delitos dolosos. A essa colocação, a doutrinadora acresce que é autor apenas quem realiza, mediata ou imediatamente, a conduta típica, sob o argumento de que somente quem a leva a cabo tem, verdadeiramente, em suas mãos, o desenvolvimento dos acontecimentos. Dessa forma, a seu ver, para a coautoria, é necessário que os intervenientes determinem conjuntamente a ação ou ações típicas ou que cada um deles realize, em execução do plano comum, uma das ações típicas. Assim, "o titular do bem jurídico será autor de sua própria lesão ou de sua própria morte, quando seja ele o que determina objetiva e positivamente a conduta lesiva ou mortal, realizando-a por si mesmo [...], assim como quando a realize, de comum acordo, com o terceiro interveniente"; e "só haverá heterolesão consentida (homicídio consentido) quando unicamente seja o terceiro o que determine objetiva e positivamente a conduta mortal".[266]

Nesse enfoque dogmático, no entanto, a classificação de um fato em termos de autolesão e heterolesão consentida pode ser encarada em duas perspectivas: a do titular do bem jurídico e a do agente. Em um primeiro momento, é necessário aferir, da perspectiva daquele, se a sua conduta constitui uma autolesão. Por outro lado, independentemnte de caracterizar-se uma autolesão, é possível que, da perspectiva do agente, a sua conduta seja de mera participação em autolesão ou de heterolesão.

Há uma zona em que se sobrepõem classificações distintas de acordo com o ponto de vista adotado, o que se pode verificar, em maior ou menor medida, em quaisquer critérios de distinção. Afirmar um suicídio, portanto, não decide sobre a responsabilidade penal do agente, porquanto se faz necessário perquirir, mesmo constatado o domínio do fato do titular do bem jurídico, se aqueleo deve responder como autor de um homicídio consentido ou partícipe de um suicídio.

Caso se constate que o agente também detém o domínio do fato, ou seja, que há um domínio do fato compartilhado entre os intervenientes ou uma "quase-coautoria", pode-se dizer que a vítima é autora de um suicídio e que o agente é autor de um homicídio, configurando-se o que alguns doutrinadores denominam "homicídio-suicídio".[267] Nessa hipótese, são adotados dois caminhos: o primeiro consiste em tomar como decisiva a conduta

[265]LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. La determinación objetiva del hecho: observaciones sobre la autoría en delitos dolosos e imprudentes de resultado. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, v. 42, n. 3, p.889-913, set./dez. 1989.
[266]GARCÍA ÁLVAREZ, *La puesta en peligro...*, cit., p. 154 e ss. e 196 e ss.
[267]ROMEO CASABONA, *Los delitos contra la vida...*, cit., p. 113.

da vítima, considerando-se que, se há um suicídio, afasta-se a punição do agente por homicídio, de modo que a sua contribuição para o fato se qualifica como mera participação; o segundo, em tomar como decisiva a conduta do agente, considerando-se que, se detém o domínio do fato, é autor de um homicídio e deve ser punido nesses termos, mesmo que a vítima seja também autora da própria morte.

Essa questão é discutida em face do StGB. Embora ROXIN adote uma construção diversa para tratar da interação entre o agente e a vítima, ao comentar o caso do duplo suicídio, assevera que, mesmo que se pretenda trasladar os critérios gerais do domínio do fato para esse âmbito, ao reconhecer-se uma situação de "quase-coautoria" entre o agente e a vítima, a estrutura teleológica do §216, do StGB, indica que o agente não pode ser considerado coautor desse tipo penal.[268] De forma semelhante, HIRSCH aduz que o critério decisivo de delimitação entre a participação em suicídio e o homicídio consentido é o domínio do fato e que, se o suicida atua por livre decisão, todos os intervenientes, com independência de uma eventual posição de garante, são apenas partícipes impunes. A seu ver, há um suicídio – e consequentemente, participação impune – se um médico, a pedido do paciente, não apenas lhe entrega um copo com comprimidos de efeito letal, mas também se, dada a incapacidade do paciente, coloca-o em seus lábios para que possa ingerir o conteúdo, porquanto a última decisão – a de beber – é tomada pelo paciente.[269]

De outro lado, diz-se que, se o agente também ostenta o domínio do fato, não há razão pela qual não deva responder por uma conduta que se encontra expressamente incriminada como homicídio. Conforme GARCÍA ÁLVAREZ, sempre há um suicídio quando a vítima detém o domínio do fato, quer isoladamente, quer conjuntamente com o agente, mas essa qualificação não decide o tratamento deste, pois, em caso de "coautoria", deverá responder pelo fato que também domina; é dizer, o suicídio da vítima não reduz a conduta do agente à mera participação se ele também detém o domínio do fato.[270] Trasladando essas considerações ao StGB, assinala a autora que, se há uma "coautoria", o agente deve responder pelo §216, de modo que essa disposição abrange não apenas o homicídio a pedido, no qual apenas ele domina o fato, mas também o suicídio, se ele também domina o fato.[271]

No CP Espanhol, esse problema pode resolver-se por meio da adequação típica específica do art. 143.3, que incrimina a "cooperação que chegar ao ponto de executar a

[268]ROXIN, *Autoría y domínio...*, cit., p. 612.
[269]HIRSCH, Hans Joachim. Consentimiento y autodeterminación. Tradução do alemão de Manuel Cancio Meliá. In: HIRSCH, Hans Joachim. *Derecho Penal*: obras completas. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2002. T. 3, p. 99.
[270]GARCIA ÁLVAREZ, *La puesta en peligro...*, cit., p. 212.
[271]GARCIA ÁLVAREZ, *La puesta en peligro...*, cit., p. 148 e s., 200 e s., 239 e s.

morte", que, de acordo com uma interpretação difundida, abrange a hipótese em que o agente e o titular do bem jurídico compartilhem o domínio do fato. Nesse sentido, SILVA SÁNCHEZ assevera que, na "quase-coautoria", há um homicídio do agente para o qual contribui a vítima, assim como um suicídio da vítima para o qual contribui o agente, estabelecendo-se um concurso de leis entre os tipo penal do homicídio e o tipo penal em referência, que se resolve, de acordo com o princípio da especialidade, pela prevalência do segundo.[272] Esse entendimento, contudo, não é pacífico.[273]

Em face do CP brasileiro, ao encarar-se essa particular interação como concurso de agentes para a distinção entre condutas de autoria e participação, de acordo com as estruturas gerais formuladas nesse âmbito, também seria possível questionar por que crime deve

[272]Essa manifestação se deu na vigência do CP Espanhol anterior, que continha, no art. 409.II, uma tipificação correspondente à do art. 143.3 do CP de 1995. SILVA SÁNCHEZ, Causacion de la propia..., cit., p. 464.

[273]No ordenamento espanhol, a abordagem legal das diversas formas de interação entre a vítima e o agente em caso de morte leva a considerações especiais sobre cada uma. Na vigência do antigo CP, eram expressamente tipificados, nos dois incisos do art. 409, o prestar auxílio ou induzir a que outrem se suicide e o prestar auxílio até o ponto de executar por si mesmo a morte. O inciso I não ensejava dificuldades, uma vez que tratava de autoria exclusiva da vítima e de mera participação do agente. O inciso II, no entanto, suscitava controvérsias na doutrina, recebendo uma série de denominações, como homicídio consentido, homicídio-suicídio e auxílio executivo a suicídio, que refletem compreensões diversas da conduta incriminada, desde uma maior proximidade com uma colaboração em um suicídio até uma maior proximidade com o homicídio simples. Uma interpretação para essa disposição, defendida por Díez Ripollés e Gimbernat Ordeig, considerava que não descreveria um suicídio, mas uma execução da morte pelo agente, e portanto, um homicídio consentido. Outra interpretação assinalava que, por um lado, ainda designaria um suicídio, ou seja, um caso de autoria da própria vítima, e, por outro, que trataria de participação de terceiro mediante um auxílio executivo, de acordo com o entendimento segundo o qual o auxílio executivo não seria uma forma de coautoria, mas de participação. Por fim, a interpretação adotada por Silva Sánchez, partindo da mesma consideração de que a lei ainda se referiria a um suicídio, asseverava que se trataria de uma coautoria do terceiro, de acordo com o entendimento segundo o qual o auxílio executivo seria uma forma de coautoria, e não de mera participação, de modo que a disposição descreveria uma situação em que tanto o suicida quanto o agente detêm o domínio do fato e, portanto, um caso de "quase-coautoria" entre ambos. Cf. DÍEZ RIPOLLÉS, GRACIA MARTÍN, *Delitos contra bienes*..., cit., p. 220; GIMBERNAT ORDEIG, Induccion y auxilio..., cit., p. 165 e 171 a 173; SILVA SÁNCHEZ, Causacion de la propia..., cit., p. 463 e 464. Com a entrada em vigor do CP de 1995, a questão continua controversa em alguns pontos. O apartado 1 trata de suicídio, do qual o agente apenas participa através da indução, levando outra pessoa a adotar a resolução de tirar a própria vida. O apartado 2, por sua vez, também trata de suicídio, do qual o agente participa por meio de atos necessários, cooperando com o suicida, mas não executando a morte. Fica excluída, ante o silêncio do artigo, a punibilidade da cumplicidade em suicídio. Por fim, o apartado 3, que descreve o caso em que "a cooperação chegar ao ponto de executar a morte", suscita as mesmas controvérsias que o anterior art. 409, II. Para Cardenete, esse apartado tipifica um homicídio consentido, no qual a vítima deixa sua vida nas mãos de um terceiro, a quem autorizou a realizar o fato, de modo que não cabe a ela o controle da execução da conduta. Por outro lado, para Romeo Casabona, esse apartado também trata de suicídio, isto é, de autoria da vítima, que deve conservar o domino do fato até o fim, mas no qual o sujeito ativo executa pessoalmente a morte, ou seja, realiza a ação de matar outra pessoa, praticando, assim, atos de autoria e, portanto, compartilhando o domínio do fato com aquela. García Álvarez, por sua vez, entende que o art. 143.3 abrange tanto os casos em que há uma "quase-coautoria" entre a vítima e o agente, ou seja, os casos de suicídio em que o agente também domina o fato, quanto os casos de homicídio consentido, em que apenas o agente domina o fato, pois, em ambos, há um concurso de leis entre o preceito no qual se castiga o homicídio e o art 143.3, que se resolve a favor deste, dado o domínio do fato e o consentimento da vítima. Cf. OLMEDO CARDENETE, Miguel. Responsabilidad penal por la intervención en el suicidio ajeno y en el homicidio consentido. In: ROXIN, Claus et al. *Eutanasia y suicidio***:** cuestiones dogmáticas y de política criminal. Granada: Comares, 2001, p. 147 e 148; GARCIA ÁLVAREZ, *La puesta en peligro*..., cit., p. 210 a 214; ROMEO CASABONA, *Los delitos contra*..., cit, p. 111 a 114.

responder aquele que intervém juntamente com o titular do bem jurídico quando ambos dominam o fato – se por homicídio (art. 121) ou participação em suicídio (art. 122).

A despeito das divergências pontadas, uma vez que se pretenda manter uma estrita remissão dessa problemática ao concurso de agentes, é forçoso reconhecer que, se a conduta do agente constitui autoria do tipo de homicídio, carece de sentido afirmar que se subsume ao tipo de "induzimento, instigação e auxílio" a suicídio. Aquele que ostenta o domínio do fato é autor de um homicídio, e não apenas partícipe de um suicídio, impondo-se a atribuição da responsabilidade penal correspondente, mesmo que o titular do bem jurídico seja, também, autor da própria morte. Nesse enfoque dogmático, o decisivo deve ser a conduta do agente.

Dessa forma, ao submeter-se a interação entre o agente e a vítima ao critério do domínio do fato, tal como formulado em caráter geral e de acordo com a compreensão dominante na doutrina nacional, mesmo quando esta executa a conduta que se vincula imediatamente ao resultado, aquele pode responder por homicídio consentido, e não por participação em suicídio, caso seja coautor. Como observa JAKOBS, em crítica àqueles que, partindo dessa perspectiva, entendem que decai toda possibilidade de autoria do agente em caso de autolesão de mão própria da vítima, "essa solução adoece de equiparar o incompatível: a contribuição para o fato, ainda que realizada pela própria vítima tampouco favorece decisão alguma relativa à lesão a outro se é de intensidade configuradora própria da coautoria".[274] Conclusão diversa implica um desvio da proposta inicial, decorrente de uma atenção, ainda que velada, à especificidade dessa situação.

Com efeito, a resposta que se encontra, de forma imediata, para aferir a responsabilidade do terceiro interveniente na autolesão é o recurso aos critérios relativos ao concurso de agentes em um delito. Tendo em vista os termos em que o art. 122 descreve a intervenção em suicídio, usualmente associados a formas estritas de participação – induzimento, instigação e auxílio – em princípio, nada parece sugerir a adoção de postura diversa no exame da interação entre o agente e a vítima. Essa perspectiva, no entanto, sujeita-se a objeções.

Ante a compreensão corrente do domínio do fato, qualquer intervenção do titular do bem jurídico, no momento da execução, torna-se suicídio e mesmo em casos nos quais a sua intervenção se dá de formas que se poderiam considerar nucleares a esse conceito pode identificar-se, concomitantemente, um homicídio. Nessa medida, esse modo de encarar a

[274] JAKOBS, *Derecho Penal*, cit., p. 756.

questão contribui para borrar as fronteiras da punibilidade, o que se evidencia nos não raros desvios em que incorrem a doutrina e a jurisprudência em face do ponto de partida adotado.

Essa dificuldade pode ser corrigida ou atenuada por meio de variações das construções teóricas com as quais se confronta a interação entre a vítima e o agente, como, por exemplo, por meio de uma concepção diversa do domínio do fato, que articule uma visão mais restritiva da autoria. Esse caminho é seguido por uma parte da doutrina, que logra, dessa forma, alcançar soluções aceitáveis e coerentes com as próprias premissas. Assim, as críticas ao emprego da teoria do domínio do fato à problemática em estudo, tal qual formulada no contexto do concurso de agentes, embora relevantes em face de posições consolidadas na doutrina nacional, poderiam ser consideradas secundárias, uma vez que se associam a concepções que o direito positivo não obriga a adotar.

No entanto, remeter diretamente os questionamentos acerca da interação entre o agente e a vítima aos critérios formulados no marco do concurso de agentes significa desconhecer a especificidade daquela situação frente a esta. As teorias da autoria e da participação referem-se a agentes que concorrem para a realização de um delito, aos quais não se assimila a vítima, pois se trata do titular do bem jurídico atingido, cuja conduta não constitui injusto penal. A circunstância de que um dos intervenientes no processo que leva ao resultado é uma pessoa que age de forma livre e responsável, com respeito a fato pertinente a si mesma, não deve ser ignorada em favor da aplicação de construções voltadas para atender a problema diverso.

A demarcação das fronteiras entre a participação em autolesão e a heterolesão consentida, para fins de determinar a responsabilidade penal, deve relacionar-se às razões pelas quais recebem uma valoração distinta. As teorias do concurso de agentes, portanto, não devem ser, necessariamente, empregadas para assinalar quando o interveniente apenas participa em uma autolesão do titular do bem jurídico e quando o lesiona com o seu consentimento. Não se descarta a possibilidade de que essa demarcação possa coincidir com alguma concepção do domínio do fato ou outro critério formulado no marco geral da autoria e da participação, mas uma coincidência seria eventual e, desde já, não se verificar em face da compreensão dominante no âmbito nacional.

As construções de ROXIN e JAKOBS, por sua vez, procuram atender, precisamente, à necessidade de uma análise especial da interação entre a vítima e o agente. Embora divirjam nos resultados a que chegam, ambas as propostas tem como base uma consideração comum: o que caracteriza a autolesão é que a vítima tenha em suas mãos o domínio da decisão

definitiva acerca da realização do resultado, de modo que o agente apenas deve responder caso a despoje da decisão no momento final.

2.1.3 A atuação em último lugar (Jakobs)

Antes de tratar da problemática da autolesão na concepção de JAKOBS, faz-se necessário traçar as linhas gerais de sua teoria da imputação objetiva, inserida no contexto dos esforços para a construção de um sistema do Direito Penal centrado na reafirmação da vigência da norma violada pelo comportamento do agente.

Nesse marco, à imputação objetiva cumpre determinar se ocorre uma expressão de sentido típica, indicando os pressupostos que tornam uma causação um complexo significativo que comunica um esboço de mundo no qual a norma violada não vige. JAKOBS A divide em dois níveis: a imputação objetiva do comportamento e a imputação objetiva do resultado.[275] É no primeiro que se inserem questões relativas à intervenção da vítima.

Esse nível se refere à separação entre o comportamento permitido e o não permitido. Segundo JAKOBS, no convívio social, cada um espera dos demais que se comportem de determinada maneira e orienta seu próprio comportamento segundo essas expectativas. O Direito não impõe que todos busquem evitar todos os danos possíveis, mas atribui encargos àqueles que ocupem determinadas posições no contexto de interação. Assegura-se, então, o cumprimento de um "papel", ou seja, um conjunto de expectativas ligado à pessoa, referente à função que desempenha em determinado contato social, incumbindo-lhe da administração de certo segmento do acontecer, de acordo com um padrão. As expectativas dirigidas ao portador de um papel configuram o esquema de interpretação a partir do qual a conduta adquire um significado socialmente vinculante.[276]

JAKOBS assimila o papel à figura da posição de garantidor, desenvolvida no âmbito do delito omissivo impróprio: ao garante (portador do papel), atribui-se tudo o que resulte da quebra da garantia (papel), por meio de ação ou omissão. A imputação objetiva exige, portanto, não apenas uma causação contrária à norma, mas uma a causação cuja evitação é garantida. O desempenho errôneo do papel implica uma defraudação de expectativas que reflete um questionamento da norma e, portanto, configura uma conduta objetivamente típica.

---

[275]JAKOBS, *A imputacao objetiva...,* cit., p. 76.
[276]JAKOBS, *A imputacao objetiva...,* cit., p. 19 e 20.

Como instituições que delimitam os papeis e determinam quando se deve imputar um curso lesivo ao portador, enunciam-se o risco permitido, o princípio da confiança, a proibição de regresso e a competência da vítima.[277]

JAKOBS apresenta um tratamento disperso da intervenção da vítima em sua teoria do injusto penal, agregando considerações nos âmbitos da tipicidade e da antijuridicidade. Figurando ao lado das demais instituições que descrevem limites para a imputação objetiva, a "competência da vítima" lhe assinala um âmbito de responsabilidade ao qual podem ser imputados determinados fatos, com a consequente exclusão da responsabilidade penal do agente, dentre os quais se inserem alguns daqueles em que a explicação da lesão se encontra na vontade ou na violação de deveres de autoproteção, enquanto outros são tratados entre as causas de justificação.[278] Quanto à autolesão,[279] JAKOBS adota, como ponto de partida, a referência do conceito de autor ao tipo.

Conforme JAKOBS, o injusto dos delitos contra as pessoas consiste na "arrogação" de um âmbito de organização alheio. Quando aquele que tem direito a atuar nesse âmbito participa de maneira imputável da organização, nenhum outro interveniente se arroga nada frente a ele e, portanto, não há injusto. Assim, também o consentimento e outras formas de intervenção da vítima impediriam a existência de um injusto, uma vez que afastam o elemento da arrogação da organização alheia, mas o ordenamento jurídico alemão, ao incriminar o homicídio a pedido, impõe de *lege lata* uma diferença entre "autolesão" e "lesão a outro", demonstrando que nem toda participação imputável da vítima priva a conduta de terceiros da qualificação de "lesão a outro", é dizer, que, embora a vítima peça ao agente que a mate, este comete um homicídio a pedido, e não uma mera participação em suicídio.[280]

Essa diferença calcada na realização exterior demanda a indicação do elemento essencial que fundamenta a valoração diversa. Para JAKOBS, tendo em vista que se trata de uma decisão por punibilidade ou total impunidade, não merecem consideração critérios de distinção quantitativos, pois não explicam satisfatoriamente o hiato. Assim, não se ocupa de determinar se, por exemplo, toda intervenção do terceiro na qualidade de autor ou coautor conduz ao homicídio a pedido, ou, pelo contrário, se toda intervenção por parte de quem pede

---

[277] JAKOBS, *A imputacao objetiva...*, cit., 24 e ss.

[278] Cf. Capítulo 2, ítem 2.2.3.2; Capítulo 3, ítem 3.1.3; e Capítulo 3, ítem 3.2.3.

[279] Como "autolesão" e "lesão a outro" Jakobs trata, conjuntamente, do que se convencionou denominar, de um lado, autolesão e autocolocação em perigo, e, de outro, heterolesão e heterocolocação em perigo, sem apontar uma diferença calcada na referência do aspecto subjetivo da vítima ao resultado. Assim, as considerações trazidas no presente tópico aplicam-se, igualmente, à autocolocação em perigo. Tendo em vista a forma de exposição do tema adotada neste estudo, no entanto, a aplicação da construção de Jakobs à autocolocação em perigo será abordada especificamente no capítulo seguinte. Cf. Capítulo 3, ítem 3.1.3.

[280] JAKOBS, La organización..., cit., p. 310 e 311.

para morrer exclui a responsabilidade dos demais, que, a seu ver, conduziriam sempre, respectivamente, à existência ou de um homicídio a pedido ou de uma participação em suicídio. Por motivos semelhantes, a diferença também não se pode encontrar na arrogação de organização alheia, tampouco na indicação de quem tem o motivo dominante.[281]

Na perspectiva de JAKOBS, para aferir a responsabilidade penal de terceiros intervenientes, é necessário determinar quando há um suicídio, ou, em geral, uma autolesão, o que afasta de sua conduta a qualidade de uma "lesão a outro". A fim de diferenciar a autolesão e a lesão a outro, o único critério viável, a seu ver, consiste em determinar quem tem o domínio sobre a decisão acerca da realização ou não do fato – único fator que propicia uma explicação das distintas valorações do legislador quanto a essas duas figuras, associada à preocupação de que o titular do bem jurídico tome por si mesmo a decisão definitiva.

Assim, supondo que nenhum dos intervenientes apresente imputabilidade limitada, há uma autolesão quando a vítima comete o fato por si mesma, de mão própria, ou seja, quando atua em último lugar. Conforme JAKOBS, "quem deixa à vítima ao menos o domínio da decisão sobre a contribuição que ele realiza, não toma parte no injusto de uma lesão a outro".[282] Dessa forma, por exemplo, a entrega de uma arma é uma participação em suicídio alheio; o disparo da arma contra quem o pede é um homicídio a pedido.[283] A atuação em último lugar, *per se* uma constatação puramente naturalística, adquire relevância jurídica porque é o último a atuar quem decide, definitivamente, se o fato será levado a cabo ou não, o que o destaca frente aos demais intervenientes.

Não obstante, para JAKOBS, esse destaque não é suficiente para explicar a distância que a lei estabelece entre a participação em suicídio e o homicídio a pedido, pois pode carecer de relevância quem realiza o último ato. Considerando que o significado do comportamento, para o Direito Penal, deve reger-se pelo contexto no qual tem lugar, do qual formam parte todas as tendências lesivas de cuja evitação o agente é garante, a atuação em último lugar deve completar-se com a ideia de competência. Assim, atua de mão própria aquele que atua como o último responsável do acontecimento, isto é, como garante de sua evitação. O "atuar em último lugar" abrange, assim, a comissão e a omissão.[284]

Nesse quadro, uma vez que, na omissão, o que conta não é a possibilidade de evitação em si mesma, mas a infração do dever de fazer uso da possibilidade de evitação, para a vítima, a omissão tem lugar com a vulneração de uma obrigação de autoproteção. Conforme

[281]JAKOBS, *Suicídio, eutanásia...*, cit., p. 341.
[282]JAKOBS, *Derecho Penal*, cit., p. 757.
[283]JAKOBS, La organización..., cit., p. 311; JAKOBS, Sobre el injusto..., cit., p. 341 e 342.
[284]JAKOBS, La organización…, cit., p. 312 a 315.

o entendimento de JAKOBS, todos devem assumir, de modo geral, a responsabilidade a respeito da própria existência na qualidade de garantes. A obrigação de autoproteção tem um fundamento institucional; não decorre de um comportamento prévio de colocação em perigo e carece de um momento temporal de aparição. Assim, todo aquele que não se salva frente a um perigo de morte lesiona a si mesmo.[285]

A fim de definir quando a omissão do agente ocupa o último lugar, JAKOBS ressalta que o momento no qual a omissão equivale à comissão não é qualquer momento no qual deveria realizar o comportamento salvador, mas aquele no qual adquire competência a respeito do salvamento, quando coincidem o seu âmbito de organização e o da vítima, de modo que é preciso reorganizar o primeiro em favor do segundo. Assim, há lesão a outro se a competência do agente surge depois da competência da vítima; há participação em autolesão se se fundamenta uma competência na qual é preciso que a vítima intervenha para que se produza o resultado, é dizer, se os efeitos da contribuição daquele se encontraram mediados pelo comportamento desta.[286]

Dessa forma, quem abre a válvula de um depósito de gás tóxico a pedido de alguém que quer pôr fim à própria vida, caso este possa, em seguida, abandonar o local ou fechar a válvula, apenas participa de um suicídio cometido por omissão, de modo que a solução é a mesma se a vítima já se encontra no local e permanece ou se adentra no local apenas após o comportamento do agente. No mesmo sentido, se o agente incendeia a casa de seu inimigo para matá-lo e este não abandona o local porque quer morrer, à parte a tentativa de homicídio, verifica-se uma participação atípica em suicídio por omissão, mesmo que o agente pudesse salvá-lo uma vez que estivesse inconsciente, porque adquiriu competência através do incêndio, antes da omissão da vítima contrária a suas obrigações de autoproteção. Por outro lado, aquele que desfere um golpe contra a vítima, que não o evita, comete uma lesão a outro; o motorista que atropela um suicida que se lança na frente de seu automóvel, embora pudesse frear, comete um homicídio a pedido por omissão, pois é garante da coisa perigosa "automóvel"; o trapezista que não recolhe seu companheiro durante uma apresentação também comete um homicídio a pedido por omissão, porque participou da criação do risco especial ao subir com ele no trapézio; o mesmo se dá se um médico, depois de seccionar uma veia do paciente, não a restabelece a seu pedido, uma vez que organizou o risco especial de

[285]JAKOBS, La organización…, cit., p. 316 a 318.
[286]JAKOBS, La organización…, cit., p. 319 e 320.

seccionamento, ou se um enfermeiro que banha um paciente o solta para afogar-se a seu pedido, pois organizou o evento perigoso "banho".[287]

No discutido caso do duplo suicídio, JAKOBS entende correta a decisão do BGH que condenou o acusado por homicídio a pedido, ao considerar decisivo o fato de que ele continuou a atuar após a vítima perder a consciência e, portanto, deixar de ter a possibilidade de evitar o resultado, porquanto teve o domínio superior da decisão. Se, pelo contrário, o agente houvesse perdido a consciência em primeiro lugar, de modo que a vítima ainda pudesse sair do carro após esse momento, à parte a tentativa de homicídio a pedido, haveria um suicídio. Contra a objeção de que, segundo esse entendimento, a solução dependeria de uma circunstância casual, JAKOBS aduz que a autoria sempre depende do curso dos acontecimentos. Da mesma forma, tendo em vista a inconsciência da vítima, quanto ao caso do médico e de seu sobrinho, também entende tratar-se de um homicídio a pedido – que, porém, não deveria ser punido, por razões relativas ao tratamento que confere ao consentimento.[288]

JAKOBS reconhece que a hierarquia entre agente e vítima pode ser difícil de determinar no caso concreto. Assim, assinala que, em um ataque antijurídico, o agente sempre será, primariamente, responsável, na medida em que exerça influência sobre o curso causal conducente ao resultado, como, por exemplo, se a vítima apenas tolera que destrua sua propriedade; por outro lado, a tolerância se converte em domínio da decisão se falta todo motivo razoável para não impedir a produção do resultado, como no exemplo daquele que permanece no local incendiado.[289]

Por fim, quanto aos casos em que o agente e a vítima atuam conjuntamente em último lugar, considerando que, em alguma medida, a vítima lesiona a si mesma ao participar da decisão sobre a realização do fato e pode, ao negar a sua contribuição, privar de eficácia a contribuição do agente, JAKOBS os assinala ao âmbito da autolesão. Há simultaneidade quando, entre o comportamento de cada um, não há espaço de tempo que deixe a apenas um dos dois uma oportunidade de decidir aplicável na prática. Dessa forma, se a vítima pode subtrair-se aos efeitos do comportamento do agente, no momento da execução, há simultaneidade, tal como no exemplo em que alguém estende o braço para que outrem lhe aplique uma injeção letal. Segundo JAKOBS, essa forma de traçar os limites entre autolesão e lesão a outro é necessária porque a lei obriga a atribuir o evento à vítima ou ao agente quando

[287]JAKOBS, *Derecho Penal*, cit., p. 758; JAKOBS, La organización…, cit., p. 316 e 317.
[288]JAKOBS, *Derecho Penal*, cit., p. 757 (nota de rodapé); JAKOBS, Suicidio, eutanásia..., cit., p. 33 e 42.
[289]JAKOBS, *Derecho Penal*, cit., p. 758 (nota de rodapé)

se mesclam elementos de ambas. A opção que adota, em favor de uma solução segundo a qual o comportamento tem que ser, em sua totalidade, lesão a outro para comportar punição pode ser fundamentada na lei em tão escassa medida quanto a opção contrária.[290]

Resumidamente, segundo JAKOBS, há autolesão se o titular do bem jurídico tem a última decisão sobre o acontecimento, o que se dá quando atua em último lugar ou simultaneamente com terceiros, quer por meio de uma comissão, quer por meio de uma omissão de salvamento, ou seja, estabelecendo o processo que leva ao resultado ou deixando de subtrair-se dele uma vez posto em marcha.

Não obstante JAKOBS atente para a particularidade da interação entre a vítima e o agente, alguns pontos de sua construção se afiguram criticáveis, porquanto se vinculam a sua concepção do injusto penal e da imputação objetiva, tendo em vista a referência à violação de expectativas normativas que lhes serve de base, e introduzem um fator de grande complexidade na solução de casos concretos, sobretudo quanto às variações que a posição de garante introduz na indicação de quem atua em último lugar,

A existência de deveres de autoproteção, aos quais JAKOBS recorre para fundamentar a posição de garante da vítima a respeito do próprio âmbito de organização, é objetável, na medida em que sugere a imposição a cada um de deveres para consigo mesmo ou para com a sociedade a respeito dos próprios bens jurídicos – deveres de manter-se vivo ou são[291] – o que não se coaduna com o respeito à autonomia pessoal. Tampouco se identificam os parâmetros a partir dos quais seria possível definir esses deveres e determinar a sua incidência.

Ademais, o recurso às relações de sucessão entre as ações e omissões da vítima e do agente torna tênue a diferença entre o que se pode qualificar como autolesão ou como lesão a outro, como demonstram alguns dos exemplos mencionados pelo autor: de uma parte, se a vítima permanece imóvel para receber um tiro desferido pelo agente, há uma lesão a outro; de outra, se estende o braço para que o agente lhe aplique uma injeção letal, há uma autolesão.

O critério da atuação em último lugar, tal como desenvolvido por JAKOBS, aliado à resposta apresentada diante da simultaneidade, pode conduzir a afirmar-se uma autolesão, desde que a vítima possa subtrair-se dos efeitos da ação do agente e não o faça, uma vez que a sua omissão, simultânea àquela, concederia a ela o domínio da decisão. Levado esse critério a suas últimas consequências, conforme adverte GANDARA VALLEJO, chega-se à conclusão de que os limites entre a autolesão e a lesão a outro ficam borrados, uma vez que o

[290]JAKOBS, *Derecho Penal*, cit., p. 758 (nota de rodapé); JAKOBS, La organización…, cit., p. 318 e 319.
[291]GARCÍA ÁLVAREZ, *La puesta en peligro...*, cit., p. 81.

consentimento, aliado a uma postura passiva no momento da ação do agente, também pode ser encarado como um deixar de salvar-se que levaria à caracterização de uma autolesão.[292]

A linha de solução apresentada por JAKOBS para determinar quando o mero tolerar da vítima pode constituir uma omissão e, assim, uma autolesão – é dizer, se faltar-lhe todo motivo razoável para não impedir a produção do resultado –, além de inseguro, não se compreende no contexto dessa construção. Por esse motivo, GARCÍA ÁLVAREZ adverte que o critério apresentado por JAKOBS torna questionável, inclusive, que se possa falar em autolesão e lesão a outro com consentimento como categorias independentes.[293]

2.1.4 O domínio da decisão (Roxin)

Segundo ROXIN, no ordenamento jurídico alemão, a caracterização de uma autolesão decide sobre a punibilidade da conduta daquele que intervém juntamente com o titular do bem jurídico. Assim, em caso de suicídio, o agente não pode responder penalmente pela morte, independentemente de qual seja a sua contribuição para o fato e, do contrário, responde por um crime de homicídio a pedido.

Considerando a peculiar estrutura do §216, do StGB, ROXIN assinala que o domínio sobre a própria morte não segue integralmente as regras do domínio do fato aplicáveis à execução conjunta do delito, apresentando-se, portanto, com uma formulação diversa. A contribuição ativa da vítima não a converte, sempre, em suicida e, vice-versa, a sua ausência não afasta necessariamente o suicídio. Devido à identidade entre agente e vítima no suicídio, o domínio do fato característico da autoria se circunscreve ao momento decisivo, pois, se a pessoa que quer morrer mantém a decisão em suas próprias mãos até então, todos os atos precedentes não podem conferir ao outro interveniente o domínio sobre a vida e a morte.[294]

Conforme ROXIN, "comete suicídio aquele que, no instante crítico, mais além do qual não é possível voltar atrás, mantém em suas mãos a decisão sobre a sua vida; aquele que traspassa por si mesmo a linha que se encontra ao surgir a incapacidade de ação"; e não aquele que encomenda a outro a execução do ato último e irreversível.[295] A delimitação entre

---

[292]GANDARA VALLEJO, Beatriz. *Consentimiento, bien jurídico e imputación objetiva*. Madrid: Colex, 1995, p. 156.
[293]GARCÍA ÁLVAREZ, *La puesta en peligro...*, cit., p. 87.
[294]ROXIN, *Autoría y domínio...*, cit., 614 e 615.
[295]ROXIN, *Autoría y domínio...*, cit., p. 613.

a participação em suicídio e o homicídio a pedido depende, portanto, de quem detém o domínio sobre o momento da morte: há suicídio se o detiver o titular do bem jurídico, de modo que a contribuição de terceiro apenas constitui participação impune; pelo contrário, há homicídio a pedido se o detiver o terceiro.[296]

Assim, de acordo com o Professor de Munique, aquele que se deixa cair com a corda no pescoço, que pula na piscina ou que ingere veneno comete suicídio, e o interveniente não pode ser punido, mesmo que haja amarrado a corda, enchido a piscina ou preparado o veneno. Por outro lado, comete o crime de homicídio a pedido aquele que injeta a substância letal na vítima, dispara uma arma de fogo em sua direção ou aperta a corda para estrangulá-la, ainda que esta haja preparado a seringa, entregado a pistola ou posto a corda em volta do próprio pescoço. Essa diferença, conquanto aparentemente sutil, é, na opinião de ROXIN, razoável, pois "foram muitos os que puseram a pistola na cabeça, mas poucos os que tiveram o valor de apertar o gatilho". Ademais, encontra justificação material na consideração de que, para o legislador, a autonomia do ato suicida contra influências externas apenas está assegurada quando cometido de modo personalíssimo, com o domínio sobre o momento provocador da morte. Aquele que ultrapassa a decisão final é responsável por sua própria morte; aquele que se deixa matar delega a outrem essa decisão, diante da qual ainda poderia arrepender-se.[297]

No caso do duplo suicídio, em crítica à decisão do BGH, ROXIN entende que a conduta do acusado constitui apenas uma contribuição para o suicídio de sua namorada e, consequentemente, não deve ser punida, porque ela poderia ter abandonado o local a qualquer momento e tinha, portanto, a sua vida em suas próprias mãos até o último segundo. Ao continuar aspirando os gases, manteve a decisão de morrer e ultrapassou por si mesma o momento final. É indiferente, então, quem ajustou a entrada dos gases no automóvel, quem fechou a porta, quem pisava o pedal do acelerador ou quem perdeu a consciência em primeiro lugar, porquanto esses fatores não interferem no comportamento da vítima no instante crítico. O seu domínio sobre o momento da morte exclui o domínio que o acusado poderia ter em decorrência de atos prévios.[298] No caso da injeção letal, aduzindo que há suicídio quando o titular do bem jurídico ultrapassa a linha que lhe retira a capacidade de conduta, ROXIN assinala que, de acordo com uma apreciação global do fato, como o tio já havia, de mão

[296]ROXIN, *Autoría y domínio...*, cit., 614 e 615.
[297]Cf. ROXIN, *Autoría y domínio...*, cit., p. 612 e 613. ROXIN, A apreciação jurídico-penal..., cit., p. 222 e 223. Gimbernat Ordeig adere ao posicionamento de Roxin, em face da redação do art. 409 do Código Penal espanhol anterior. Cf. GIMBERNAT ORDEIG, Induccion y auxilio..., cit., p. 165
[298]Cf. ROXIN, *Autoría y domínio...*, cit., p. 614.

própria, determinado a morte de forma irreversível, a posterior contribuição do sobrinho constitui apenas um auxílio que dá margem a pequenas modificações no desenvolvimento, motivo pelo qual deveria ficar impune, ainda que, conforme as regras gerais, possa afirmar-se que tem o domínio do fato.[299]

Considerando que, na interação entre o agente e o titular do bem jurídico, um dos supostos "coautores" não realiza um injusto penal, ROXIN rejeita, peremptoriamente, o emprego das regras gerais de regência do concurso de agentes a essa questão e procura assinalar-lhe diretrizes vinculadas à sua especificidade, que têm como cerne a relevância da decisão definitiva sobre a vida e a morte.

A solução apresentada aos referidos casos do duplo suicídio e da injeção letal – reconhecer um suicídio e excluir a responsabilidade penal do agente pelo resultado –, entretanto, implica certa incongruência entre a formulação do critério delimitador e o seu traslado à prática, pois, em ambos, cruzar a linha da inconsciência não equivale a cruzar a linha da morte, o que apenas ocorre em momento posterior, em decorrência da atuação de terceiro. Com essa reserva, porém, o critério assinalado por ROXIN configura uma diretriz adequada ao tratamento dessa problemática.

2.1.5 A conduta culposa do agente

É corrente a afirmação de que não há participação culposa em crime doloso e vice-versa. Aquele que contribui, culposamente, para o crime doloso de autoria de outrem, certamente, não responde como partícipe de um crime doloso. Não obstante, atendidas as exigências – isto é, infração de um dever objetivo de cuidado, resultado e nexo de causalidade e critérios de imputação objetiva – abre-se a possibilidade de responsabilização pelo correspondente crime culposo.

Assim, questiona-se se aquele que contribui, culposamente, para o suicídio ou outra forma de autolesão de outrem, supondo que este atue de forma plenamente responsável, deve responder pelo resultado a título de culpa. A resposta a essa indagação tem implicações de relevo também em outros casos. Trata-se do ponto de ligação entre as considerações acerca da intervenção da vítima nas formas designadas como autolesão e autocolocação em perigo.

[299]ROXIN, A apreciação jurídico-penal..., cit., p. 224.

Essa questão não levanta dificuldades específicas em face da participação dolosa em autolesão no marco de uma teoria do concurso de agentes que adote um conceito restritivo de autor não apenas nos delitos dolosos, mas também nos culposos, admitindo, consequentemente, a participação culposa. Nesse viés, o princípio geral da acessoriedade da participação poderia indicar a impunidade do agente, sob o argumento de que o fato principal não constitui um injusto típico e de que não há tipificação expressa de condutas culposas de participação em autolesão.[300]

Esse caminho de solução, no entanto, é descartado em face de um conceito unitário de autor nos delitos culposos, de acordo com o qual, nesse âmbito, não é possível distinguir entre autoria e participação. Adotando esse posicionamento, a doutrina nacional, assim como a doutrina alemã, de forma dominante, rejeita, categoricamente, a figura da participação culposa e entende, quando há induzimento ou cumplicidade culposos, que os intervenientes são autores, porque cada um infringe individualmente o dever objetivo de cuidado.[301] Essa diretriz não implica que o sujeito que age em primeiro lugar deve ser responsabilizado sempre. Podem concorrer argumentos de cunho político-criminal que assinalem a desnecessidade de punir a contribuição diante da punição da conduta posterior ou argumentos de cunho dogmático que também conduzam a limitações da punibilidade. A indagação que interessa ao presente estudo é se aquele que age, culposamente, antes do autor deve responder, também, pelo resultado, o que não se nega em caráter geral.[302]

Partindo-se de um conceito unitário de autor, portanto, torna-se complexa a questão da punição ou não, por crime culposo, daquele que contribui para o suicídio ou outra forma de autolesão consciente e voluntária do titular do bem jurídico. A resposta negativa exige uma argumentação desligada do concurso de agentes. Por esse motivo, são desenvolvidos alguns esforços para indicar caminhos alternativos que permitam chegar a essa solução.

Um ponto de discussões, na Alemanha, encontra-se no que ficou conhecido como "*Pistolen Fall*", julgado pelo BGH, acerca de uma intervenção culposa em suicídio.[303] O acusado, policial, realizou uma viagem de automóvel com uma mulher com quem mantinha estreitas relações, deixando sobre o painel a sua pistola regulamentar carregada. Durante uma

---

[300]LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho Penal*, 1, cit., p. 384.

[301]Nesse sentido, cf. BATISTA, *Concurso de agentes*, cit., p. 79 e ss.; BITENCOURT, *Tratado de Direito Penal*, I, cit., p. 430; GUEIROS; JAPIASSU, *Curso de Direito Penal*, cit., p. 305 e 306; MIRABETE, *Manual de Direito Penal*, I, cit., p. 234; SANTOS, *A moderna teoria...*, cit., p. 289.

[302]Cf., por exemplo, TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 319 e ss.

[303]BGHSt 24, 342. Caso exposto em: GARCÍA ÁLVAREZ, *La puesta en peligro...*, cit., p. 242 e ss.; ROXIN, Claus. Sobre el fin de protección de la norma en los delitos imprudentes. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, ano 7, n. 31, p. 52-61, 2005, p. 53 e 54.

interrupção da viagem, a mulher a tomou e cometeu suicídio. O acusado sabia que ela, principalmente depois de beber, entrava em estado depressivo, manifestando tendências suicidas e, não obstante, deixou a arma carregada ao seu alcance. O BGH, embora reconhecendo que a sua conduta incrementou sensivelmente o risco de produção do resultado e que este era previsível e evitável, absolveu-o, sob o argumento de que, por razões de justiça, não se poderia castigar a quem apenas introduz, culposamente, uma causa da morte do suicida, se não se castiga aquele que o faz dolosamente. Assim, diante da impunidade das condutas dolosas de favorecimento ao suicídio, admitiu a impunidade de condutas culposas análogas.

JAKOBS resolve o problema apontado com base nas mesmas considerações esboçadas anteriormente, aduzindo que a qualificação de autolesão da intervenção da vítima priva a todos os comportamentos de terceiros condicionados dessa forma, quer dolosos, quer culposos, da qualificação de uma lesão a outro. Apenas há responsabilidade penal pelo favorecimento à autolesão caso se verifiquem os pressupostos da autoria mediata ou outra situação que fundamente uma posição de garante em favor da vítima.[304]

ROXIN apresentou uma resposta à intervenção culposa em autolesão no artigo "Sobre o fim de proteção da norma nos delitos culposos", publicado em 1973[305] – no qual também introduziu na discussão dogmática a autocolocação em perigo e a colocação em perigo de terceiro consentida como questões pertinentes à teoria da imputação objetiva.[306] Tomando como ponto de partida o "*Pistolen Fall*, apesar de considerar "irrefutável" a argumentação do BGH, ROXIN observa a necessidade de compatibilizá-la com a dogmática do delito culposo, uma vez que, nesse caso, como reconheceu o próprio tribunal, verificou-se a causalidade, a previsibilidade e a evitabilidade.

Embora admita que a teoria da proibição de regresso[307] chegaria à mesma conclusão sem dificuldades, ROXIN não a considera correta como princípio geral, quer dogmática, quer

[304]JAKOBS, *Derecho Penal*, cit., p. 790.
[305]ROXIN, Sobre el fin..., cit., p. 54.
[306]Cf. Capítulo 3, ítens 3.1.3 e 3.2.1.
[307] A teoria da proibição de regresso foi desenvolvida, em princípio, para tratar da problemática da participação culposa em delitos dolosos no contexto da prevalência do "dogma causal", procurando construir uma restrição às consequências intoleráveis às quais se chegava por meio da teoria da equivalência das condições. A teoria de Frank impede a imputação a um primeiro sujeito quando, entre a sua conduta culposa e o resultado, se interponha a conduta dolosa de um segundo sujeito; assim, a intervenção dolosa do autor impede um regresso a anteriores fatores causais não dolosos. As críticas dirigidas à teoria da proibição de regresso se concentraram, sobretudo, em sua incompatibilidade com a teoria da equivalência das condições. Como observa Robes Planas, no entanto, essa teoria, tal como originalmente formulada, não excluiria a possibilidade de punição do primeiro sujeito a título de participação, mas apenas de autoria; a impunidade da participação culposa decorreria de disposição expressa do ordenamento jurídico alemão. Ressalte-se, porém, que, mesmo nesse contexto, a solução quanto à conduta culposa do primeiro sujeito não é inequívoca. A restrição da punibilidade da participação a

político-criminalmente: em primeiro lugar, porque a afirmação de que há participação culposa se baseia em uma aceitação sem reservas das regras de delimitação entre autoria e participação válidas para os delitos dolosos, cujos critérios, no entanto, não podem ser aplicados às condutas culposas; ademais, porque a decisão valorativa do legislador seria distinta se, no caso, a mulher quisesse matar terceiros, e não a si mesma, com o emprego da arma, e o acusado soubesse disso, pois, então, não haveria razão para pretender que a punibilidade independente da autora de um homicídio doloso exonerasse os demais de seu dever de cuidado frente à vida de terceiros.[308]

Para ROXIN, a impunidade das condutas de favorecimento culposo ao suicídio não deriva de considerações gerais da teoria da participação, mas do específico tratamento legislativo do suicídio. Conforme o autor, o "fim de proteção do §222, do StGB [homicídio culposo], não abarca esse caso".[309] Dessa forma, introduz uma nova categoria em sua teoria da imputação objetiva, que cumpre analisar após a criação do risco juridicamente desaprovado e a realização do risco no resultado, no qual também se inserem diversos outros casos: o "fim de proteção da norma" ou, como posteriormente passa a denominá-la, o "alcance do tipo".

A impunidade da intervenção culposa em suicídio de outrem, como solução, não suscita controvérsias, mas a sua fundamentação encontra dificuldades sobretudo em face de legislações que punem a participação dolosa em suicídio, como a brasileira. A argumentação do BGH, da qual se vale ROXIN, encontra um obstáculo a seu traslado para o ordenamento jurídico nacional no art. 122, do CP. Cumpre, então, perquirir vias que permitam uma solução não apenas político-criminalmente desejável, mas coerente com as estruturas dogmáticas da teoria do injusto penal e adequada ao direito positivo.

A despeito da incriminação da participação dolosa em suicídio no CP espanhol, GIMBERNAT ORDEIG procura adaptar a linha argumentativa de ROXIN para chegar à mesma conclusão quanto à participação culposa em suicídio, como passo intermediário para a solução de outros problemas, ressaltando que, tanto nos delitos dolosos contra a vida, quanto

---

condutas dolosas não implica, necessariamente, que condutas não dolosas equiparáveis devem permanecer impunes, pois, uma vez que se adote um conceito unitário de autor para os crimes culposos, subsiste a possibilidade de autoria culposa. Cf. ROBES PLANAS, Ricardo. *La participación en el delito:* fundamento y límites. Madrid: Marcial Pons, 2003, p. 83. Atualmente, a doutrina trata sob essa denominação de diversas construções muito distintas entre si: a teoria tradicional de Frank, a chamada "nova teoria da proibição de regresso" e outras colocações particulares sustentadas por autores no âmbito da teoria da imputação objetiva. Enquanto a teoria tradicional tem por base uma compreensão causal do tipo objetivo, as novas teorias partem de um conceito de imputação vinculado a referentes prejurídicos – como dominabilidade, controlabilidade e autorresponsabilidade – e, por outro lado, a teoria de Jakobs é construída de forma autenticamente normativa.

[308]ROXIN, Sobre el fin..., cit., p. 54 e 55.

[309]ROXIN, Sobre el fin..., cit., p. 55.

nos delitos dolosos contra a saúde e a integridade física, o CP exige que se estabeleça uma diferenciação entre autolesão e heterolesão consentida.[310]

Tendo em vista que, conforme o art. 12, do referido diploma, as ações ou omissões culposas apenas são puníveis quando a lei o disponha expressamente, GIMBERNAT assinala que deve haver um preceito específico que tipifique a conduta culposa paralela à do correspondente delito doloso, o que não se verifica quanto à conduta culposa paralela à participação dolosa em suicídio. Essa conduta, ademais, não poderia subsumir-se ao art. 142, que incrimina o homicídio culposo, porquanto não se trataria de um caso no qual o autor, culposamente, mata a outro, mas em que ajuda outro a matar a si mesmo. Assim, no Direito Espanhol, não seria punível a intervenção culposa em suicídio e, por conseguinte, em outras formas de autolesão.[311]

Na doutrina nacional, FRAGOSO já destacava sua discordância dos autores que consideram a provocação culposa do suicídio como homicídio culposo, questionando: "Se a cooperação voluntária à morte do suicida não constitui homicídio doloso, como poderá constituir homicídio culposo a cooperação imprudente ao suicídio? Se o mesmo ato não constitui homicídio quando se comete com dolo, como pode sê-lo quando se comete por culpa?". A seu ver, são fatos distintos, submetidos a valorações diversas, a causação direta da morte e as condutas tendentes a levar alguém ao suicídio e, portanto, não há homicídio culposo quando o agente, por culpa, leva alguém a suicidar-se.[312]

As dificuldades que cercam a participação culposa em suicídio contribuem para demonstrar o tratamento específico que merece o agente em face de uma autolesão do titular do bem jurídico, diante do obstáculo que um conceito unitário de autor representa ao recurso ao princípio da acessoriedade da participação para se chegar à conclusão em favor da impunidade, bem como da incongruência que representa a punibilidade, como heterolesão, de uma conduta culposa que, se dolosa, seria participação em autolesão, impune ou punível com penas inferiores.

Assinalar que as condutas de participação culposa em suicídio não se adéquam ao tipo penal de homicídio culposo e que, portanto, seria necessária uma incriminação específica para que fossem puníveis pode constituir um primeiro passo para a compreensão adequada dessa questão, mas não se afigura suficiente, pois, em princípio, nada obsta que o

---

[310]GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Imputación objetiva y conducta de la víctima. *Revista de Derecho Penal*, n. 1, 2010, p. 11 e 12.
[311]GIMBERNAT, Imputación objetiva y conducta de la víctima, cit., p. 22 a 24.
[312]FRAGOSO, Provocação ou auxílio..., cit., p. 44 e 45.

favorecimento culposo ao suicídio, tal como no *Pistolen Fall*, satisfaça as exigências de autoria do tipo penal de homicídio culposo.

Dessa forma, torna-se necessário perquirir os fundamentos materiais que permitam afirmar a impunidade daquele que intervém em uma autolesão, quer por meio de uma conduta dolosa, quer por meio de uma conduta culposa, tal como propõem os defensores do princípio da autorresponsabilidade, atentando para a especificidade dessa situação diante da qualidade de titular do bem jurídico de um dos intervenientes.

2.2 **Do consentimento na lesão por terceiro**

O conhecido aforismo jurídico "*volenti non fit iniuria*" tem a sua origem no Direito Romano, no livro 47 do Digesto, no princípio "*nulla injiuria est, quae volentem fiat*", ou "o que se realiza com a vontade do lesado não constitui delito". Assim, diante do consentimento do ofendido, afastava-se o crime, em reconhecimento à faculdade de cada um de dispor livremente de seus direitos, inclusive em se tratando de ofensas à integridade física e à vida.

Embora o consentimento do ofendido tenha uma longa história no pensamento jurídico-penal, o reconhecimento e as limitações da sua eficácia sofrem grandes variações a partir de influências diversas, porquanto toca às relações entre o indivíduo, a sociedade e o Estado e seus reflexos no Direito Penal. Assim, de acordo com as diferentes orientações filosóficas em que se baseia a compreensão dessas relações, ora é admitida a relevância do consentimento, como renúncia ao direito ou abandono do interesse cuja afetação constitui o delito, ora é rechaçada a sua influência sobre a punibilidade, como disposição individual à qual não pode estar sujeita a ordem estatal.[313]

A discussão recente acerca da manifestação de vontade do titular do bem jurídico e seus reflexos na teoria do injusto penal envolve uma distinção calcada na existência de tipos penais em que a descrição da conduta incriminada exige, necessariamente, que seja realizada contra a vontade daquele que é diretamente atingido, nos quais se fala em acordo que exclui a tipicidade. É quanto aos demais tipos penais, nos quais se fala em consentimento, que se desenvolvem as maiores polêmicas.

---

[313] JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal*, cit., p. 338; ROXIN, *Derecho Penal*, cit., p. 510 e 511.

Embora a relevância do consentimento enfrente objeções em determinados momentos da evolução doutrinária, hodiernamente, impõe-se o seu reconhecimento na configuração do injusto penal, ainda que dentro de certos limites, e muitas são as teorias apresentadas para fundamentá-la. Além do alcance de sua eficácia, outro foco de divergências se encontra na sua localização sistemática, dividindo-se os autores entre situá-lo no plano da antijuridicidade ou no plano da tipicidade. A despeito da significação predominantemente teórica desse debate, os argumentos apresentados a favor de uma e outra postura vinculam-se, em grande medida, a concepções básicas do Direito Penal, refletindo diversas formas de encarar a intervenção estatal por meio da pena.

2.2.1 Acordo e consentimento

Até a década de 1950, embora a doutrina não ignorasse a existência de casos em que a manifestação da vontade do titular do bem jurídico impediria a subsunção do fato ao respectivo tipo penal, o tema ensejava considerações detidas apenas a respeito de sua fundamentação como causa de justificação, bem como de questões dogmáticas pertinentes a seus requisitos de validade. A partir da tese de GEERDS, as possíveis diferenças entre formas aquiescência e sua relação com a estrutura do injusto penal passaram a ser largamente destacadas e discutidas,[314] difundindo-se, então, um paradigma dualista calcado na distinção entre, de um lado, o acordo ou conformidade (*Einverstädnis*), que afastaria a tipicidade, e, de outro, o consentimento (*Einwilligung*), que afastaria a antijuridicidade.[315]

---

[314]MAURACH; ZIPF, *Derecho Penal*, I, cit., p. 285.

[315]Adotam essa diferenciação: na doutrina alemã, JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal*, cit., p. 335 e ss.; MERKEL, Adolf. *Derecho Penal:* parte general. Tradução do alemão de Pedro Dorado Montero. Montevideo: B de F, 2006, p. 170 e 171; STRATENWERTH, *Derecho Penal*, cit., p. 181; WELZEL, *Derecho Penal Alemán*, cit., p. 114; WESSELS, *Direito Penal*, cit., p. 76; na doutrina espanhola, CASAS BARQUERO, Enrique. *El consentimiento en el Derecho Penal*. Córdoba: Universidad de Córdoba,1987, p. 31 e 32; CEREZO MIR, José. *Obras completas:* Derecho Penal. Lima: Ara, 2006. T. I, p. 758 a 760; MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal:* parte general. 7. ed., Barcelona: Reppertor, 2006, p. 506, MUÑOZ CONDE, *Teoria geral do delito*. Tradução de Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p. 350; na doutrina nacional, embora nem sempre com menção expressa a denominações distintas, mas assinalando que o consentimento desempenha no injusto típico ora o papel de exclusão da tipicidade, ora da antijudicidade, BITENCOURT, *Tratado de Direito Penal*, p. 309 e 310; BRUNO, *Direito Penal*, II, p. 10; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 190; NORONHA, Magalhães. *Direito Penal*, cit., p. 202 e 203; PIERANGELI, José Henrique. *O consentimento do ofendido na teoria do delito*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 96 e ss.; PRADO, *Curso de Direito Penal*, I, p. 372; TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*. 5. ed., Saraiva, 2002, p. 214 e 215. Ademais, ANDRADE, *Consentimento e acordo*, cit., passim; ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di Diritto Penale*: parte generale. 7. ed.

Essa divisão, que permaneceu isenta de questionamentos durante décadas, radica, em sua conformação originária, em que determinados tipos penais decrevem condutas que, ou expressamente, ou conceitualmente, apenas podem ser praticadas contra ou sem a vontade do titular do bem jurídico, é dizer, "*invito laeso*", enquanto, em outros, não há referência semelhante. Dessa observação decorre a suposição de que a aquiescência do ofendido, no primeiro caso, exclui a tipicidade do fato, impedindo a sua subsunção à figura descrita na lei penal, enquanto, no segundo, não afeta a tipicidade, de modo que apenas pode ser relevante como causa de justificação.

Assim, no crime de violação de domicílio (art. 150, CP), descrito como "entrar ou permanecer, clandestina ou astuciosamente, ou contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito, em casa alheia ou em suas dependências", a concordância do titular do bem jurídico com a entrada ou permanência de terceiro em sua casa, evidentemente, torna a conduta atípica. Da mesma forma, os crimes de furto (art. 155, CP), roubo (art. 157, CP) e extorsão (art. 158, CP), por exemplo, não podem configurar-se ante a sua anuência livremente outorgada, uma vez que, no primeiro, se o possuidor está de acordo com que outro tome uma coisa do seu âmbito de domínio, não se pode falar em subtração, e, nos demais, exige-se a superação de sua vontade por meio do emprego de violência ou grave ameaça. O mesmo se dá nos crimes que envolvem coação: não se pode falar em constrangimento ilegal (art. 146, CP) se o titular do bem jurídico concorda, independentemente de violência ou grave ameaça, em não fazer o que a lei permite ou em fazer o que ela não impõe; tampouco pode haver estupro (art. 213, CP) quando consente na conjunção carnal ou na prática de outro ato libidinoso. Nesses casos, trata-se, portanto, de acordo.

Por outro lado, nos crimes de homicídio (art. 121, CP), lesão corporal (art. 129, CP) e dano (art. 163, CP), exemplos paradigmáticos de hipóteses de consentimento, que descrevem, respectivamente, as condutas de "matar alguém", "ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem" e "destruir, inutilizar ou deteriorar coisa alheia", a concordância do ofendido não interfere, formalmente, na realização do tipo – pois não modifica o fato de que resulta morto ou lesionado, ou, a coisa, danificada – de modo que apenas poderia repercutir como causa de justificação.

As primeiras formulações da distinção entre acordo e consentimento, às quais se deve o amplo acatamento do paradigma dualista da aquiescência do titular do bem jurídico na doutrina, traçam a fronteira entre as duas figuras a partir de uma abordagem formal e

---

Milão: Giuffrè Editore, 1975, p. 282 e 283; BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, s/d. V. 1, p. 395; DIAS, *Direito Penal*, cit., p. 472

positivista, vinculando-a à interpretação dos tipos penais: o acordo afasta o elemento de afronta à sua vontade, inserido na descrição típica, explicita ou implicitamente, ao exigir-se o emprego de força ou outra forma de superação da vontade, enquanto o consentimento se dá quando não concorre essa circunstância.[316]

Em um segundo momento, a discussão sobre o tema revelou uma tendência à constante extensão dos casos em que se fala em acordo.[317] Diversas correntes doutrinárias procuraram destacar considerações de ordem material na separação entre acordo e consentimento, conferindo-lhes um conteúdo diferenciado, a partir de uma concepção das relações entre a tipicidade e a antijuridicidade que vê na primeira um ataque ao bem jurídico tutelado e, nas causas de justificação, fatores que conduzem à sua tolerância.

Nesse viés, a doutrina caracteriza os casos de acordo excludente da tipicidade como aqueles em que a contrariedade da conduta à vontade do ofendido e seu livre exercício constitui o fundamento do injusto penal, de modo que a sua aquiescência faz desaparecer toda a lesividade do fato. Os tipos penais têm por objeto de tutela – precisa e exclusivamente – a autodeterminação do indivíduo, de modo que a conduta não apresenta qualquer possibilidade de agravo diante do acordo, tornando-se, então, irrelevante ou até positiva, um evento normal na ordem social. Exclui-se de antemão, portanto, a lesão do bem jurídico tutelado. Nos casos de consentimento, por sua vez, conforme esse entendimento, os tipos penais não incriminam condutas porque contrariam a vontade do ofendido, ou seja, a sua vontade não entra na noção do bem jurídico ou não se identifica plenamente com esta; têm em vista a tutela de valores e interesses autônomos. Assim, subsiste a lesão do bem jurídico, verificando-se um prejuízo com "significado próprio", independentemente do consentimento, que, então, apenas pode afastar a antijuridicidade da conduta típica como causa de justificação, nos limites em que se reconhece a liberdade de dispor.[318]

Em consonância com essa visão, pode-se afirmar que a aquiescência do titular do bem jurídico assume a forma de acordo e, portanto, afasta a tipicidade, nos tipos penais cuja descrição legal exige, expressa ou implicitamente, um atuar contrário à sua vontade, bem

---

[316]Essa peculiaridade é destacada por ANDRADE, *Consentimento e acordo...*, cit., p. 142 e ss. Nesse sentido, indicando apenas que a anuência do ofendido exclui a tipicidade quando infirma uma circunstância elementar do tipo, cf. WESSELS, *Direito Penal*, cit., p. 76; BRUNO, *Direito Penal*, II, cit., p. 10; FRAGOSO, *Lições de Direito Penal*, cit., p. 199; TOLEDO, *Princípios...*, cit., p. 214 e 215; BITENCOURT, *Tratado de Direito Penal*, 1, cit., p. 309 e 310.

[317]MAURACH; ZIPF, *Derecho Penal*, cit., p. 285.

[318]Nesse sentido, CASAS BARQUERO, *El consentimiento...*, cit., p. 31 a 34; CASAS BARQUERO, Enrique. La importancia del consentimiento en la teoria general del delito. *Doctrina penal*, ano 2, n. 41 a 44, p. 213-230, 1988, p. 213-230, 1988; DIAS, *Direito Penal*, cit., p. 471 a 473, JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal*, cit., p. 335; MERKEL, *Derecho Penal*, cit., p. 170 e 171; MIR PUIG, *Derecho Penal*, cit., p. 504.

como naqueles que tutelam diretamente a liberdade, excluindo a possibilidade de lesão ao bem jurídico; nos demais, trata-se de consentimento, que pode incidir de modo a afastar a antijuridicidade da lesão ao bem jurídico. Não obstante, o emprego dessas diretrizes de classificação revela dificuldades.

Embora haja um consenso na doutrina que defende o paradigma dualista em certos exemplos, como os mencionados a princípio, em muitos outros, surgem divergências, uma vez que nem sempre a redação da norma penal determina, claramente, que a configuração da conduta punível requer a oposição à vontade do titular do bem jurídico. A opção entre o acordo e o consentimento, demanda, com frequência, um trabalho de interpretação do tipo penal, a fim de aferir se está implícita, na descrição, a ausência de aquiescência. Assim, em um número significativo de incriminações, a questão se torna controversa, sobretudo naquelas que não apresentam elementos literais, sistemáticos ou teleológicos concludentes a respeito do papel reservado à vontade do titular, mas que tutelam bens jurídicos amplamente reconhecidos como disponíveis. É o que se dá nos crimes contra a honra[319] e contra a inviolabilidade do segredo (arts. 153 e 154, CP)[320]. Inclusive no crime de dano (art. 163, CP), no qual a maioria da doutrina identifica um consentimento justificante,[321] a questão pode revelar-se problemática.[322] Por outro lado, também quanto a crimes contra a liberdade pessoal, como o sequestro ou cárcere privado (art. 148, CP), em que a concordância do ofendido torna questionável que se possa falar, propriamente, em uma privação da liberdade pessoal, há opiniões contraditórias.[323]

---

[319]Consideram que são casos de consentimento, por exemplo, BITENCOURT, *Tratado de Direito Penal*, I, cit., p. 309 e 310; CASAS BARQUERO, *El consentimiento*..., cit., p. 33 e 34; CEREZO MIR, *Obras completas*, I, cit., p. 761, DIAS, *Direito Penal*, cit., p. 474 e 475.

[320]Segundo Jescheck, no §203, I, do StGB, que tipifica a conduta de quem, sem autorização, divulga o segredo de outro, particularmente um segredo que pertence ao âmbito da privacidade profissional, trata-se de consentimento, embora reconheça que a doutrina majoritária entenda de forma diversa, assinalando que "quien autoriza su médico de cabecera para revelar, en un juicio de divorcio, como perito, la grave perturbación psíquica que padece [...] renuncia frente a las partes procesales a un secredo guardado, por lo demás, estrictamente". cf. JESCHECK, *Derecho Penal*, cit., p. 336. No mesmo sentido, cf. FRAGOSO, *Lições de Direito Penal*, cit., p. 199 e 200.

[321]Cf. BITENCOURT, *Tratado de Direito Penal*, cit., p. 309 e 310; CASAS BARQUERO, *El consentimiento...*, cit., p. 33 e 34; CEREZO MIR, *Obras completas*, I, cit., p. 761, DIAS, *Direito Penal*, cit., p. 474 e 475.

[322]Segundo Merkel, nos crimes contra o patrimônio, desde o momento em que a lei outorga a uma pessoa a faculdade de dispor, manifesta sem gênero algum de dúvida que se propõe a prestar proteção apenas contra os influxos danosos exercidos sobre a coisa sem a aprovação de dita pessoa, ou seja, que o objeto da proteção jurídica não é a posse em si mesma da coisa, mas a vontade da pessoa em relação com a posse. Cf. MERKEL, *Derecho Penal*, cit., p. 170 e 171.

[323]Jescheck menciona o §239 do StGB, que tipifica a conduta de quem prende alguém ou de qualquer outra forma priva-lhe de sua liberdade como exemplo entre os casos de consentimento, ressaltando, igualmente, que, para a doutrina dominante, trata-se de caso de acordo. Conforme esse autor, "quien acepta ser encerrado para um experimento científico que le impedirá durante algún tiempo todo contacto con el mundo exterior, renuncia transitoriamente a su libertad de movimientos" cf. JESCHECK, *Derecho Penal*, cit., p. 335 e 336. No mesmo sentido, cf. TOLEDO, *Princípios...*, cit., p. 214 e 215.

Essas divergências podem explicar-se, em parte, pela diversidade de compreensões da delimitação entre o acordo e o consentimento: de um lado, com base nos parâmetros formais de sua formulação original, que os toma como figuras diferenciadas entre si apenas no plano da redação dos tipos penais; de outro, com base nas orientações que identificam entre um e outro uma diferença substancial, situada no plano do objeto de tutela de cada incriminação. Não obstante, subsistem incoerências entre os pontos de partida adotados para estabelecer as fronteiras entre o acordo e o consentimento e a designação de exemplos de cada figura. Aparentemente, quanto a bens jurídicos como a integridade física e a saúde, a relutância em admitir a disponibilidade se reflete na tendência de tratar a relevância da manifestação de vontade como mais ou menos excepcional e, portanto, apenas justificante; quanto a bens jurídicos cuja disponibilidade não se questiona, por outro lado, o distanciamento entre acordo e consentimento não se impõe com a mesma força.

A diferenciação, com a consequente diversidade de tratamento e localização dogmática, vem sofrendo diversas críticas. Desde a década de 1970, uma parte da doutrina contesta esse paradigma dualista, que relaciona a aquiescência do titular do bem jurídico, em um caso, à exclusão da tipicidade e, em outro, à justificação, opondo-lhe um "paradigma monista", que a associa, em todo caso – nos limites da disponibilidade – à exclusão da tipicidade.

Prescindindo-se, por ora, da apreciação dessas críticas, pode-se afirmar que, nos casos em que a manifestação de vontade do titular do bem jurídico favorável à conduta se qualifica, tradicionalmente, como acordo – ao menos no tocante aos tipos penais em que existe uma unanimidade a respeito – não cabem dúvidas quanto a suas repercussões ou aos seus fundamentos. O acordo exclui a tipicidade do fato, porquanto o tipo penal exige a contrariedade da conduta à vontade da vítima e, portanto, do contrário, é inconcebível a lesão do bem jurídico tutelado.

Trata-se de casos em que o legislador incrimina formas específicas de ataque, que representam um cerceamento da liberdade daquele contra quem se dirigem. Assim, a transferência da coisa do âmbito de domínio do possuidor a outrem configura uma lesão penalmente reprovável à sua liberdade de disposição quando se produz à revelia de seu conhecimento ou vontade, como se dá no furto, ou através de coações ou induzimento a erro, que se sobrepõem ou viciam a sua vontade, como ocorre na extorsão e na fraude. Como assinala ANDRADE, os tipos penais dirigem-se à tutela de uma expressão concreta da

liberdade; além da violação da vontade do titular, não subsiste substrato para o injusto penal.[324]

Nos casos em que comumente se fala de consentimento, como nos crimes de lesão corporal e dano, por outro lado, a resposta a não é clara, uma vez que os tipos penais se erigem sobre a referência ao resultado, omitindo outras delimitações quanto à conduta incriminada, bem como que várias legislações penais contém apenas disposições esparsas a respeito ou não se referem em absoluto a essa questão. O impacto do eventual consentimento do titular do bem jurídico na conformação do injusto penal enseja, então, muitas controvérsias, demandando uma análise detida e aprofundada. À problemática do tratamento jurídico-penal do consentimento se dedica, então, o presente apartado.

2.2.2 Sistemas de regras específicos para o acordo e o consentimento?

Questão que demanda um esclarecimento prévio consiste nas diferenças práticas da distinção entre formas de aquiescência do titular do bem jurídico. Inicialmente, a doutrina alemã procurou estabelecer princípios gerais de regência do acordo, que seriam os mesmos para todos os preceitos penais nos quais desempenhasse um papel. O acordo e o consentimento teriam, então, exigências e consequências diversas.[325] De uma parte, da contraposição entre a natureza "fática" do acordo e o caráter "jurídico" do consentimento, decorreria uma série de divergências quanto a seus pressupostos de validade. De outra, a localização sistemática de cada um na teoria do injusto penal levaria a respostas distintas a determinadas questões.

Quanto ao primeiro grupo de diferenças, em primeiro lugar, para a exclusão da tipicidade da conduta em face do acordo, bastaria a vontade interna da vítima, enquanto, para a justificação da conduta típica por meio do consentimento, seria necessária uma manifestação externamente reconhecível, através de palavras ou ações.[326] Por exemplo, se o proprietário aceita, internamente, que o agente subtraia uma coisa de sua esfera de domínio, porque pretende desencadear a reação penal contra ele ou cobrar uma indenização junto à

[324] ANDRADE, *Consentimento...*, cit., p. 363 e 485.
[325] Um esquema dessas diferenças encontra-se em: ROXIN, *Derecho Penal*, cit., p. 513 a 515; POLAINO-ORTS, Miguel. Alegato en favor de un tratamiento jurídico-penal unitario para los casos de acuerdo y consentimiento como causas de atipicidad. In*: Cuadernos de política criminal*, n. 82, p. 163-204, 2004, 2004.
[326] WESSELS, *Direito Penal*, cit., p. 76.

companhia de seguros, há apenas uma tentativa inidônea de crime de furto. Pelo contrário, se, com semelhantes propósitos, aceita o dano à coisa, embora não expresse essa aceitação, há um crime de dano.

Para a eficácia do acordo, seria suficiente a "vontade natural" do titular do bem jurídico, enquanto a eficácia do consentimento demandaria o discernimento necessário para compreender e avaliar o alcance da manifestação de vontade e suas repercussões.[327] Dessa forma, se uma criança de seis anos entrega a outrem sua bicicleta, não se verifica uma conduta típica de furto, pois o agente obteve a posse da coisa com o acordo do dono; no entanto, se a criança consentir com a sua destruição, configura-se o dano, cuja ilicitude não é afastada pelo consentimento.

Ademais, os vícios de vontade, como o erro ou a coação, poderiam comprometer o consentimento, mas seriam irrelevantes para o acordo, pois não excluiriam a manifestação fática de vontade, embora pudessem levar a outro tipo delitivo.[328] Assim, se o agente constrange a vítima a permitir-lhe a entrada em sua casa, ameaçando denunciá-la pelo cometimento de crimes, por exemplo, não há violação de domicílio, pois ele apenas entra após a modificação da vontade do dono; se o consentimento para a realização de uma tatuagem é obtido mediante ameaça, pelo contrário, afirma-se a tipicidade e a antijuridicidade das lesões corporais.

Por fim, esses institutos também divergiriam quanto às repercussões da contrariedade aos bons costumes. O §228, do StGB, determina, quanto ao crime de lesão corporal, que o consentimento não infirma a antijuridicidade se o fato atentar contra os bons costumes. Tomada essa disposição como cláusula geral, como pretende uma parte da doutrina alemã, deveria estender-se aos demais casos de consentimento, mas não aos de acordo.[329] Assim, a depender da interpretação dada aos "bons costumes", é irrelevante, para a violação de domicílio, que alguém concorde com a entrada de outrem em sua casa para o consumo de drogas, mas o consentimento em lesões corporais em relações sadomasoquistas não infirma sua ilicitude.

Ao lado dessas diferenças, da inserção do acordo no plano da tipicidade, e, do consentimento, no plano da antijuridicidade, decorreriam disparidades também quanto ao desconhecimento e ao erro. Se o agente desconhece a aquiescência do titular do bem jurídico, em caso de acordo, o tipo objetivo não se completa e, portanto, configura-se, apenas uma

---

[327] WESSELS, *Direito Penal*, cit., p. 76; CEREZO MIR, *Obras Completas*, I, cit., p. 758 a 760;
[328] WESSELS, *Direito Penal*, cit., p. 76.
[329] WESSELS, *Direito Penal*, cit., p. 76; WELZEL, *Derecho Penal Alemán*, cit., p. 114

tentativa inidônea, punível no ordenamento jurídico alemão, mas não no brasileiro, em conformidade com o art. 16, do CP; em caso de consentimento, consuma-se o delito, presentes a conduta dolosa e o resultado típico, e não se afasta a antijuridicidade, pois ausente o elemento subjetivo da causa de justificação, exigido por grande número de estudiosos. Por outro lado, se o agente supõe, erroneamente, a aquiescência, em caso de acordo, trata-se de um erro de tipo, que exclui o dolo; em caso de consentimento, trata-se de um erro sobre os pressupostos objetivos de uma causa de justificação, sobre o qual diverge a doutrina alemã, e que, no CP, é regido pelo §1º, do art. 20, que determina a punição por crime culposo ou a isenção de pena, conforme seja evitável ou inevitável.

Essas dissensões tradicionais quanto ao tratamento outorgado ao acordo e ao consentimento não foram adotadas integralmente em países que, como a Espanha e o Brasil, foram influenciados pelas construções germânicas sobre o tema, mesmo quando acolhida a distinção essencial que lhes serve de base. Ademais, também vêm sendo criticadas na Alemanha, colocando-se em dúvida a possibilidade de submeter o acordo e o consentimento a regras comuns para cada figura e distintas entre si.[330]

A suposta natureza fática do acordo, assim como as consequências dela inferidas, em particular, são alvos de objeções que rechaçam a pretendida bipartição dos pressupostos de eficácia.

Por um lado, questiona-se que um acordo que não se manifesta de forma alguma, permanecendo na esfera íntima do titular do bem jurídico, leve, necessariamente, à negação de um crime consumado e à afirmação de uma tentativa inidônea em qualquer caso. Por outro, não se compreende o motivo pelo qual, ao admitir-se que uma aprovação meramente interna pode produzir efeitos, a solução seria outra na ausência de referência a respeito na descrição da conduta típica. A diversidade quanto à exigência de exteriorização da vontade, a fim de que produza efeitos, carece de uma explicação convincente.[331]

Tampouco há argumentos claros que conduzam a um tratamento diferenciado, decorrente, automaticamente, da classificação de acordo ou consentimento, quanto à capacidade e aos vícios de vontade. A aquiescência do titular do bem jurídico, em qualquer forma, não deve ser tomada à margem da manifestação concreta de autonomia, tampouco do tipo penal a que se refere, de modo que dificilmente parece adequar-se às soluções

[330] MAURACH; ZIPF, *Derecho Penal*, cit., p. 289 e 290; ROXIN, *Derecho Penal*, cit., p. 515 e ss.
[331] POLAINO-ORTS, Alegato en favor..., cit., p. 184.

pretendidas com alcance geral pela doutrina da separação.[332] É necessário manter aberta a possibilidade de considerar a capacidade de compreensão e discernimento, bem como os vícios de vontade, também quando a contrariedade à vontade do ofendido se encontra inscrita na redação da norma penal, porquanto condicionam a expressão autêntica da liberdade.

A visão tradicional, como assinala JAKOBS, revela-se equivocada diante de tipos penais em que apenas a manifestação de vontade em conformidade com os preceitos civis exclui a tipicidade, e, ademais, vazia ante as especificidades que regem as exigências de eficácia em cada caso.[333] O emprego de ameaça afasta o furto, mas não o estupro ou a extorsão; a concordância determinada por engano quanto à contraprestação econômica faz parte da caracterização de um estelionato, mas exclui o furto ou o estupro. Assim, a afirmação da irrelevância dos vícios de vontade para o acordo carece de sentido diante dos diversos tipos penais em que se inscreve. A sua repercussão não se pode dissociar da interpretação dos preceitos normativos.

Quanto à conformidade do fato aos bons costumes, como limitação ao alcance da relevância do consentimento, uma vez que o StGB apenas a exige no crime de lesão corporal, a pretensão de estendê-la a outros tipos penais contraria frontalmente a proibição da analogia *in malam partem*, como assinala parte da doutrina alemã. Essa questão poderia revelar-se mais problemática em face do CP Português, que, no art. 38º, 1, determina que o consentimento exclui a ilicitude quando se referir a interesses jurídicos livremente disponíveis e o fato não ofender os bons costumes, uma vez que se trata de uma regra aplicável, em tese, a todos os casos de consentimento. Não obstante, em face das dificuldades de compreender o que seria a contrariedade aos bons costumes, devido à imprecisão e ao teor moralizante dessa expressão, essas disposições suscitam grandes polêmicas e, inclusive, questionamentos quanto a sua constitucionalidade.[334]

Inclusive os defensores da distinção entre acordo e consentimento, com distintas posições na estrutura do injusto penal, vêm contestando a natureza puramente fática do acordo e, consequentemente, a formulação de sistemas de regras diversos para cada um. Hodiernamente, predomina, também nessa parte da doutrina, o entendimento de que as implicações práticas assinaladas, de início, a essa divisão não devem ser aceitas de antemão, pois somente a partir da interpretação dos tipos penais em que o acordo é relevante, segundo

---

[332] ANDRADE, *Consentimento...*, cit., p. 143 e ss.; JESCHECK, *Derecho Penal*, cit., p. 335; POLAINO-ORTS, *Alegato en favor...*, cit., p. 187 e ss.
[333] JAKOBS, *Derecho Penal*, cit., p. 292.
[334] Cf. Capítulo 2, ítem 2.4.

seu sentido e finalidade, é possível determinar seus pressupostos de eficácia, quer quanto à capacidade, quer quanto aos vícios de vontade e à exigência de manifestação exterior.[335]

Os defensores de uma visão monista da aquiescência do ofendido tampouco deduzem desse posicionamento respostas automáticas às questões mencionadas. A inserção do consentimento no plano da tipicidade não significa que todos os casos devam ser tratados segundo as mesmas regras, mas apenas que as eventuais diferenças não decorrem de uma diversidade de naturezas de manifestação de vontade. O tratamento sempre deve relacionar-se a cada tipo penal.[336]

Pode-se afirmar, com STRATENWERTH, portanto, a inadequação de toda solução esquemática quanto aos pressupostos de eficácia do acordo e do consentimento. Não procede afirmar que o acordo sempre se satisfaz com uma anuência meramente fática para a exclusão do tipo penal, tampouco que o consentimento exige, em qualquer caso, requisitos estritos e padronizados, seja na tipicidade, seja na antijuridicidade.[337] É necessário ter em vista a norma penal infringida, o bem jurídico afetado e a intervenção concreta dos envolvidos no fato.

Assim, as consequências práticas da controvérsia quanto à localização sistemática do consentimento na estrutura do injusto penal não devem ser sobrevalorizadas, porquanto esse ponto não é determinante para a compreensão da forma como opera, de seus pressupostos e repercussões. Os autores que adotam a concepção dualista tradicional e aqueles que propugnam uma concepção unitária podem chegar aos mesmos resultados ao abordar tais questões. A significação da inserção do consentimento no marco da tipicidade ou da antijuridicidade se encontra sobretudo no campo teórico.[338]

2.2.3 Fundamentação da relevância do consentimento

À parte os casos em que a contrariedade da conduta incriminada à vontade do titular do bem jurídico se encontra em sua descrição legal, a admissibilidade da relevância do

---

[335] Cf. ANDRADE, *Consentimento e acordo...*, cit., p. 143 e ss.; CASAS BARQUERO, *El consentimiento...*, cit., p. 36 a 38; JAKOBS, *Derecho Penal*, cit., p. 292; JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal*, cit., p. 335; STRATENWERTH, *Derecho Penal*, cit., p. 181 e 182.

[336] Nesse sentido, ROXIN, *Derecho Penal*, cit., p. 526; MAURACH; ZIPF, *Derecho Penal*, I, cit., p. 290

[337] STRATENWERTH, *Derecho Penal*, cit., 181

[338] Cf. MAURACH; ZIPF, *Derecho Penal*, I, cit., p. 286 e 287; MAIWALD, Manfred. El consentimiento del lesionado en el derecho y en la dogmática penal alemanes. Tradução do alemão de Mariano Bacigalupo. *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, Buenos Aires, v. 5, 9A, p.337-352, set. 1999, p. 339 e ss. SANTOS, *A moderna teoria...*, cit., p. 190.

consentimento, independentemente de sua localização sistemática na estrutura do injusto penal, enfrenta certa resistência.

Essa hesitação se associa à crença de que o reconhecimento da influência da postura individual do ofendido no juízo sobre o fato constituiria uma contradição frente à afirmação de que o Direito Penal tutela valores da maior importância para toda a comunidade estatal. Nessa perspectiva, indaga-se como a vontade de um particular poderia quebrar a ilicitude estabelecida pela norma penal, se o interesse penalmente tutelado, enquanto tal, vincula-se à sociedade ou ao Estado. Nesse viés, a doutrina nacional, historicamente, entende que a manifestação de vontade do ofendido apenas se coloca nos diversos tipos penais que fazem referência a essa questão, ou seja, nos casos em que haveria um "acordo" excludente da tipicidade.[339]

A inadmissibilidade dessa postura, no entanto, transparece diante de exemplos nos quais, concorrendo o consentimento do ofendido, a conduta que, formalmente, adéqua-se à redação do tipo penal não pode, em absoluto, ser considerada delitiva, mas tampouco pode ser reconhecida a sua compatibilidade com o ordenamento jurídico através de argumentos construídos à margem daquela circunstância. Parece evidente que quem deteriora coisa móvel, a pedido ou com a concordância do proprietário, por exemplo, a despeito do silêncio da norma penal correspondente a respeito, não comete um crime de dano. A pretensão de retirar qualquer espaço ao titular do bem jurídico na tutela penal é inaceitável.

Algumas legislações dispõem, expressamente, sobre o tema, como o CP Português, em que o consentimento se insere entre os fatores que excluem a antijuridicidade, no art. 31º, 1, d, e é eficaz quando se referir a interesses jurídicos livremente disponíveis e o fato não

---

[339] Ilustra essa postura o comentário de Nélson Hungria, como membro da Comissão Revisora do CP de 1940, em que justifica a supressão do art. 14 do Projeto Alcântara Machado, no qual se afastava a punibilidade daquele que praticar a ação ou omissão com o consentimento de quem possa validamente dispor do direito violado ou ameaçado: "O dispositivo era evidentemente supérfluo, e assim entendeu a Comissão Revisora, que o suprimiu. Como é elementar, o direito penal não protege direitos individuais por si mesmos, senão porque e enquanto coincidentes com o interesse público ou social, mas, em certos casos, por exceção, condiciona a existência do crime *ao dissenso do lesado*. Assim, nos crimes patrimoniais e, em geral, naqueles em que o *constrangimento*, o *engano* ou o *arbítrio* por parte do agente entram como condições essenciais. Em tais casos, o *não consentimento do ofendido é elemento constitutivo* do crime. Ora, se o inc. I do art. 14 do Projeto Alcântara a eles se referia, sua superfluidade chegava a ser incomodativa. É meridianamente claro que se não pode reconhecer a criminalidade de um fato que carece de uma das condições *sine quibus* da sua qualificação legal como crime. O axioma não precisava de ser trazido para o texto da lei. Em crítica ao projeto revisto, porém, Alcântara Machado argumentou que podem apresentar-se outros casos em que o consentimento do ofendido seja excludente de crime. Quais seriam eles? Por isso mesmo que se trata de uma exceção ao caráter *publicístico* do Direito Penal, só se pode falar, do ponto de vista penal, em bem ou interesse jurídico *renunciável* ou *disponível*, a exclusivo arbítrio do seu titular, nos estritos casos em que a própria lei penal, explícita ou implicitamente, o reconheça. Não há investigar alhures as hipóteses de livre *disponibilidade* de direitos (bens, interesses) penalmente tutelados. É este o ponto intransponível para os que, seduzidos pelas chamadas *questões elegantes* de interpretação do *jus positum* em matéria penal, defendem o critério aceito pelo ilustre Projetista." HUNGRIA; FRAGOSO, *Comentários ao Código Penal*, I, cit.

ofender os bons costumes, conforme o art. 38º.[340] Da mesma forma, o CP Italiano trata do consentimento no art. 50,[341] assinalando que não é punível aquele que lesione ou ponha em perigo um direito, com o consentimento da pessoa que pode validamente dispor. No ordenamento jurídico nacional, a questão se afigura incerta, ante a ausência de qualquer disciplina legal acerca do consentimento, assim como no alemão e no espanhol, nos quais se encontram apenas referências esparsas, que limitam a sua eficácia em determinados tipos penais. Não obstante, a doutrina nacional recente não vê obstáculos instransponíveis às suas repercussões no Direito Penal, admitindo que pode excluir o injusto penal dentro de certos limites, embora ainda se verifique um grave déficit de estudos sobre o tema.

A resistência oposta a essa conclusão durante longo período, contudo, destaca a necessidade de fundamentação do papel atribuído ao consentimento do ofendido, como causa de justificação supralegal ou como causa de atipicidade, para a qual concorrem diversas teorias elaboradas ao longo da evolução da dogmática penal. Essa questão está estreitamente vinculada à concepção material do injusto penal e à subjacente visão da dinâmica entre o indivíduo, a sociedade e o Estado, e, portanto, deve ser compreendida à luz dessas bases.

Uma vez que os problemas relativos à fundamentação da relevância e à localização sistemática do consentimento do ofendido na teoria do injusto penal encontram-se ligados no desenvolvimento doutrinário, de modo que, para a compreensão de uns, é necessária a referência aos outros, serão abordados conjuntamente.

2.2.3.1 Como excludente da antijuridicidade

Diversas teorias foram formuladas para fundamentar a eficácia do consentimento do ofendido como causa de justificação. Os primeiros desenvolvimentos assumiram um enfoque privatista, associado a uma aproximação entre o Direito Civil e o Direito Penal.

---

[340] Art. 31º, "2 – Nomeadamente, não é ilícito o facto praticado: [...] d) Com o consentimento do titular do interesse jurídico lesado". Art. 38º Consentimento "1 – Além dos casos especialmente previstos na lei, o consentimento exclui a ilicitude do facto quando se referir a interesses jurídicos livremente disponíveis e o facto não ofender os bons costumes. 2 – O consentimento pode ser expresso por qualquer meio que traduza uma vontade séria, livre e esclarecida do titular do interesse juridicamente protegido, e pode ser livremente revogado até a execução do facto. 3 – O consentimento só é eficaz se for prestado por quem tiver mais de 14 anos e possuir o discernimento necessário para avaliar o seu sentido e alcance no momento em que o presta. 4 – Se o consentimento não for conhecido do agente, este é punível com a pena aplicável à tentativa".

[341] Art. 50 – Consenso dell'avente diritto – "Non è punibile chi lede o pone in pericolo un diritto, col consenso dela persona che può validamente disporne".

Destaca-se, nesse contexto, a teoria que procura explicar a relevância do consentimento para o injusto penal a partir de sua qualificação como um negócio jurídico, enquanto autorização do Direito Civil que repercutiria também em outras áreas. Dessa forma, teria como conteúdo a concessão, ao destinatário, de um direito subjetivo revogável à realização de determinada conduta típica, que, portanto, não poderia ser ilícita. Nessa linha, para que o consentimento seja eficaz, deve ajustar-se a todos os requisitos impostos aos negócios jurídicos em geral, sujeitando-se a exclusão da antijuridicidade penal ao regime civil.[342]

A teoria do negócio jurídico, no entanto, recebeu muitas críticas e caiu em desuso, sobretudo porque desconsidera a autonomia das finalidades do Direito Civil e do Direito Penal.[343] Na medida em que, da natureza jurídica negocial do consentimento, pretende-se inferir respostas quanto aos seus pressupostos de validade no marco do injusto penal, trasladando-as, automaticamente, de um ramo do ordenamento jurídico a outro, ignora-se que a regulação do tráfego civil e a punição de condutas são questões distintas.

O consentimento do ofendido, no Direito Penal, não diz respeito a uma declaração de vontade que se revista de determinadas formalidades e atenda a certos requisitos estabelecidos com vistas a consequências alheias à função que lhe incumbe; deve referir-se ao fim de proteção da norma penal em relação ao bem jurídico. A vinculação de sua relevância para o injusto penal a normas civis é, portanto, rechaçada. Outras teorias, circunscritas ao âmbito do Direito Penal, passaram, então, a dominar a discussão, à margem de considerações acerca da categoria civil que expressa a natureza jurídica do consentimento e do regime que lhe confere o Direito Privado.

Essas teorias procuram apresentar argumentos que favorecem o consentimento do titular do bem jurídico como fator de exclusão do injusto penal partindo de distintas concepções. A teoria do abandono do interesse perdeu o destaque dentre aquelas que procuram fundamentá-lo como causa de justificação, mas sua ideia central continua presente

---

[342] GANDARA VALLEJO, *Consentimiento...*, p. cit., 15 e 16. Embora sem referência à natureza jurídica do consentimento do ofendido como um negócio jurídico, uma aproximação a essa postura pode ser encontrada em parte da doutrina nacional, que o insere nas considerações acerca do exercício regular de um direito como causa de justificação. Em algumas variações dessa perspectiva, o consentimento não justifica por si mesmo, mas contribui para a justificação como um dos requisitos necessários para que se possa falar em exercício regular de um direito, particularmente nos casos de lesões desportivas e intervenções cirúrgicas. Cf. NORONHA, *Direito Penal*, I, cit., p. 202 e 203; MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*: parte geral. São Paulo: Atlas, 2006.V. 1, p. 189.

[343] Cf. ANTOLISEI, *Manuale de Diritto Penale*, cit., p. 282 e 283; BETTIOL, *Direito Penal*, cit., p. 399; DIAS, *Direito Penal*, cit., p. 471; JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal*, cit., p. 338; MAYER, *Derecho Penal*, cit., p. 364 e 365; MEZGER, *Derecho Penal*, cit., p. 165 MIR PUIG, *Derecho Penal*, cit., p. 507; PIERANGELI, *O consentimento...*, cit., p. GANDARA VALLEJO, *Consentimiento...*, cit., p. 48.

na discussão dogmática através das teorias que, hodiernamente, inserem-no no plano da tipicidade. As teorias da renúncia à proteção penal e da ponderação de interesses, por outro lado, estão consolidadas na doutrina majoritária e, frequentemente, aparecem conjugadas. Merecem destaque, ademais, as teorias de STRATENWERTH e JAKOBS, em vista da clareza que lançam sobre a questão. Embora a contraposição entre acordo e consentimento, firmada a partir da década de 1950, em princípio, não indicasse diferenças entre as duas figuras no tocante à lesão do bem jurídico,[344] o desenvolvimento do modelo dualista procura destacar considerações de ordem material nessa divisão, o que se evidencia, sobretudo, na teoria da ponderação.

2.2.3.1.1 A teoria da renúncia ao interesse

Em uma construção que ainda apresenta aspectos relevantes para as discussões atuais sobre o tema, MEZGER vinculou a fundamentação material do consentimento, como causa de justificação, à ideia de abandono do bem jurídico por parte do titular.

MEZGER sistematiza as causas de exclusão do injusto em duas vias: de um lado, não há injusto se o fato apresenta, desde o início, uma característica que o suprime, caso em que fala de um princípio da ausência do interesse ou da necessidade de proteção; de outro, não há injusto se um direito favorece o fato, caso em que fala de um princípio do interesse preponderante ou da preponderância da necessidade de proteção. A eficácia justificativa do consentimento diz respeito à primeira via. A ausência de interesse do ofendido teria relevância na medida em que o único ou, ao menos, o principal interesse protegido pela norma penal fosse o seu.[345]

O abandono do interesse se encontra na fundamentação da relevância do consentimento em diversas formulações, ao lado de outros princípios de justificação, coincidentes, no todo ou em parte, com as bases apresentadas por MEZGER. No Brasil, FRAGOSO assinala que as causas de exclusão da antijuridicidade podem ser classificadas em três grandes grupos: causas que defluem de situações de necessidade, causas que defluem da atuação do direito e causas que defluem da ausência de interesse. É ao último que se relaciona o consentimento, que teria eficácia nos casos em que a proteção jurídica está em

[344] ANDRADE, *Consentimento...*, cit., p. 142.
[345] MEZGER, *Derecho Penal*, cit., p. 162 e 163.

função da ausência do consentimento, ou seja, direcionada a bens jurídicos disponíveis, de interesse exclusivamente privado.[346]

A ideia de abandono do interesse é comumente associada à inexistência de uma lesão ao bem jurídico tutelado pela norma penal, mesmo quando, seguindo a via traçada por MEZGER, é invocada para erigir o consentimento em causa de justificação. Nesse sentido, ANTOLISEI, a partir de uma concepção geral que associa a justificação à inexistência de um dano social que autorize a intervenção do Estado por meio da pena, assinala que a eficácia excludente da antijuridicidade atribuída ao consentimento decorre do abandono do bem jurídico por parte do titular, que implica a inocorrência de um prejuízo privado.[347] De forma semelhante, BETTIOL assevera que, além do conflito de interesses, a justificação também se explica na falta de interesse do ofendido, sob o argumento de que a norma penal tutela um determinado interesse e, se este não se faz presente, é inconcebível uma lesão.[348] Assim, compreende-se que essa diretriz seja retomada em construções recentes para fundamentar a relevância do consentimento no plano da tipicidade, com base em concepções atualmente dominantes do injusto penal e da relação entre seus elementos.

Essa teoria é criticada, por parte da doutrina, em face do caráter público do Direito Penal e de uma compreensão do bem jurídico que prioriza a sua transcendência social, inclusive quanto àqueles de titularidade individual, considerando que é em atenção a esse aspecto que são elevados a objetos de tutela penal.[349]

Sem adentrar na questão acerca da procedência dessa crítica, observa-se que, no contexto de uma concepção do bem jurídico como a de MEZGER, que o via apenas como a síntese da interpretação teleológica, a referência a uma renúncia ao interesse aparece desvinculada de bases que permitam compreender por que a manifestação de vontade do indivíduo poderia sobrepor-se à suposta vontade do legislador, manifestada na norma penal.

2.2.3.1.2 A teoria do renúncia à proteção jurídica

Consolidada a distinção entre acordo e consentimento, ganhou destaque, na doutrina e na jurisprudência, a ideia de renúncia à proteção jurídica como fundamento da força

[346] FRAGOSO, *Lições de Direito Penal*, cit., p. 190.
[347] ANTOLISEI, *Manuale de Diritto Penale*, cit., p. 283.
[348] BETTIOL, *Direito Penal*, cit., p. 385.
[349] Nesse sentido, MERKEL, *Derecho Penal*, cit., p. 172.

justificante atribuída a este.[350] Nessa perspectiva, o afastamento da antijuridicidade da conduta do agente em face do consentimento explica-se na renúncia, legitimada pelo direito de autodeterminação do titular, à proteção penal do bem jurídico frente a lesões. Conforme HIRSCH, a admissibilidade do consentimento em uma conduta, em princípio, proibida reflete que o ordenamento jurídico respeita a importância social que corresponde ao uso irrestrito da liberdade pessoal.[351]

A teoria da renúncia à proteção jurídica, no entanto, não supera a referida crítica que parte da doutrina dirige à teoria da renúncia ao interesse, em consideração à dimensão social do delito. Nessa linha, essa teoria também é julgada insuficiente para esclarecer o motivo pelo qual a deliberação privada deveria levar o Estado a abdicar de sua missão de proteger bens jurídicos. Outras orientações permitiriam afastar esse questionamento, sem abdicar da concessão de um espaço ao consentimento do ofendido no marco do injusto penal.[352] Não obstante, a renúncia à proteção penal continua a ser invocada, embora frequentemente associada à ponderação de interesses, para fundamentar a justificação.

2.2.3.1.3 A teoria da ponderação de interesses

Na doutrina que segue o paradigma dualista, é amplamente difundida a fundamentação do afastamento da antijuridicidade pelo consentimento com base na teoria da ponderação de interesses, à qual se recorre quer isoladamente, quer associada à renúncia à proteção penal.[353] Essa orientação, originalmente desenvolvida por NOLL, ganha espaço devido à aduzida insuficiência dos argumentos até então apresentados para explicar plenamente a relevância do consentimento no Direito Penal, pois, por uma parte, não esclareceriam o motivo pelo qual a proteção penal deveria ser suprimida por força de uma manifestação de vontade individual e, por outra, tampouco permitiram compreender por que é eficaz a respeito de determinados bens jurídicos e não de outros. Ademais, também se harmoniza com a busca por uma diretriz unitária para as causas de justificação, com vistas à

---

[350] WESSELS, *Direito Penal*, cit., p. 76; WELZEL, *Derecho Penal Alemán*, cit., p. 114. No Brasil, PRADO, *Cursode Direito Penal*, 1, cit., p.372 e 373; PIERANGELI, *O consentimento...*, cit., p. 114.
[351] HIRSCH, Consentimiento..., cit., p. 91.
[352] JESCHECK, *Derecho Penal*, cit., p. 339.
[353] CASAS BARQUERO, *El consentimiento...*, cit., p. 35 e 54; CEREZO MIR, *Obras Completas*, I, cit., p. 765; DIAS, *Direito Penal*, cit., p. 471 e ss; JESCHECK, *Derecho Penal*, cit., p. 339 e ss.; PRADO, *Curso de Direito Penal*, I, cit., p. 373.

superação de sistemas que, como o de MEZGER, demandam o recurso a mais de um princípio reitor, o que se deve sobretudo à especificidade do consentimento frente às demais.[354]

Nessa perspectiva, o embasamento da relevância do consentimento e o seu ponto em comum com as demais causas de justificação se encontra no conflito e na ponderação de bens, deveres ou valores. Quando o titular do bem jurídico tutelado pela norma penal consente, dá-se uma colisão entre a integridade do bem jurídico concretamente atingida e a autodeterminação que se manifesta na disposição. O ordenamento jurídico confere relevância ao consentimento, dentro de certos limites, porque a liberdade é, em si mesma, um valor digno de proteção. Trata-se, então de determinar o que deve prevalecer no confronto entre o interesse na preservação de bens jurídicos, que não desaparece por força do consentimento, e o interesse na preservação da liberdade do titular. Afasta-se a antijuridicidade da conduta típica quando esta prevalece, ou seja, quando os valores que promove são de maior peso que os valores que sacrifica.[355]

Desse modo, também se evidencia uma efetiva heterogeneidade entre as formas de aquiescência do ofendido, é dizer, entre os casos em que impede a configuração do tipo penal e os casos em que acarreta o afastamento da antijuridicidade, contra a compreensão da doutrina dualista originária, que, como visto, assinalava uma identidade fática entre as expressões de acordo e consentimento. No primeiro caso, o tipo penal protege a própria liberdade, que não é afetada quando o titular manifesta sua adesão à conduta do agente, enquanto, no segundo, há um sacrifício do bem jurídico, ainda que excepcionalmente tolerado. Assim, com o acordo, não se verifica a lesão do bem jurídico e, portanto, há uma carência de interesse; com o consentimento, pelo contrário, encontram-se preenchidos todos os elementos necessários à afirmação da tipicidade e, consequentemente, verifica-se uma colisão de interesses entre o objeto de tutela, atingido pela conduta típica, e a liberdade do titular, também relevante para o ordenamento jurídico.

A questão central dessa teoria consiste no porquê de afirmar-se que subsiste a lesão do bem jurídico, ainda que disponível, a despeito do consentimento do titular. ANDRADE, ao defender um paradigma dualista e explicitar a concepção material que se encontra em sua base, é veemente ao sustentar que o consentimento do ofendido não afasta a "perda" do sistema social, conquanto reputada de menor relevância frente ao exercício da autodeterminação que se reflete na disposição.

---

[354] Acerca das primeiras manifestações dessa compreensão do consentimento justificante, cf. ANDRADE, *Consentimento...*, cit., p. 148 e ss. e GANDARA VALLEJO, *Consentimiento...*, cit., p. 69 e 70.
[355] DIAS, *Direito Penal*, cit., p. 471 e 472; JESCHECK, *Derecho Penal*, cit., p. 58.

ANDRADE observa que a vida e o corpo, assim como outros bens jurídicos individuais, configuram, por si sós, valores intrinsecamente relevantes, independentemente da vontade do titular, aos quais a ordem jurídica dispensa a sua proteção, de modo que, na medida em que o consentimento é relevante, assume o caráter de uma autorização excepcional de agressão. Segundo o autor, a "valência sistêmico-social" do bem jurídico e do correspondente programa de tutela é demonstrada no dogma, consensualmente aceito pela doutrina moderna, da relevância social de que se reveste, independentemente das diversas concepções acerca de seu conceito e estrutura. Dessa forma, a afirmação de que Direito Penal protege determinado bem jurídico porque é valioso não apenas para o indivíduo, mas para a sociedade em seu conjunto, significa que a "elevação de um qualquer bem, valor, interesse ou função à constelação dos bens jurídico-penais é sempre feita em nome de um significado sistêmico-social mais ou menos explícito". Os bens jurídicos individuais, portanto, não se assentam apenas no juízo de valor do indivíduo, mas também no da sociedade, cujas razões não coincidem, necessariamente, com as dele.[356]

Exemplificando a "perda efetiva ao nível do bem jurídico efetivamente lesado", DIAS aduz que, se a vítima consentir que o agente lhe dê uma pancada ou que destrua uma joia sua, a lei pode conceder prevalência à sua autorrealização, mas o faz em detrimento do prejuízo a bens jurídicos que, efetivamente, compete ao sistema social proteger: a integridade corporal e a propriedade.[357]

Assim, a "valência sistêmico-social" que caracteriza, inclusive, os bens jurídicos mais eminentemente pessoais imprime a marca da conflitualidade que corresponde ao consentimento, aproximando-o das demais causas de justificação. Segundo ANDRADE, essa característica se inscreve na ponderação de interesses, singularizando-se o consentimento diante de outras causas de justificação apenas porque o conflito se dá entre a autonomia do sistema pessoal e a heteronomia do sistema social, ambos empenhados na realização de sentidos próprios e, por isso, operando como fontes recíprocas de complexidade e eventual frustração.[358]

Resumidamente, então, a teoria da ponderação ressalta a existência de um conflito entre o interesse na proteção de bens jurídicos e o interesse no exercício da liberdade do titular, aproximando o consentimento das demais causas de justificação e assinalando uma base substancial para a sua diferenciação do acordo. A inserção do consentimento no plano

[356] ANDRADE, *Consentimento...*, cit., p. 200.
[357] DIAS, *Direito Penal*, cit., p. 474 e 475.
[358] ANDRADE, *Consentimento...*, cit., p. 203, 204 e 258.

da antijuridicidade se apoia na dimensão social dos bens jurídicos individuais, independente da vontade daquele a quem se vinculam.

Embora encontre ampla aceitação na doutrina moderna, essa teoria enseja dificuldades relevantes. Não há uma indicação precisa do que se contrapõe à liberdade do titular na ponderação, a despeito da disponibilidade do bem jurídico, além da referência a um interesse ou valor de transcendência social do objeto material do delito, que se presume a partir da existência de uma norma penal que incrimina a produção de determinado resultado que o atinge.

Com efeito, não se afigura claro o porquê de afirmar-se um interesse social ou uma "valência sistêmico-social" a respeito do objeto material do delito por si só, tampouco o motivo pelo qual implicaria que, diante do resultado, verifica-se uma lesão do bem jurídico tutelado, se o ordenamento jurídico reconhece ao titular a liberdade de dispor. Tendo em vista a propriedade, por exemplo, não se compreende por que a existência da coisa, desvinculada de sua relação com o proprietário, tem um valor autônomo e deve ser protegida, em princípio, pelo Direito Penal, ou por que a sua destruição, com o consentimento daquele, representa um fato tipicamente relevante, apenas excepcionalmente justificado. Outros caminhos de fundamentação da relevância do consentimento como causa de justificação suscitam observações semelhantes.

2.2.3.1.4 A teoria do decaimento parcial do bem jurídico

STRATENWERTH também adota a dicotomia clássica entre as manifestações de vontade do titular do bem jurídico, mas diverge da doutrina majoritária a respeito de questões materiais relevantes que conduzem a afirmar o efeito justificante do consentimento, tomando como ponto de partida uma concepção do injusto de delitos contra bens jurídicos individuais centrado no ataque à autonomia pessoal.

Ao ocupar-se da fundamentação da relevância do consentimento, STRATENWERTH rechaça duas visões opostas do bem jurídico individual que subjazem a outras construções doutrinárias. Em primeiro lugar, contra o pressuposto implícito nas ideias de renúncia à proteção jurídica e ponderação de interesses de que o consentimento não afeta a lesão do bem jurídico enquanto tal, assinala que a tutela que lhe destina a norma penal não se limita ao seu substrato corporal, estendendo-se, também, à liberdade de disposição do titular. Por outro

lado, também critica as posturas que o reduzem ao "domínio autônomo do titular", considerando que, em última análise, levam à conclusão de que a conduta típica sempre afeta o mesmo bem jurídico. A seu ver, para determinar a eficácia do consentimento, é preciso compreender ambos os aspectos do conceito – o "material" e o "intelectual" – como uma unidade.[359]

Explicitando a razão pela qual o consentimento pode afastar a antijuridicidade, STRATENWERTH destaca que numerosos bens jurídicos individuais são penalmente tutelados apenas porque constituem a base para um mínimo de liberdade frente a dependências – como a incapacitação física, a necessidade material, o uso por parte de terceiros etc. –, de modo que, concorrendo o consentimento, o fato não pode constituir um injusto penal, quando se encontra em harmonia com a autodeterminação, e não em contradição com esta. O fundamento da relevância do consentimento no Direito Penal se encontra, então, na "renúncia ao bem jurídico".[360]

Segundo STRATENWERTH, fala-se em acordo excludente da tipicidade em casos nos quais a contrariedade à vontade do afetado insere-se na fundamentação do injusto penal, de modo que a ausência dessa circunstância afasta por inteiro o objeto de tutela e não permite cogitar de lesão; fala-se em consentimento excludente da ilicitude, por outro lado, em casos nos quais subsiste a lesão, mas a tutela penal tem em vista apenas a integridade da autodeterminação.[361]

O autor destaca, no entanto, que a delimitação entre essas figuras não depende da redação do tipo penal, pois há hipóteses, como o dano à coisa ou as lesões corporais em intervenção médica curativa, por exemplo, em que a aquiescência afasta a tipicidade, embora não encontre referência expressa nos respectivos preceitos legais. Essa solução deriva não apenas da manifestação de vontade do titular do bem jurídico, mas do complexo de circunstâncias que apresentam a disposição da propriedade ou da integridade corporal como uma situação totalmente normal, que permite afirmar a adequação social das condutas.[362]

STRATENWERTH sustenta, portanto, a relevância do consentimento para o injusto penal com base em uma concepção do bem jurídico que destaca a sua relação intrínseca com a autonomia do indivíduo, inserindo-o entre as causas de justificação em consideração à lesão efetiva que se verifica em sua dimensão material.

---

[359] STRATENWERTH, *Derecho Penal*, cit., 179 e 180
[360] STRATENWERTH, *Derecho Penal*, cit., 180.
[361] STRATENWERTH, *Derecho Penal*, cit., 180 e 181.
[362] STRATENWERTH, *Derecho Penal*, cit., p. 181.

Uma vez que o autor reconhece que o bem jurídico individual não se constitui apenas de um substrato corporal, mas também de sua relação com o titular, tendo em vista que a tutela penal se destina, precisamente, a garantir-lhe a base de um mínimo de liberdade, no entanto, não se compreende o motivo pelo qual a afetação daquele, por si só, seria tipicamente relevante.

Após uma conjugação dessas duas dimensões na concepção do bem jurídico individual, verifica-se uma subsequente separação entre o substrato corporal e a sua relação com o titular, de modo que o resultado que atinge apenas aquele se considera suficiente para caracterizar a lesão tipicamente relevante. Diante dessa contradição, é pertinente a crítica de ROXIN, ao assinalar que, dessa forma, incorre-se em uma confusão entre o objeto da ação e o bem jurídico.[363]

Uma alternativa para evitar essa objeção seria afirmar que há uma lesão do bem jurídico a despeito do consentimento do titular porque o resultado não corresponderia ao seu "bem-estar real". Tal argumento, no entanto, implica atribuir ao ordenamento jurídico um juízo sobre a razoabilidade do exercício da liberdade individual que não lhe pode incumbir, mormente quando reconhecida a disponibilidade.

Ademais, as colocações de STRATENWERTH tornam clara a dificuldade de distinção entre as manifestações de vontade do titular do bem jurídico, ao admitir que, em determinados casos, o consentimento, ainda que não inserido expressa ou implicitamente na redação do tipo penal, exclui já a tipicidade, por meio de outros institutos.

2.2.3.2 Como excludente da tipicidade e da antijuridicidade

Distanciando-se da doutrina dominante, JAKOBS apresenta uma concepção tripartida da aquiescência do ofendido, distinguindo entre acordo, consentimento excludente do tipo e consentimento excludente da antijuridicidade. O acordo e o consentimento excludente do tipo impedem a imputação objetiva do fato ao agente.

JAKOBS fala em acordo, em sentido amplo, para designar os casos em que o bem jurídico está sujeito à disposição do titular, de modo que, com a sua manifestação de vontade,

[363] ROXIN, *Derecho Penal*, cit., p. 517.

exclui-se a realização do tipo penal e a lesão é de sua incumbência.[364] Nesse marco, JAKOBS distingue entre "acordo final" e "acordo não final".[365] No acordo final, a pessoa pretende as consequências do comportamento, ou seja, quer realizá-las, por si mesmas ou pelos efeitos esperados delas, de forma correspondente à intenção em um tipo subjetivo. O acordo final exclui a tipicidade, porquanto se trata do abandono de um bem, baseado em uma vontade digna de respeito, em virtude do conteúdo da livre discricionariedade.

Embora JAKOBS separe, terminologicamente, o acordo e o consentimento excludente do tipo, a distinção decorre apenas da existência de casos nos quais as regras gerais que regem a manifestação de vontade do ofendido se veem modificadas.[366] O acordo seria, então, um consentimento excludente do tipo, com regras particulares impostas pela descrição legal da conduta incriminada.

O consentimento exclui o tipo, segundo JAKOBS, quando se refere à lesão de bens dos quais o titular tem direito de dispor livremente, como o patrimônio, o segredo da correspondência e, inclusive, a liberdade ambulatória, a honra, e a integridade física. Quanto aos três últimos, no entanto, há uma ressalva: o consentimento exclui a tipicidade apenas quando se trata de expressões desses bens que constituam "meios de desenvolver-se livremente", mas não "base desse livre desenvolvimento", ou, em outras palavras, quando tomados como "bens intercambiáveis". Assim, o consentimento elimina a tipicidade das condutas de cavar um gramado, derrubar uma árvore, cortar o cabelo, tomar anticoncepcionais, provocar lesões leves em práticas sexuais ou coletar sangue de um doador, porquanto não importam defraudações de expectativas.[367] Se correspondem à vontade do titular do bem jurídico, não se pode afirmar um conflito, de que depende a realização do fato típico, que apenas excepcionalmente poderia ser tolerado pelo sistema social e, nessa medida, justificado. A existência ou não de um conflito e, portanto, a tipicidade condicionam-se à vontade da eventual vítima.[368]

No entanto, segundo JAKOBS, o consentimento eficaz nem sempre exclui a tipicidade da conduta, pois há casos em que pode considerar-se realizado o tipo penal mesmo que não se verifique uma vulneração da autonomia de outrem. Trata-se da lesão a um bem que não é "meio de desenvolver a personalidade" ou não tem "função de intercâmbio". A exclusão da antijuridicidade se dá quando há o emprego de tais bens "como meios", o que apenas ocorre

[364] JAKOBS, *Derecho Penal*, cit., p. 289.
[365] Sobre o acordo não final, cf. Capítulo 3, ítem 3.2.3.
[366] JAKOBS, *Derecho Penal*, cit., p. 291 e 292.
[367] JAKOBS, *Derecho Penal*, cit., p. 293 e 294.
[368] JAKOBS, *Derecho Penal,* cit., p. 294.

em situações especiais. Em qualquer caso, no entanto, há uma frustração de expectativas, que não se afasta apenas com o apelo ao consentimento, reclamando a consideração do respectivo contexto. Assim, por exemplo, a extirpação de um rim com o consentimento da pessoa, devido à importância do bem, apenas se justifica excepcionalmente, em face de um contexto, ou seja, quando realizada por um médico, para fins de transplante.[369] Em relação a um mesmo tipo penal, então, como o crime de lesão corporal, o consentimento pode afetar a tipicidade ou a antijuridicidade.

Na perspectiva de JAKOBS, portanto, há casos em que a afetação do bem jurídico, mesmo com o consentimento eficaz do titular, representa um conflito social, ensejando a frustração de normas penais orientadas para a estabilização generalizada de expectativas.

Quanto à fundamentação da eficácia do consentimento como causa de justificação, necessária para superar a contraposição entre a natureza pública do Direito Penal e o condicionamento do injusto penal à vontade da vítima, JAKOBS apela para a ideia de renúncia ao interesse, aliada a um princípio de ponderação, mas se afasta de outros posicionamentos doutrinários quanto à identificação das linhas do conflito e de sua significação.

Segundo JAKOBS, a teoria da renúncia ao interesse, que procura indicar o fundamento da eficácia justificante do consentimento não na renúncia a bens em si mesmos, mas na renúncia a relações com bens, aproximando-se da referência ao domínio autônomo sobre bens, mostra-se apta a explicar as diferentes consequências da mesma lesão quando concorre ou não o consentimento.[370]

Quanto à medida da legitimidade dos interesses envolvidos e os limites da eficácia justificante do consentimento,[371] para JAKOBS, o decisivo é "quando a autodeterminação de quem consente proporciona àquele que efetua a lesão, um motivo razoável para atuar". A heterolesão, como relação social, pode perturbar as expectativas gerais referentes ao conteúdo do contato, mesmo se o ofendido se afasta dos padrões gerais e consente. Se o consentimento não representa um motivo razoável para atuar, a lesão de bens alheios importa uma frustração da expectativa de sua intangibilidade. A alternativa, na ponderação, portanto, é entre motivo para atuar determinado individualmente e motivo para atuar determinado em geral.[372]

---

[369] JAKOBS, *Derecho Penal*, cit., p. 294 e 295.
[370] JAKOBS, *Derecho Penal*, cit., p. 524.
[371] Jakobs rejeita a pretensão de demarcar limites através do confronto entre a importância social do exercício das possibilidades de disposição, de um lado, e o interesse geral na conservação do bem, de outro, porquanto a afirmação desse interesse geral abriria a possibilidade de uma ponderação semelhante não apenas na heterolesão consentida, mas também na autolesão, sempre atípica.
[372] JAKOBS, *Derecho Penal*, cit., p. 524 e 525.

O consentimento afasta a antijuridicidade em casos nos quais a vontade do titular, por si só, não representa um motivo suficiente para a intervenção em seus bens, demandando, ademais, o seu emprego racional. Partindo dessas premissas, o consentimento na própria morte ou na perda de membros superiores do corpo para a realização de uma experiência não justifica qualquer desses resultados, independentemente das oportunidades que a experiência possa abrir, pois a expectativa de inadmissibilidade de lesões dessa magnitude é assegurada de forma tão enérgica que sequer se pode debater acerca de seus limites. Por outro lado, o consentimento torna lícito o fato típico em se tratando de lesões à integridade corporal no contexto de operações médicas com fins curativos ou estéticos, ou direcionadas à alteração de funções corporais ou a transplantes, bem como de lesões graves à honra ou limitações duradouras da liberdade ambulatória.[373] Nessa linha, no mencionado caso do duplo suicídio, JAKOBS entende correta a condenação do acusado por homicídio a pedido, mas não no caso do sobrinho que injeta uma dose letal no tio, a seu pedido, assinalando que, neste, o pedido de morrer está objetivamente fundamentado.[374]

Ademais, conforme JAKOBS, quando o consentimento não proporciona um motivo suficiente para atuar, a despeito da antijuridicidade da conduta típica, deve haver sempre uma redução do grau de injusto, pois já não se trata da lesão de um bem do portador individual, mas apenas da criação de um perigo para a subsistência geral de determinados bens, decorrente da violação de máximas de conduta esperadas em geral.[375]

No Brasil, essa concepção tripartida da aquiescência do ofendido elaborada por JAKOBS, dividindo-a em acordo, consentimento excludente do tipo e consentimento excludente da antijuridicidade, é acolhida por D'ÁVILA.[376]

Dessa forma, JAKOBS admite que o consentimento do ofendido pode ter eficácia tanto no plano da tipicidade, quanto no plano da antijuridicidade, conforme o fato represente uma

---

[373] JAKOBS, *Derecho Penal*, cit., p. 525 e 526.

[374] Comentando o caso do sobrinho, Jakobs assinala que a sua solução é, ao mesmo tempo, mais radical e mais prudente que a assinalada por Roxin, para quem haveria uma participação em suicídio: "é mais radical por tudo que com um pedido com uma causa tal se elimina, em resumidas contas, a tipicidade do homicídio pedido; por conseguinte, o sobrinho não deveria ser punido nesse caso, inclusive ainda que houvesse injetado no tio já a primeira dose do veneno. E, por outro lado, a solução que se segue é mais prudente porque, conforme ela, o desejo de morrer tem de estar objetivamente fundamentado. Por exemplo, se o tio tivesse atuado por um sofrimento de amor, o sobrinho deveria ter sido punido por homicídio a pedido, inclusive ainda que os acontecimentos tivessem se desenvolvido no modo descrito. Portanto, isto não depende de se o cansado de viver demonstrou sua capacidade para pôr em funcionamento seu capricho senão de seu pedido, a consequência de sua razoabilidade objetiva tem de ser tratada como uma decisão madura". Ressalte-se que, nesse excerto, Jakobs assinala que a razoabilidade do pedido afasta a tipicidade do homicídio consentido, divergindo, aparentemente, de suas colocações em outros contextos. JAKOBS, Suicidio, eutanásia..., cit., p. 33 e 42.

[375] JAKOBS, *Derecho Penal*, cit., p. 525.

[376] D'ÁVILA, Fábio Roberto. *Crime culposo e a teoria da imputação objetiva.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 69 e ss.

violação de expectativas sociais ou não. Para que o consentimento relativo à lesão de bens jurídicos que constituem base do desenvolvimento pessoal afaste a antijuridicidade, é necessário atentar para o contexto, tomando-se como parâmetro de aferição de sua eficácia a razoabilidade da manifestação do titular.

Nos casos em que o consentimento opera como causa de justificação, JAKOBS afirma a tipicidade da conduta com base na violação de expectativas normativas, excepcionalmente tolerada. O questionamento essencial que pode ser dirigido a essa teoria associa-se às objeções levantadas a respeito da concepção do injusto penal de JAKOBS, tendo em vista que parte da premissa de que o Direito Penal tutela a vigência da norma, violada por meio de uma conduta socialmente intolerável. Ainda que se admita que o Direito Penal também garante expectativas normativas por meio da imposição da pena, essa função, por si só, não legitima a intervenção penal. Assim, para a subsistência da tipicidade da conduta, a despeito do consentimento do titular do bem jurídico disponível, não basta a referência à frustração de normas orientadas para a estabilização generalizada de expectativas.

Quanto aos limites de sua eficácia, ao submetê-la à condição de que o consentimento represente um motivo razoável para a atuação do agente, o entendimento de JAKOBS apresenta, como desdobramento, a possibilidade de justificação em casos nos quais, como regra, não é admitida, conferindo maior relevância prática à manifestação de vontade do ofendido. Não obstante, esse critério se mostra inseguro, porquanto não se pode desvincular de avaliações subjetivas acerca da razoabilidade do consentimento.

2.2.3.3 Como excludente da tipicidade

A partir da década de 70 do século passado, o paradigma dualista dominante passou a ser questionado, com o desenvolvimento de uma corrente doutrinária que sustenta a reunião das manifestações de vontade do ofendido no plano da tipicidade. Essa orientação tem como base concepções acerca do bem jurídico e da função do Direito Penal influenciadas por uma compreensão da relação entre o indivíduo e o Estado que privilegia uma perspectiva liberal.

As propostas de fundamentação da eficácia justificante do consentimento convergem em admitir que o Direito Penal protege bens jurídicos e pode intervir independentemente da postura de seu titular a respeito. Precisamente esse pressuposto é submetido a críticas pelos defensores de um paradigma monista da aquiescência. Nessa perspectiva, a argumentação

que fundamenta a eficácia excludente da tipicidade do consentimento, de modo a retirar de um fato correspondente à literalidade de um tipo penal o caráter de lesão tipicamente relevante ao bem jurídico, foca-se na área de tutela da norma penal ou no próprio conceito de lesão.

ZIPF toma por base a teoria da renúncia ao bem jurídico, vinculando-a à questão do desvalor de resultado. Segundo o autor, o consentimento reflete uma renúncia efetiva ao bem jurídico devido à relação que o une ao seu titular, e, portanto, tem como consequência a sua extração do campo de proteção da norma penal. Concorrendo o consentimento, não há referenciais idôneos de agressão expostos a formas de ação típicas.[377] Não é, então, de um problema da justificação de uma lesão ao bem jurídico, mas da própria lesão do bem jurídico, referindo-se à exclusão de uma possibilidade de lesão penalmente relevante. Dessa forma, o consentimento não se insere adequadamente no marco da justificação, mas, sim, no da exclusão da tipicidade.[378]

O objeto, o conteúdo e os limites do consentimento, conforme ZIPF, relacionam-se à medida em que cada indivíduo pode excluir o desvalor de resultado mediante o exercício da faculdade de disposição sobre bens jurídicos. A admissibilidade de renúncia apoia-se na garantia constitucional da liberdade geral de ação, estatuída no art. 2º, inc. 1º, da *Grundgesetz* (GG),[379] concretizando-se por meio de uma ponderação de interesses. Não se trata, no entanto, de uma ponderação entre o bem jurídico e a liberdade de disposição do titular, tal como invocada por parte da doutrina que entende o consentimento como causa de justificação, mas de uma ponderação que serve como ponto de partida para o reconhecimento dessa liberdade.

Dessa forma, embora, em princípio, todo tipo penal proteja bens jurídicos especialmente transcendentes para a vida em comum, quanto aos individuais, como reflexo do valor que o exercício da liberdade goza no Estado de Direito, cabe ao titular extrair do campo de proteção da norma penal o objeto concreto do ataque, quando reconhecida a primazia de seu direito de dispor. A autodeterminação do indivíduo impõe, assim, limites à intervenção penal. Apenas é possível uma lesão típica, a despeito do consentimento, quando o ordenamento jurídico não reconhece a sua eficácia.[380]

---

[377] MAURACH; ZIPF, *Derecho Penal*, I, cit., p. 286.
[378] MAURACH; ZIPF, *Derecho Penal*, I, cit., p. 287.
[379] Art. 2 Direitos de liberdade (1) "Todos têm o direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade, desde que não violem os direitos de outros e não atentem contra a ordem constitucional ou a lei moral".
[380] MAURACH; ZIPF, *Derecho Penal*, I, cit., p. 288.

ROXIN, por sua vez, enfatiza a dimensão personalista do bem jurídico, encarando o consentimento como expressão concreta da liberdade que a norma penal pretende assegurar. A razão decisiva pela qual o consentimento elimina o injusto penal encontra-se em sua teoria do bem jurídico: se os bens jurídicos "servem para o livre desenvolvimento do indivíduo, não pode existir lesão alguma do bem jurídico quando uma ação se baseia na disposição do portador do bem jurídico que não prejudica seu desenvolvimento, senão que, pelo contrário, constitui sua expressão".[381] Coincidindo com ZIPF, ROXIN assinala que a relevância do consentimento se infere da liberdade geral de ação garantida constitucionalmente, cujo exercício impede a simultânea lesão do bem jurídico e, portanto, a realização do tipo penal.[382]

Traduzindo essas considerações sobre a liberdade e a teoria do bem jurídico em categorias dogmáticas, ROXIN conclui que um consentimento eficaz exclui o desvalor do resultado e, com ele, o desvalor da ação do tipo penal: já de antemão falta qualquer desvalor do resultado e, como a vontade do agente não se dirige à produção de um desvalor do resultado, falta, igualmente, o desvalor da ação.[383]

De acordo com ROXIN, o crime de dano não protege a existência da coisa por si só, mas a propriedade, que diz respeito à faculdade do titular de dispor da coisa que lhe pertence de modo que sirva ao livre desenvolvimento de sua personalidade; assim, se consente livremente na destruição da coisa, não se pode afirmar uma lesão de sua posição de proprietário. O mesmo pode dizer-se da integridade corporal, nos limites da faculdade de disposição individual; o cirurgião plástico, por exemplo, não a ofende, mas promove a realização da imagem corporal do titular. Sustentar o contrário implicaria uma confusão entre objeto da ação e bem jurídico: nesses exemplos, o objeto da ação sofre uma ingerência, mas não o bem jurídico, cuja lesão é pressuposta pelo tipo penal. Embora isso seja evidente quando a conduta realizada com o consentimento do titular lhe beneficia, o mesmo se dá quando um dano ou uma lesão corporal podem ser consideradas contrárias ao seu bem-estar real. Seja qual for o juízo que mereça de terceiros, o consentimento representa uma parte da autorrealização responsável do titular.[384]

Essa fundamentação da relevância do consentimento como excludente da tipicidade é seguida por diversos autores, não apenas na Alemanha, mas também em outros ordenamentos jurídicos e, inclusive, no Brasil, com apoio na ausência de lesão ao bem jurídico, de acordo com uma concepção de orientação personalista que tem por base a referência central ao

[381] ROXIN, *Derecho Penal*, cit., p. 517.
[382] ROXIN, *Derecho Penal*, cit., p. 518.
[383] ROXIN, *Derecho Penal*, cit., p. 519 a 521.
[384] ROXIN, *Derecho Penal*, cit., p. 517.

indivíduo, bem como em disposições constitucionais que asseguram a autonomia pessoal e a liberdade geral de ação.[385]

Os adeptos do paradigma monista da aquiescência do ofendido também argumentam que a compreensão do consentimento como excludente da antijuridicidade introduz um "corpo estranho" no sistema das causas de justificação.[386] Afastado o consentimento desse contexto, segundo ZIPF, seria possível ordená-las sob um princípio comum a todas, é dizer, a ideia de tolerância excepcional da lesão de um bem jurídico em ordem à garantia de outro.[387] Semelhante é a posição de ROXIN, que, por sua vez, remete-as a dois princípios comuns: o princípio da ponderação de interesse e o princípio da necessidade.[388]

A excentricidade do consentimento em relação às causas de justificação é, como visto, partilhada também por autores que o incluem nesse meio. Assim, MEZGER assinalava, ao lado do princípio do interesse preponderante, o princípio da ausência do interesse. A necessidade da introdução dessa ideia, assim como a invocação do consentimento como argumento contrário à correção de determinados princípios de fundamentação e ordenação sistemática da justificação, também concorrem para demonstrar que não se trata de um problema de antijuridicidade, mas de tipicidade.[389]

A remissão do consentimento à ponderação de interesses – entre o interesse na conservação de bens jurídicos e o interesse no exercício da liberdade individual –, como linha reitora comum das causas de justificação, não se sustenta em face de uma concepção do bem jurídico individual à qual se integra a faculdade de disposição do titular, ponto de partida para a fundamentação de sua eficácia excludente da tipicidade.[390] Segundo ROXIN, embora o direito positivo não reconheça o consentimento quanto ao crime de homicídio e reconheça-o apenas de forma limitada quanto ao crime de lesão corporal, esses exemplos refletem restrições gerais à liberdade de disposição individual. Enquanto, nas causas de justificação, afere-se a necessidade da intervenção penal em face de uma situação de conflito concreta, nos consentimento, dentro dos limites em que se admite a sua relevância, não se cogita da análise

---

[385] Cf. ALAGIA, Alejandro. El consentimiento en la dogmática penal. *Nueva Doctrina Penal*, Buenos Aires, A, p.313-320, 1999, p. 314 e ss; BECHARA, *Da teoria do bem jurídico...*, cit., 177 a 187; GANDARA VALLEJO, *Consentimiento...*, cit., p. 100 e ss.; MAIWALD, *El consentimiento...*, cit., p. 339 e ss.; POLAINO-ORTS, *Alegato en favor...*, cit., p. 197 e 198; SANTOS, *A moderna teoria...*, cit., p. 190 e 19; TAMARIT SUMALLA, *La víctima...*, cit., p. 68 e 69; ZAFFARONI, *Derecho Penal*, cit., p. 489 e ss.

[386] MAURACH; ZIPF, *Derecho Penal*, I, cit., p. 286; ROXIN, *Derecho Penal*, cit., p. 521; GANDARA VALLEJO, *Consentimiento...*, cit., p. 100 e ss.

[387] MAURACH/ZIPF, *Derecho Penal*, I, cit., p. 286.

[388] ROXIN, *Derecho Penal*, cit., p. 521.

[389] Nesse sentido, ROXIN, *Derecho Penal*, cit., p. 521; GANDARA VALLEJO, *Consentimiento...*, cit., p. 100.

[390] GANDARA VALLEJO, *Consentimiento...*, cit., p. 103.

da necessidade ou racionalidade dessa manifestação para fins de ponderação em face do objeto do fato.[391]

A esses argumentos, agrega-se a inviabilidade de uma delimitação clara entre os casos de acordo e de consentimento, como demonstram as disparidades encontradas na doutrina em face de crimes como a injúria, o cárcere privado, a violação de correspondência ou a revelação de segredos, bem como a carência de fundamentos para distinções assinaladas em hipóteses semelhantes entre si.[392]

A fundamentação da relevância do consentimento no plano da tipicidade, aproximando as formas de aquiescência do titular do bem jurídico tradicionalmente separadas, embora ainda minoritária, ganha apoio crescente na doutrina e encontra adeptos também em âmbito nacional. Com base em um conceito de bem jurídico que o vincula ao livre desenvolvimento da personalidade e em considerações de ordem constitucional acerca da liberdade de ação, essa concepção rechaça a existência de uma lesão ao bem jurídico tutelado se há uma manifestação de vontade do ofendido a respeito, independentemente de referência expressa na norma penal. Atentando para o vínculo entre o bem jurídico e o seu titular, essa fundamentação se afigura adequada a uma concepção material do injusto penal que se conforma aos princípios de um Estado Democrático de Direito.

2.3 **Lineamentos de solução e fundamentação**

A despeito das controvérsias que a questão suscita, a doutrina converge em indicar que aquele que intervém em uma autolesão do titular do bem jurídico não deve responder pelo resultado, ressalvada a existência de disposição legal que incrimine, expressamente, a conduta, como se dá a respeito do suicídio, no ordenamento jurídico nacional e em diversos outros.

A interação entre o agente e a vítima não se assimila ao concurso de agentes, e, portanto, a solução apontada não decorre do princípio da acessoriedade da participação atrelado a critérios de distinção entre autoria e participação formulados em vista de intervenientes que concorrem para a prática de um delito. Essa diferença se evidencia diante do conceito unitário de autor adotado no âmbito dos delitos culposos pela doutrina dominante

[391] ROXIN, *Derecho Penal*, cit., p. 521 e 522.
[392] ROXIN, *Derecho Penal*, cit., p. 522 e 523; POLAINO-ORTS, *Alegato en favor...*, cit., p. 182.

na Alemanha e no Brasil, segundo o qual aquele que apenas "participa", culposamente, da conduta dolosa ou culposa de outro pode, ainda que dentro de certos limites, responder pelo resultado como autor de um delito culposo, de modo que as diretrizes do concurso de agentes não poderiam afastar a responsabilidade penal se essa intervenção se dá em uma autolesão. Não se pode, portanto, deixar de atender à peculiaridade da contribuição do titular do bem jurídico para o fato.

Um primeiro passo consiste em afirmar que a conduta dolosa ou culposa do agente que intervém na autolesão não pode qualificar-se como uma heterolesão, isto é, como um crime de homicídio ou de lesões corporais, por exemplo, porquanto não se trata de matar ou lesionar a outrem, mas de contribuir para que outrem mate ou lesione a si mesmo. O conteúdo de fundo dessa solução é assinalado pelos autores que falam em um princípio da autorresponsabilidade.

Com efeito, a impunidade daqueles que intervém em autolesões decorre do reconhecimento da autonomia pessoal. O respeito a uma esfera de liberdade do titular do bem jurídico deve integrar-se à norma penal, afetando a demarcação da liberdade de terceiros. Ao realizar, de forma plenamente responsável, uma conduta orientada para a produção de um resultado que diz respeito a si mesma, a pessoa age no exercício de um direito que lhe é assegurado em consideração à sua capacidade de autodeterminação.

Não cabe falar em lesão a um bem juridicamente tutelado se o evento se circunscreve à esfera do titular. A conduta de terceiro que cria um risco – inclusive se, em princípio, juridicamente desaprovado –, mas que apenas pode atingir o resultado por intermédio daquele que é diretamente afetado não se encontra inserida no âmbito da proibição, pois não se justifica a restrição da sua liberdade. A impunidade da participação em autolesão decorre, portanto, não apenas de parâmetros técnicos de acessoriedade, mas de um fundamento material e constitucional.[393]

Dessa forma, diante da autolesão do titular do bem jurídico, não importa se outros intervenientes agem com dolo ou culpa, impondo-se um retrocesso da zona do punível quer a delitos dolosos, quer a delitos culposos. Nesse contexto, a incriminação da participação dolosa em suicídio configura uma situação absolutamente excepcional, cuja legitimidade pode ser, ademais, questionada em face da Constituição. Assim, não pode apresentar qualquer repercussão quanto à incidência do tipo penal de homicídio culposo ou de qualquer outro.

[393] Nesse sentido, CARBONELL MATEU, Libre desarrollo..., cit., p. 664 e 665.

Tendo em vista a especificidade da interação entre o agente e a vítima, uma vez que um dos envolvidos é o titular do bem jurídico tutelado, a distinção entre uma participação em autolesão e uma heterolesão consentida, para fins de aferir a responsabilidade penal, não se vincula a critérios de delimitação entre autoria e participação estabelecidos no marco do concurso de agentes. Como observam ROXIN e JAKOBS, a delimitação deve observar o cerne da especial valoração que se confere à intervenção em autolesão em face da heterolesão consentida, em se tratando de bens jurídicos indisponíveis, caso em que ou esta é punida, mas não aquela, ou ambas são punidas, mas a pena cominada àquela é inferior.

Essa diferença se explica porque, quaisquer que sejam as razões que determinam a indisponibilidade do bem jurídico, pesam mais as razões a favor da liberdade do agente na participação em autolesão que na heterolesão consentida. Assim, a fronteira pode ser encontrada na circunstância de que, no primeiro caso, o titular do bem jurídico encerra em si mesmo o curso da ação, exteriorizando, inequívoca e definitivamente, o resultado, enquanto terceiros, por outro lado, contribuem de forma mediata, introduzindo um risco que somente encontra realização por intermédio da livre decisão daquele.

Pressupondo que os envolvidos atuam de forma plenamente responsável, então, o critério decisivo para a distinção deve ser a execução da ação que se vincula diretamente ao resultado, que reflete o domínio definitivo da decisão acerca de sua ocorrência. Essa circunstância, em princípio, meramente fenomenológica, adquire relevância em face de considerações que servem de base ao tratamento diverso que confere a legislação a cada caso. Como observa Roxin, "foram muitos os que puseram a pistola na cabeça, mas poucos os que tiveram o valor de apertar o gatilho".[394]

Dessa forma, para que se possa falar em autolesão, a última ação do titular do bem jurídico deve ter lugar com a consciência de que, assim, produz o resultado mediante sua própria decisão. Aquele que, por exemplo, dispara uma arma de fogo encostada à própria cabeça, que injeta em si mesmo a substância letal ou que salta de um andar elevado de um prédio comete um suicídio; aquele que fornece a arma de fogo, que prepara a injeção ou que o incita a saltar apenas participa de um suicídio. Comete um homicídio, embora com consentimento, por outro lado, aquele que dispara contra o ofendido, que lhe aplica a injeção letal ou que o empurra de grande altura. A aplicação do art. 122, do CP, deve observar essas limitações.

---

[394] Cf. ROXIN, *Autoría y domínio...*, cit., p. 612 e 613. ROXIN, A apreciação jurídico-penal..., cit., p. 222 e 223. Gimbernat Ordeig adere ao posicionamento de Roxin, em face da redação do art. 409 do Código Penal espanhol anterior. Cf. GIMBERNAT ORDEIG, Induccion y auxilio..., cit., p. 165

Esse é o critério que se encontra implícito em diversas colocações doutrinárias, ainda que proponham, em princípio, tratar do problema como uma questão de concurso de agentes e invoquem, para tanto, a teoria do domínio do fato, em sua formulação geral. Assim, corresponde aos exemplos mencionados por HIRSCH: aquele que fornece a outrem uma dose de veneno e, inclusive, aquele que a dispõe em seus lábios para que possa ingeri-la, pois não seria capaz de fazê-lo por conta própria, também limita-se a participar de um suicídio, porquanto a decisão e a execução definitiva do resultado se encontram nas mãos do titular do bem jurídico. Também o critério formulado por ROXIN, de acordo com diversos exemplos que assinala, coincide em grande medida com essa diretriz, a despeito dos desvios apontados quanto aos casos polêmicos julgados pelo BGH.

No caso duplo suicídio, a vítima, ao inspirar os gases tóxicos, executa por si mesma a ação que conduz à sua morte, de modo que, em princípio, poderia afirmar-se que comete um suicídio, independentemente das contribuições anteriores e simultâneas do agente. Não obstante, uma vez que ela perde a consciência, se o agente continua a atuar para produzir o resultado, a efetiva decisão e execução da morte cabe a este. Como assinala JAKOBS, mesmo que, para os envolvidos, quem perde a consciência em primeiro lugar seja uma eventualidade, não se pode ignorar o curso efetivo dos acontecimentos na aplicação das normas penais. O mesmo se dá no caso do sobrinho que injeta uma substância letal no tio, ao encontrá-lo inconsciente após uma primeira dose que aplicara a si mesmo. Embora, em ambos, o titular do bem jurídico manifeste, definitivamente, o desejo de morrer, permanecendo no carro e inspirando os gases tóxicos ou injetando em si mesmo a primeira dose, uma vez que perde a consciência, é a ação do agente, posterior a esse momento, que determina, definitivamente, a ocorrência do resultado. É possível que razões de justiça levem a um esforço de adaptação a fim de contornar essa resposta, mormente porque, no ordenamento jurídico alemão, a opção que se apresenta ao julgador é entre a punição por homicídio a pedido ou a impunidade. Não obstante, essa observação não ilide a dificuldade apontada para chegar à conclusão de que se trata de exemplos de suicídio com base nas premissas de que parte ROXIN.

O critério de distinção assinalado se vincula às razões que subjazem à diversidade do tratamento conferido ao agente na intervenção em autolesão e na heterolesão consentida. A crítica que lhe pode ser dirigida – de que se trata de uma distinção puramente casual, eventual, naturalista, reforçada diante de casos como os mencionados – não parece encontrar sua raiz, propriamente, em defeitos do critério, mas na própria diferença que o legislador estabelece entre a intervenção em autolesão e a heterolesão consentida quanto às consequências impostas ao agente.

Por outro lado, uma vez que a autolesão afasta, como regra, a responsabilidade penal daqueles que, de alguma forma, contribuem para o resultado, independentemente de se tratar de uma conduta dolosa ou culposa, no *Pistollen Fall*, em que o agente, culposamente, permitiu o acesso de sua acompanhante à arma, a despeito da previsibilidade do suicídio, não lhe deve ser atribuído o resultado, pois a ação daquela, no exercício de sua capacidade de autodeterminação, tomando definitivamente a decisão de morrer e executando-a por si mesma, representa um limite à punibilidade de outros intervenientes.

Partindo dessas considerações, pode-se concluir que a participação em uma autolesão não integra o fim de proteção da norma penal, é dizer, o alcance do tipo penal. É o que aduz ROXIN a respeito do homicídio culposo, em face da impunidade da participação dolosa em suicídio no ordenamento jurídico alemão. Ressalvada a incriminação excepcional da participação dolosa em suicídio na legislação brasileira, o mesmo pode dizer-se das demais normas penais que têm como elementar um resultado que o titular do bem jurídico pode produzir por si mesmo, quer se trate de delitos dolosos, quer culposos. Assim, se o agente apenas contribui para uma autolesão, como regra, afasta-se a imputação objetiva.

Como visto, ROXIN situa o "fim de proteção da norma" ou o "alcance do tipo" em um terceiro plano da imputação objetiva, após a criação de um risco juridicamente desaprovado e a realização do risco no resultado. Não obstante, as questões reunidas sob essa ideia referem-se ao primeiro nível da imputação objetiva, ou seja, à definição do comportamento típico.[395] Por outro lado, nesse nível, a intervenção do titular do bem jurídico acrescenta um diferencial e, portanto, demanda um tratamento específico. Trata-se sobretudo de casos em que a conduta do agente seria, em princípio, típica, mas deixa de sê-lo, precisamente, porque intervém também o titular do bem jurídico.

Dessa forma, diante da autolesão, não há imputação objetiva a terceiros intervenientes, quer a sua contribuição para o fato se dê por meio de uma conduta dolosa ou culposa, ressalvada a intervenção dolosa em suicídio, diante da tipificação expressa no ordenamento jurídico nacional.

Por outro lado, uma vez que o Direito Penal estatui a proteção de bens jurídicos, em princípio, de forma independente da vontade do titular, tradicionalmente, o consentimento assume um caráter excepcional nesse âmbito. Indaga-se como a mera manifestação de vontade individual poderia afastar a incidência de uma norma jurídica de caráter público, em que se estabelece uma relação apenas entre aquele que a infringe e o Estado. Não obstante, o

[395] Nesse sentido, cf. FRISCH, *Comportamiento típico*…, cit., p. 171 e ss.

consentimento vem ganhando, progressivamente, espaço na doutrina, inclusive nacional, o que reflete a insustentabilidade do rechaço que lhe foi destinado em determinados momentos da evolução da dogmática penal.

A marginalização do consentimento é favorecida por uma concepção material do delito baseada na lesão a um bem jurídico, na medida em que se destaca a valoração social que concorre para a conformação do objeto de tutela penal e o impacto social de sua afetação. Afirmar que o Direito Penal apenas se interessa por ofensas a interesses individuais na medida em que se apresentem como socialmente danosas, ultrapassando, em seus efeitos, o conflito entre os indivíduos envolvidos[396], entretanto, não pode obscurecer a relação que, não obstante, existe entre o bem jurídico e o respectivo titular.

A relevância do consentimento no marco do injusto penal fundamenta-se, também, no respeito à autonomia pessoal. Em qualquer construção doutrinária, quer como excludente da tipicidade, quer como excludente da antijuridicidade, é essa a sua razão de fundo, à qual se vincula o reconhecimento, pelo ordenamento jurídico, da disponibilidade de determinados bens, ainda que protegidos por normas penais. Com efeito, o reconhecimento de uma esfera de liberdade da pessoa tem como reflexo uma competência discricionária, uma autoridade e um direito de decidir, de modo que o consentimento seja necessário e suficiente para que a interferência de terceiros seja considerada legítima. A articulação desse argumento na teoria do injusto penal, no entanto, é marcada por incertezas, que tocam à sua concepção material.

Em um Estado Democrático de Direito, baseado em uma ordem constitucional que tem a dignidade do ser humano como princípio fundamental e a garantia de direitos fundamentais como preocupação maior, o reconhecimento da autonomia pessoal deve inspirar a atividade estatal e direcioná-la para a promoção e proteção do livre desenvolvimento de cada um em sociedade. A conformação e seleção de bens jurídicos e a delimitação da incidência da norma penal não se podem, portanto, dissociar da pessoa e da liberdade que deve ser-lhe reconhecida em função desses fins. Dessa forma, o respeito à autonomia pessoal deve influenciar diretamente a definição do que pode constituir objeto de tutela do Direito Penal.

Nesse contexto, o bem jurídico, como visto, deve relacionar-se à autorrealização. A significação de determinados objetos materiais, na realidade social, não se esgota em sua mera existência, mas se estende às possibilidades de ação que abrem para o indivíduo.[397] Os bens jurídicos individuais compreendem, portanto, a função do objeto material em sua

[396]HASSEMER, *Fundamentos...*, cit., p. 38.
[397]Nesse sentido, RUDOLPHI, Diferentes aspectos..., cit., p. 343.

relação com o titular. O tipos penais que os protegem não têm em vista a existência e integridade de determinados dados enquanto tais, mas enquanto substratos da autonomia pessoal.[398]

A liberdade de disposição, reconhecida pelo ordenamento jurídico, integra-se, então, ao objeto de tutela da norma penal: a sua manifestação corpórea e a liberdade de disposição, em sua relação mútua, constituem uma unidade no bem jurídico. Assim, não se pode afirmar a lesão a um bem jurídico quando o resultado que atinge o seu substrato decorre de uma disposição do titular, considerada expressão de sua autonomia e, portanto, exercício de um direito que lhe é assegurado frente a terceiros e ao Estado. Como assinala ROXIN, "em nenhuma parte é o prejuízo do objeto do fato uma intrusão em uma esfera jurídica alheia, como pressupõe o tipo delitivo".[399]

Essas considerações, trasladadas para as categorias dogmáticas do injusto penal, conduzem à conclusão de que o consentimento afasta a tipicidade, obstando, de antemão, os juízos de desvalor necessários para que se verifique um fato típico. No espaço em que o ordenamento jurídico admite a disposição, o resultado, como afetação do objeto material, não representa lesão ao bem jurídico. Afirmar o contrário implica uma confusão entre esses conceitos. Frente àqueles que assinalam que os tipos penais não protegem a vontade de salvaguarda de determinados valores, mas o corpo ou a propriedade, por exemplo, "por si mesmos", observa ROXIN que, assim, "se separa o inseparável", pois estes se vinculam necessariamente à pessoa.[400]

Pode-se recorrer à propriedade como exemplo, tendo em vista que a sua disponibilidade não é discutida, mas o mesmo pode dizer-se de outros bens jurídicos disponíveis. Se alguém causa um dano a uma coisa pertencente a outrem, com o seu consentimento, apenas de poderia afirmar a lesão ao bem jurídico se a existência e a integridade da coisa fossem merecedores, por si sós, de proteção, independentemente do proprietário. No entanto, uma vez que se respeita o seu poder de dispor da coisa, a sua existência e integridade não podem constituir uma referência independente dele para fins de proteção penal. Diante da disposição, não resta base para uma relação de valor que permita afirmar um fato tipicamente relevante. A destruição de coisa representa uma ingerência no

[398]MAIWALD, El consentimiento..., cit., p.341.
[399]ROXIN, *Derecho Penal*, cit., p. 521.
[400]ROXIN, *Derecho Penal*, cit., p. 518.

objeto material, mas não atinge a esfera alheia e, consequentemente, não atinge o bem jurídico. Assim, o consentimento exclui já a realização do tipo penal de dano.[401]

Como, a despeito de sua posição sobre o tema, assinala STRATENWERTH, "os interesses públicos só entram em consideração, neste âmbito, na medida em que a norma de respeitar o direito de autodeterminação do indivíduo forma parte das bases de nosso sistema social."[402] Ainda que se pudesse afirmar que o objeto material tem valor, por si só, para a sociedade, independentemente do vínculo que o une a alguém, bem como que a sua destruição ou detrerioração podem apresentar repercussões sociais negativas – o que não é, em absoluto, inquestionável – esses fatores são irrelevantes para o tipo penal, uma vez que o ordenamento jurídico se posiciona contra a sua prevalência em face da autonomia da pessoa. Quaisquer considerações que possam reclamar a limitação da liberdade de disposição incidem no plano da definição do bem jurídico e do âmbito de tutela da norma penal, obedecidas as diretrizes e balizas impostas por princípios constitucionais pertinentes.

Se não se pode falar em lesão ao bem jurídico, não pode haver qualquer conflito relevante entre o interesse na proteção do objeto material, em si mesmo, e a liberdade do titular, porquanto já resolvido, de antemão, a favor desta. Não se trata, portanto, de justificar excepcionalmente uma lesão em consideração ao valor que se adscreve à decisão do indivíduo no caso concreto, quando estiver de acordo com determinados parâmetros externos sobre como conduzir a sua vida.

Reconhecida a disponibilidade, é indiferente, para fins de aplicação da norma penal, a análise dos motivos que levam alguém a consentir com a realização de uma conduta que, do contrário, seria proibida a terceiros, assim como o resultado finalmente produzido, pois o signo positivo ou negativo que lhes seja possa ser atribuído, de acordo com um juízo baseado em consensos sociais e valores morais ou na correspondência ou não com seu verdadeiro bem, em nada afetam o seu direito de dispor.

Em qualquer caso, o consentimento representa um exercício de autonomia, assegurado pelo ordenamento jurídico, independentemente de como possa julgar-lhe outrem. Onde se admite a sua eficácia, não se efetua uma ulterior ponderação; afirma-se a livre decisão do titular do bem jurídico e o consequente afastamento da responsabilidade penal dos demais intervenientes no fato, prescindindo-se de qualquer confronto com um suposto valor do objeto material afetado ou de interesses sociais que a ele se vinculem.

---

[401]MAIWALD, El consentimiento..., cit., p.341.
[402]STRATENWERTH, *Derecho Penal*, cit., p. 183.

Dessa forma, nos tipos penais que protegem bens jurídicos disponíveis, a outorga de um consentimento que atenda aos requisitos de validade necessários por parte do titular, como exercício de liberdade assegurada em respeito à sua autonomia e expressão de seu livre desenvolvimento, afasta a possibilidade de lesão e, portanto, exclui a tipicidade da conduta de terceiros.

Uma vez que a questão da disponibilidade ou indisponibilidade condiciona a compreensão do âmbito do punível, na medida em que determina o alcance da relevância do consentimento, incidindo na definição de esferas de liberdade individual na conformação e seleção de bens jurídicos e na configuração dos tipos penais, cumpre abordar as diretrizes que a orientam.

2.4 **Disponibilidade e indisponibilidade de bens jurídicos**

Embora não se apresentem em grande número os tipos penais que proíbem, sob a ameaça de pena, uma autolesão,[403] são frequentes aqueles que se dirigem contra a intervenção de terceiros, independentemente da manifestação de vontade da pessoa diretamente afetada a respeito do fato. É o que se dá na incriminação da participação em suicídio e, portanto, do homicídio consentido, bem como de condutas que atingem outros bens jurídicos eventualmente considerados indisponíveis, em maior ou menor medida, dentre os quais se podem destacar a integridade física e a saúde. Em muitos outros exemplos, a redação legal pode implicar a proibição a despeito do consentimento, como nos crimes de favorecimento à prostituição (art. 228 e 229, CP), tráfico internacional ou interno de pessoa para fim de exploração sexual (art. 231 e 231-A, CP, respectivamente) e tráfico de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano (art. 15, Lei n. 9.434/97). A legislação nacional reflete, dessa forma, uma clara diferença entre a valoração da conduta da pessoa contra si mesma e a valoração da conduta consentida de outros envolvidos.

A despeito da impunidade da autolesão, argumenta-se que a punição da intervenção de terceiros não representa uma contradição, pois se trata de situações diversas. Como assinala HIRSCH, "cabe advertir uma diferença entre a livre disposição sobre o próprio corpo e a própria vida mediante autolesão, por um lado, e a livre disposição sobre esses bens jurídicos,

[403]Cf. Capítulo 1, ítem 1.2.

tolerando ou pedindo a lesão por um 'terceiro', por outro lado".[404] Com efeito, o panorama jurídico-positivo respalda essa diversidade.

Não obstante, em um Estado Democrático de Direito, os parâmetros da disponibilidade ou indisponibilidade que afetam ao objeto de proteção da norma penal não podem desvincular-se dos princípios constitucionais que consagram os direitos fundamentais. As limitações à disponibilidade representam uma restrição da própria liberdade do titular do bem jurídico, que vão de encontro ao respeito à sua autonomia, intrinsecamente ligada à dignidade da pessoa humana

Uma vez que se reconheça ao indivíduo, *prima facie,* um direito geral de liberdade, de não ser impedido de fazer ou omitir o que quiser, a indisponibilidade representa uma restrição desse direito, retirando-lhe uma alternativa de ação. Na disposição entre indivíduos, a intervenção estatal atinge a liberdade geral de ambas as partes e, ademais, pode tocar outras liberdades e direitos especificamente assegurados. Se todo ato de disposição representa o exercício daquele direito, portanto, a regra deve ser a disponibilidade.[405] Pode-se chegar à conclusão pela disponibilidade definitiva ou pela indisponibilidade definitiva – mas, para esta, é necessário arcar com o correspondente ônus argumentativo.

Assim, embora não haja uma identificação entre a pessoa que sofre diretamente a medida coercitiva e a pessoa afetada pela conduta proibida, a norma penal representa,

---

[404]HIRSCH, Consentimiento..., cit., p. 82. Semelhante, ANDRADE, *Consentimento*..., cit., p. 208.

[405]A respeito do direito geral de liberdade, cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2011, p. 341 e ss. Cumpre observar que, embora seja tradicional a afirmação geral da indisponibilidade dos direitos fundamentais, isto é, de que não podem ser abdicados por manifestação do titular, não há precisão a respeito do que significa essa indisponibilidade, empregada, frequentemente, ora como uma característica inerente ao conceito de direitos fundamentais ou como um axioma que não careceria de explicação, ora como conclusão de um juízo segundo o qual determinados direitos fundamentais podem ser reputados indisponíveis. Essa noção tradicional da indisponibilidade vem sendo, no entanto, em maior ou menor medida, relativizada. Com efeito, o direito geral de liberdade implica, pelo contrário, a disponibilidade *prima facie* de direitos fundamentais. Alexy, ao sustentar essse direito em sua teoria, não assinala essa conclusão, possivelmente devido à referência da Constituição alemã a direitos da pessoa humana "invioláveis e inalieváveis" (Art. 1º, 1, GG). A CF de 1988, no entanto, não apresenta disposição semelhante. É claro a esse respeito Silva, para quem a referência à irrenunciabilidade ou inegociabilidade dos direitos fundamentais seria um mero "lugar comum generalizante", contra o qual ninguém se atreve a argumentar. Conforme o autor, "os direitos fundamentais, junto com a separação de poderes, são conquistas essencialmente liberais e sempre serviram – não somente na sua origem, mas também nos dias atuais – como forma de evitar a ingerência estatal em esferas estritamente individuais. Ora, se os direitos fundamentais são essencialmente direitos de liberdade do cidadão, nada mais coerente que aceitar a liberdade de não exercitá-los, de deles dispor ou de a eles renunciar. Renunciar a direitos fundamentais seria um exercício do direito geral de liberdade, imanente à essência dos direitos fundamentais. Essa é uma posição que, embora aceite algumas ressalvas e limitações e ainda que possa causar desconforto em alguns autores, é perfeitamente compatível com uma *teoria liberal* acerca dos direitos fundamentais". SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do Direito*: os direitos fundamentais na relação entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2011. Tratando da disponibilidade de bens jurídicos, na doutrina penal, esse parece ser o entendimento de Schünemann: "Uma vez que, na República Federal da Alemanha, a liberdade do cidadão é garantida pelo direito fundamental à liberdade geral de ação (Art. 2º, inc. 1º, GG), toda norma penal paternalista necessita de uma legitimação constitucional específica. SCHÜNEMANN, A crítica ao paternalismo..., cit., p. 118.

também, uma limitação da liberdade desta de dispor, ligada ao direito geral de liberdade e ao reconhecimento de sua autonomia. A legitimidade dos tipos penais pertinentes demanda, então, razões relevantes para que se considerem legítimos à luz da Constituição, mormente em vista da subsidiariedade do Direito Penal e da estrita exigência de proporcionalidade da intervenção estatal por meio da pena. Essas razões podem ser buscadas na referência a consequências negativas a terceiros, mas dificilmente é possível abstrair qualquer toque de moralismo e paternalismo na argumentação a favor da indisponibilidade de bens jurídicos.

Diante de muitas normas vigentes – não apenas no âmbito jurídico-penal – que se podem considerar paternalistas e cuja plausibilidade não é questionada, diversas correntes liberais admitem, excepcionalmente, a justificação do paternalismo. O paternalismo fraco não enseja dificuldades, uma vez que os sujeitos protegidos são ou estão com a capacidade cognitiva ou reflexiva reduzida ou ausente. Assim, medidas destinadas a proteger crianças e, em determinados casos, adolescentes, assim como pessoas com transtornos mentais graves não são, como regra, problemáticas.

A proposta de FEINBERG acerca da admissibilidade de normas penais paternalistas concentra-se na aferição da voluntariedade de uma conduta como parâmetro para a distinção entre as interferências que constituiriam paternalismo fraco ou forte.[406] Para determinar a suficiência da voluntariedade de uma decisão, quanto maior for o risco da conduta e quanto mais irrevogável for a lesão arriscada, maior deve ser o grau de voluntariedade exigido, adaptando-se o patamar, ademais, a circunstâncias especiais.[407] Há casos, inclusive, em que se pode estabelecer uma presunção de ausência de voluntariedade, que pode abrir espaço para uma interferência temporária, destinada a aferi-la, sobretudo quanto a condutas raramente escolhidas de forma voluntária, com base em estatísticas e máximas de experiência, não com o objetivo de julgar a sabedoria ou o valor da escolha da pessoa, mas de determinar se a escolha é efetivamente sua.[408] Dessa forma, justificam-se, de um lado, as intervenções orientadas a evitar lesões provocadas pelo próprio sujeito ou com o seu consentimento, se a sua decisão não for voluntária; e, de outro, as intervenções orientadas a aferir se a sua

[406]A voluntariedade, segundo Feinberg, é uma questão de grau. Em um extremo, encontram-se os atos perfeitamente voluntários, cujos requisitos dificilmente podem ser atendidos na prática; no outro, atos completamente involuntários, como tal entendidos os movimentos corporais não determinados pelo indivíduo e os atos decorrentes de ignorância quanto ao que se faz. A maioria dos atos encontra-se entre esses extremos, de modo que é possível adotar padrões mais altos ou mais baixos para se estabelecer a suficiência da voluntariedade de uma decisão. FEINBERG, *Harm to Self*, cit., p. 104 a 106.
[407]FEINBERG, *Harm to Self*, cit., p. 124.
[408]FEINBERG, *Harm to Self*, cit., p. 124 a 127.

conduta é realmente voluntária, quando as circunstâncias autorizam uma presunção de que não é.

Outras propostas admitem, também, o paternalismo forte. É difundido o argumento que procura justificar a medida restritiva com base em um consentimento da pessoa sobre a qual recai, seja encarado como real ou hipotético, anterior ou atual. A partir dessa ideia, tendo em vista determinados problemas reconhecidos, como propensões irracionais, deficiências em capacidades cognitivas e emocionais e ignorância, DWORKIN propõe que a argumentação favorável ou contrária a uma medida paternalista se dê em termos do que seria aceito por indivíduos completamente racionais.[409] Dentre os fatores que podem influenciar a admissibilidade do paternalismo forte, o autor menciona a irreversibilidade da modificação produzida, em particular se tornar impossível a tomada de decisões racionais no futuro; o contexto de extrema pressão social ou psicológica em que é tomada; e insuficiências na compreensão ou equívocos na apreensão de perigos, mormente quando se mostrarem severos e de longo alcance, destacando, ademais, uma maior inclinação para admitir-se o paternalismo "nos casos em que ele preserva ou realça para o indivíduo a sua habilidade de considerar e executar racionalmente suas próprias decisões".[410] Os comentários de RAWLS sobre o paternalismo, influenciados por DWORKIN, também destacam a proteção da pessoa contra as próprias ações tolas e imprudentes, uma vez que a capacidade de agir racionalmente pelo próprio bem pode falhar e comprometer a sua integridade quanto a seus interesses, fins e crenças permanentes.[411] KLEINIG, por sua vez, também argumenta a favor do paternalismo

[409]Dworkin parte da análise de um caso em que a restrição da liberdade para o bem da própria pessoa é comumente aceita. Nas relações entre pais e filhos, em que as interferências paternas são justificadas em razão da incapacidade da criança, a seu ver, existe uma limitação relevante, referente à noção de eventual consentimento desta quanto ao acerto das imposições. Trata-se de um limite baseado em uma ideia de consentimento futuro. Em seguida, considera situações em que o consentimento para a medida não é hipotético. Em alguns casos, é racional que um indivíduo capaz consinta que terceiros o obriguem a agir de forma diversa da que pretenda no momento da ação, se, por exemplo, teme que sua determinação possa enfraquecer-se em face de uma tentação. DWORKIN, Paternalism, p. 185 e 186.

[410]DWORKIN, Paternalism, p. 187 e 188. No estudo em referência, Dworkin não deixa claro se seus argumentos de aplicam ao paternalismo fraco ou ao paternalismo forte, ou a ambos, como reconhece em estudo posterior. No entanto, ao coloca-se diante dessa distinção, demonstra-se favorável à possibilidade de justificação do paternalismo forte. Assim, apresenta três exemplos em que lhe parece justificado, mas nos quais não se pode afirmar com propriedade que os destinatários das medidas sejam incompetentes ou que suas decisões não sejam voluntárias. Em casos como a imposição do capacete a motociclistas ou do cinto de segurança a motoristas, dentre outros semelhantes, a seu ver, a estratégia de defesa baseada em justificativas não paternalistas, com recurso ao interesse de terceiros, não é convincente. DWORKIN, Paternalism: some second thoughts, p. 124 a 127.

[411]Rawls acredita que as partes, na posição original, estariam dispostas a aceitar o paternalismo jurídico, nos seguintes termos: "It is also rational for them to protect themselves against their own irrational inclinations by consenting to a scheme of penalties that may give them sufficient motive to avoid foolish actions and by accepting certain impositions designed to undo the unfortunate consequences of their imprudent behavior. For these cases the parties adopt principles stipulating when others are authorized to act in their behalf and to override their present wishes if necessary; and this they do recognizing that sometimes their capacity to act

com base na integridade pessoal, de modo que a interferência seria admissível se não violá-la, mas contribuir para preservá-la contra certas falhas de manifestação da própria personalidade.[412] Como aspectos relevantes para a admissibilidade da medida, verifica-se uma convergência na proteção da pessoa contra decisões irrefletidas e passageiras, diante de consequências irreversíveis, sobretudo quando possam afetar a sua própria autonomia no futuro. Em uma zona limítrofe entre o paternalismo forte e o paternalismo fraco[413] e o moralismo,[414] encontra-se, ademais, a proteção da pessoa contra formas de exploração.

No contexto de limitações à disposição que se refletem no Direito Penal, destaca-se, sobretudo, a vida. À parte as reservas críticas acerca da incriminação da participação em suicídio e as polêmicas discussões que recentemente vem suscitando a eutanásia em suas diversas formas, raramente se questiona, em caráter geral, que a vida constitui um bem jurídico indisponível. Poucas vozes sustentam uma opinião diversa, é dizer, a de que, também nesse caso, o alcance da proteção deve decair no momento em que o titular dela declina, considerando infundada a indisponibilidade da vida em face do direito de liberdade.[415]

Tradicionalmente, a indisponibilidade se fundamenta em uma concepção da vida como um bem jurídico no qual existe um componente supraindividual, que determina a sua proteção mesmo contra a vontade daquele que é concretamente afetado pela conduta de outrem. Nessa perspectiva, a proteção da vida não se destina apenas ao indivíduo, mas atende, também, ao "interesse público", que fundamentaria a incriminação da participação em suicídio e do homicídio consentido e tornaria ineficaz o consentimento.[416] No entanto, essa referência deixa sem resposta a questão de por que concorre o interesse público ou em que consiste, ainda que o titular deseje a própria morte,[417] e, ademais, representa um caminho

---

rationally for their good may fail, or be lacking altogether". Outras diretrizes, ademais, devem orientar a aferição da aceitabilidade de uma medida paternalista. Em primeiro lugar, deve ser possível argumentar que, com o desenvolvimento ou recuperação de seus poderes racionais, o indivíduo a que se destina a medida aceitará a decisão em seu nome e concordará que se fez o melhor por ele. Ademais, a intervenção deve ser orientada pelas preferências e interesses permanentes do indivíduo, ou, na falta de conhecimento a respeito, pela teoria dos bens primários, ou seja, aqueles que toda pessoa racional presumivelmente quer, qualquer que seja o seu plano de vida. RAWLS, John. *A Theory of Justice.* Revised Edition. Cambridge: Harvard University Press, 1999, p. 219.

[412]KLEINIG, *Paternalism*, cit., p. 67 a 73.

[413]SCHÜNEMANN, A crítica ao paternalismo…, cit., p. 108.

[414]FEINBERG, *Harmless wrongdoing*, cit., p. 195.

[415]CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. Consentimiento y disponibilidad sobre bienes jurídicos personales: en particular, eficacia del consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico. In: CEREZO MIR, José et al**.** *El nuevo Código Penal:* presupuestos y fundamentos: libro homenaje al professor doctor Don Ángel Torío López. Granada: Comares, 1999, p. 262 a 264.

[416]Nesse sentido, WELZEL, *Derecho Penal Alemán*, cit., p. 115; BRUNO, *Direito Penal*, p. II, 11 e 12.

[417]HIRSCH, Consentimento e autodeterminação, cit., p. 83.

aberto para a proibição do suicídio, que não pode ser admitida. A doutrina procura, então, justificar a indisponibilidade por duas linhas argumentativas, frequentemente entrelaçadas.

De um lado, é adequada a criação de tabus a respeito da morte alheia, a fim de consolidar o respeito pela vida.[418] Uma vez que se reconheça a liberdade para matar mediante consentimento, por qualquer motivo, introduz-se uma banalização das relações de vida e morte, aumentando-se, ademais, as chances de que sejam atingidas pessoas que não consentiram validamente. Nessa perspectiva, trata-se de estabelecer uma proteção ótima da vida frente a intervenções de terceiros, pois a admissibilidade indiscriminada da eficácia do consentimento no homicídio diminui "seriamente o respeito frente à vida dos congêneres e debilita com isso a inibição psíquica frente ao ato de matar".[419] Um vez que, em quem consente, a resistência frente à morte desaparece, é necessário que concorra para os demais uma contramotivação.

De outro lado, excepcionalmente, afigura-se admissível a proteção da pessoa contra a sua vontade, diante das consequências graves e irreparáveis de sua decisão, mormente porque quem consente em que outro o mate se encontra, frequentemente, em estado de depressão ou de comoção emocional passageira, ou influenciado por alterações psíquicas desconhecidas, ainda que não comprometam definitivamente sua manifestação de vontade, e, ademais, o consentimento pode ser irrefletido e precipitado, decorrer de erro nos motivos ou aproximar-se do chamado "suicídio de apelo", que representa um pedido de ajuda.[420] Pretende-se que a pessoa não possa delegar essa decisão, a fim de evitar uma eventual precipitação no modo de tratar a própria vida, porquanto a incapacidade de executá-la, por si mesma, torna duvidosa a seriedade do desejo de morrer. Conforme SCHÜNEMANN e STRATENWERTH, o respeito à total autonomia da pessoa pode gerar uma inversão dialética, assumindo a forma de um paternalismo forte indireto, para resguardá-la contra típicas debilidades humanas,[421] admitindo-se a proteção de bens jurídicos individuais, como base de um mínimo de liberdade, frente ao uso momentâneo que possa fazer da liberdade.[422] A esses argumentos, agrega-se que dificilmente é possível avaliar se o consentimento é autêntico ou se é emitido sob coação,

---

[418]ANDRADE, *Consentimento...*, cit., p. 211 e 212; GANDARA VALLEJO, *Consentimiento...*, cit., p. 104, 181 e ss. HIRSCH, Consentimento e autodeterminação, cit., p. 83 e ss. ROXIN, *Derecho Penal*, cit., p. 529;
[419]HIRSCH, Consentimento e autodeterminação, cit., p. 97.
[420]Nesse sentido, HIRSCH, Consentimento e autodeterminação, cit., p. 97; JAKOBS, La organización..., cit., p. 312 e 313; JAKOBS, Sobre el injusto..., cit., p. 342 e 343. ROXIN, *Derecho Penal*, cit., p. 529; SCHÜNEMANN, O direito penal é a…, cit., p. 33 e 34; SCHÜNEMANN, A crítica ao paternalismo..., cit., p. 108. STRATENWERTH, *Derecho Penal*, cit., p. 183; ALAGIA, El consentimiento..., cit., 318 e s.; MIR PUIG, *Derecho Penal*, cit., p. 508; ZAFFARONI, *Derecho Penal*, cit., p. 502;
[421]SCHUNEMANN, A crítica ao paternalismo..., cit., p. 126 e 127;
[422]STRATENWERTH, *Derecho Penal*, cit., p. 183.

erro ou comprometimento das faculdades mentais. As dificuldades relativas à prova levam a um risco de abuso com a exclusão geral da punibilidade.[423]

Como assevera HIRSCH, uma vez que se trata da responsabilidade penal de terceiros, não há uma restrição excessiva do âmbito de configuração necessário ao indivíduo para o livre desenvolvimento da personalidade.[424] Portanto, admite-se que o Estado repute o consentimento, em princípio, insuficiente para a disposição direta da vida, no espaço de que dispõe o ordenamento jurídico para considerações político-criminais, sem violação da ordem constitucional.

Essa afirmação, no entanto, não implica que inexistam circunstâncias nas quais as razões que falam a favor da indisponibilidade não apresentem peso suficiente contra a liberdade do titular do bem jurídico, mormente se outros direitos fundamentais concorrem a seu favor, como se dá, por exemplos, nos casos de eutanásia e recusa de intervenções médicas, foco das maiores polêmicas travadas acerca da disposição da vida.

Quanto ao crime de lesão corporal, tradicionalmente, a doutrina nacional não admite a eficácia do consentimento, como regra, para a exclusão do injusto penal, mas apenas em caráter excepcional, assinalando que, nos bens jurídicos saúde e integridade corporal, concorre não apenas o interesse do indivíduo, mas também o interesse da sociedade ou do Estado.[425] Não obstante, a questão da disponibilidade ou indisponibilidade de bens jurídicos deve revisar-se à luz da Constituição e de seus princípios. A necessária integração dos direitos fundamentais com a autonomia pessoal e o livre desenvolvimento da personalidade impõe o reconhecimento da disponibilidade da saúde e da integridade física.[426] Como assinala BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, "a essência do bem jurídico saúde, no marco dos modelos de Estado de nosso entorno cultural, é a possibilidade de disposição".[427]

Essa visão é adotada em outros ordenamentos jurídicos, mas também são previstas limitações, em maior ou menor medida. O CP Espanhol estabelece uma disciplina significativamente restritiva, assinalando, no art. 155, apenas uma redução de pena ao delito

---

[423]HIRSCH, Consentimento e autodeterminação, cit., p. 97.

[424]HIRSCH, Consentimento e autodeterminação, cit., p. 91 e ss. No mesmo sentido, BAJO FERNÁNDEZ, Disponibilidad de la propia vida, cit., p. 1136 e 1137.

[425] Segundo Bruno, a lesão não pode ser validamente consentida desde que ponha em perigo a vida ou diminua a capacidade do indivíduo como valor social, assinalando, ademais, a influência que os costumes podem exercer sobre o julgamento da ilicitude do fato. BRUNO, *Direito Penal*, cit., II, p. 12. Para Mirabete, também se trata de um bem indisponível, de modo que seria necessária a permissão legal para que se possa causar lesão à incolumidade física, como exercício regular de um direito MIRABETE, *Manual de Direito Penal*, cit., p. 189.

[426] Da mesma forma se manifesta Santos, para quem, com exceção da vida, todos os bens jurídicos individuais, inclusive a integridade e a saúde corporais, mesmo em caso de lesões graves, são disponíveis. SANTOS, *A moderna teoria...*, cit., p. 191.

[427] BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. *El delito de lesiones*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 1982, cit.p. 72.

de lesão corporal, em caso de consentimento válida, livre, espontânea e expressamente emitido, ressalvados os casos de transplantes de órgãos, esterilizações e cirurgias transexuais, nos quais se afasta a responsabilidade penal, em conformidade com o art. 156.[428] A orientação legal básica, no sentido de considerar irrelevante o consentimento, no entanto, é problemática em face de casos não mencionados dentre as exceções à regra. Assim, a doutrina assinala a disponibilidade do bem jurídico, a despeito da literalidade dos referidos dispositivos, destacando a sua incompatibilidade com a Constituição[429] ou procurando interpretá-los de forma a adequá-los a esse entendimento.[430]

Na Alemanha, o §228, do StGB,[431] dispõe que quem efetuar uma lesão corporal com consentimento do ofendido só atua antijuridicamente quando o fato contrariar os bons costumes. O CP Português, por sua vez, condiciona a validade de todas as manifestações de consentimento a que o fato não vá de encontro aos bons costumes, no art. 38º e, no art.149º,[432] dispõe que, para decidir se a ofensa ao corpo ou à saúde contraria os bons costumes, devem considerar-se os motivos e fins do agente ou do ofendido, os meios empregados e a amplitude previsível da ofensa.

---

[428] Artículo 155: "En los delitos de lesiones, si ha mediado el consentimiento válida, libre, espontánea y expresamente emitido del ofendido, se impondrá la pena inferior en uno o dos grados. No será válido el consentimiento otorgado por un menor de edad o un incapaz". Artículo 156: "No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el consentimiento válida, libre, consciente y expresamente emitido exime de responsabilidad penal em los supuestos de trasplante de órganos efectuado con arreglo a lo dispuesto en la Ley, esterilizaciones y cirugía transexual realizadas por facultativo, salvo que el consentimiento se haya obtenido viciadamente, o mediante precio o recompensa, o el otorgante sea menor de edad o incapaz; en cuyo caso no será válido el prestado por éstos ni por sus representantes legales [...]".

[429] Berdugo Gómez de la Torre opina, a respeito do antigo art. 428, que disciplinava a questão de forma semelhante aos atuais arts. 155 e 156, mas sem redução de pena em caso de consentimento, que "*una interpretación 'conforme à Constitución' del bien jurídico salud personal excluye la vigência del 428 en cuanto choca con los valores en ella reflejados*". BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *El delito de lesiones...*, cit., p. 73.

[430] Conforme Muñoz Conde, o único consentimento que não pode ser válido é o que está expressamente proibido por lei, porquanto "nos demais casos o consentimento é simplesmente a manifestação da vontade do exercício legítimo de um direito: o direito correspondente ao livre desenvolvimento da personalidade". MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Direito Penal*: parte general. 5. ed. Valencia: Tilant lo Blanch, 2002, p. 352. No mesmo sentido, Cf. GANDARA VALLEJO, *Consentimiento...*, cit., p. 223. García Álvarez, por sua vez, assinala que o art. 155 deve ser interpretado de modo que a atenuação punitiva se dirija àqueles casos nos quais o consentimento do ofendido não goza de plena relevância por não expressar o livre desenvolvimento da personalidade, porque se manifesta quer mediante preço ou promessa de recompensa em uma situação de abuso de superioridade, quer mediante engano de terceiro que torna a decisão sem sentido, se o engano se refere aos motivos. GARCÍA ÁLVAREZ, *La puesta en peligro...*, cit., p. 482 e 483.

[431] §228. Consentimiento "Quien efectúe una lesión personal con consentimiento del lesionado, entonces solo actúa antijurídicamente, cuando el hecho a pesar del consentimiento vaya en contra de las buenas costumbres".

[432] Art. 38º Consentimento "1 – Além dos casos especialmente previstos na lei, o consentimento exclui a ilicitude do facto quando se referir a interesses jurídicos livremente disponíveis e o facto não ofender os bons costumes. [...]". Art. 149º Consentimento "1 – Para efeito de consentimento a integridade física considera-se livremente disponível. 2 – Para decidir se a ofensa ao corpo ou à saúde contraria os bons costumes tomam-se em conta, nomeadamente, os motivos e fins do agente ou do ofendido, bem como os meios empregados e a amplitude previsível da ofensa".

A cláusula dos bons costumes é, hodiernamente, foco de grandes controvérsias, que versam desde a sua compatibilidade com a correspondente ordem constitucional à sua coerência normativa e operabilidade. Entre as preocupações que essa restrição à liberdade de dispor suscita se destacam a sugestão do direcionamento da intervenção penal à imoralidade da conduta, como demonstra a interpretação que recebe de alguns autores por meio de exemplos,[433] e a indefinição de que se reveste.

Assim, encontram-se vozes na doutrina que sustentam a inconstitucionalidade da referência aos bons costumes, com base em seu teor moralizante e em sua indeterminação frente ao princípio da legalidade. Conforme SCHÜNEMANN, esse preceito representa uma "escandalosa tentativa do legislador de impor determinadas formas de vida no âmbito da integridade física", que, ademais, viola o princípio da taxatividade da lei penal.[434]

Parte da doutrina procura, por outro lado, assinalar uma interpretação dessa cláusula em conformidade com o texto constitucional, associada a uma exigência de aplicação restritiva e vinculada a critérios objetivos, por meio de numerosas formulações quanto a seu sentido e alcance, a fim de atender aos princípios de legitimação material da intervenção penal e às exigências de determinação legal.[435] Nessa perspectiva, assinala-se que a cláusula não deve referir-se à contrariedade à moral, quer do consentimento, quer do fato no qual se consente, em consideração à função do Direito Penal em um contexto social democrático, laico e pluralista. Privilegia-se, assim, uma interpretação dos bons costumes que se atém ao bem jurídico a que visa a norma penal, sob o argumento de que, do contrário, haveria um alargamento da tutela penal destinada à saúde e à integridade física em benefício de considerações que lhe são alheias.

Nessa perspectiva, predomina o entendimento de que a qualificação de contrário aos bons costumes se restringe às lesões graves, sobretudo as irreversíveis, de modo que o consentimento é suficiente para afastar, por si só, o injusto penal de lesões leves.[436] Quanto às lesões graves, os critérios propostos para determinar a sua eficácia são divergentes. Assim, conforme STRATENWERTH, lesões graves, como mutilações e esterilizações, são intervenções

---

[433] Welzel assinala que uma mulher que consente em lesões sádicas, para não perder seu emprego, emite um consentimento válido, mas, dada a contrariedade aos bons costumes, o fato não é justificado. WELZEL, *Derecho Penal Alemán*, cit., p. 117; Para Maurach, a lesão corporal deve ser considerada contrária aos bons costumes quando valorada como atentatória à comunidade, segundo as circunstâncias sociais vigentes, de modo que, dentre outros, seria exemplo a aceitação de abusos por parte de um sádico. MAURACH; ZIPF, *Derecho Penal*, cit., p. 301 e 302.

[434] SCHÜNEMANN, O direito penal é a ultima ratio..., cit., p. 33.

[435] Na Alemanha, JESCHECK, *Derecho Penal*, cit., p. 341; ROXIN, *Derecho Penal*, cit., p. 529 a 531; STRATENWERTH, *Derecho Penal*, cit., p. 184. Em Portugal, ANDRADE, *Consentimento*..., cit., p. 549 e ss.

[436] JESCHECK, *Derecho Penal*, cit., p. 341; STRATENWERTH, *Derecho Penal*, cit., p. 184; ANDRADE, *Consentimento*..., cit., p. 549 e ss.; DIAS, *Direito Penal*, cit., p. 482 e 483

profundas e irreversíveis, que apenas podem ser admitidas quando baseadas em razões que as façam parecer, ao menos, defensáveis desde um ponto de vista material, como o sacrifício de um órgão para transplante.[437] Por outro lado, ROXIN opina que só se deve reconhecer um atentado aos bons costumes quando, do ordenamento jurídico, infere-se claramente a sua reprovação e quando causa prejuízo a bens jurídicos que não estão à disposição do titular, mas não em se tratando de lesões sadomasoquistas, esterilizações, extrações de órgãos para transplante, mudança de sexo e cirurgias cosméticas.[438]

No Brasil, o Código Civil (CC) proíbe, no art. 13, a disposição do corpo contrária aos bons costumes. Em face dessa orientação da legislação privada, PIERANGELI considera indispensável constatar, na incidência do art. 129, do CP, se o ato de disposição do ofendido contraria os bons costumes, valorando-se, caso a caso, "em face de sua conformidade com a moral social", e considera ilícito o consentimento quando "vincula e obriga ao consenciente a suportar determinados fatos imorais".[439] Essa limitação, no entanto, não pode ser determinante a respeito das repercussões do consentimento do titular do bem jurídico no Direito Penal. A discussão da doutrina estrangeira sobre a cláusula evidencia as dificuldades de sua aplicação, tendo em vista o confronto entre as limitações à liberdade de dispor que sugere e a legitimação da intervenção penal em um Estado Democrático de Direito. Nesse contexto, não se pode questionar a eficácia do consentimento com base na contrariedade do fato a convicções morais, por exemplo, quanto a lesões sadomasoquistas consentidas entre adultos, realizadas na esfera inviolável da vida privada.[440]

Tendo em vista a base constitucional da disponibilidade do próprio corpo, como exercício de direito ligado à autonomia pessoal para o livre desenvolvimento da personalidade, o consentimento exclui a tipicidade do crime de lesão corporal. As exceções devem encontrar-se dispostas em lei,[441] e, ademais, devem justificar-se em face da Constituição. Nesse contexto, destaca-se sobretudo a possibilidade de intervenções temporárias, a fim de aferir a genuinidade da manifestação de vontade do titular do bem jurídico, se forma semelhante ao padrão de voluntariedade proposto por FEINBERG.

O CP, omitindo qualquer pronunciamento acerca do consentimento, tampouco estabelece quaisquer limitações semelhantes a sua eficácia quanto ao crime de lesões corporais. Não obstante, outros diplomas normativos impõem algumas limitações à liberdade

---

[437] STRATENWERTH, *Derecho Penal*, cit., p. 185
[438] ROXIN, *Derecho Penal*, cit., p. 529 a 531.
[439] PIERANGELI, *O consentimento...*, cit., p. 123 a 126.
[440] Nesse sentido, SANTOS, *A moderna teoria...*, cit., p. 191 e 192.
[441] Nesse sentido, em face do ordenamento jurídico espanhol, cf. MUÑOZ CONDE, *Direito Penal*, cit., p. 352.

de dispor do próprio corpo. Os casos polêmicos de transgenitalizacões, esterilizações, e extrações de órgãos de pessoas vivas para transplante encontram-se expressamente disciplinados, admitindo-se o consentimento, em consonância com a orientação seguida em outros ordenamentos jurídicos, obserbados determinados parâmetros. Essas regulações estabelecem sobretudo medidas destinadas a assegurar uma decisão efetivamente autônoma e refletida, admissíveis em vista da gravidade e da irreversibilidade das consequências, como interferências que não impõem barreiras definitivas ou excessivas à liberdade de disposição.[442]

Outras limitações encontram-se na Lei n. 9.434/1997, que trata da remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento. Nas disposições penais, o art. 14 pune a conduta de "remover tecidos, órgãos ou partes do corpo de pessoa ou cadáver, em desacordo com as disposições desta Lei". Conforme o §3º, do art. 9º, admite-se a doação apenas quando se tratar de órgãos duplos, partes de órgãos, tecidos ou partes do corpo cuja retirada não impeça o organismo de continuar vivendo sem risco para a sua integridade, quando não represente grave comprometimento de suas aptidões vitais e saúde mental e não cause mutilação ou deformação inaceitável, e, ademais, corresponda a uma necessidade terapêutica comprovadamente indispensável do receptor.

Da conjugação desses dispositivos, inferem-se diversas restrições à disponibilidade. Mesmo que o titular do bem jurídico consinta, constitui crime a remoção de tecidos, órgãos ou partes do corpo quando não destinados a transplante ou quando não se obedeçam aos limites quanto ao que pode ser objeto de transplante. Alguns desses limites se coadunam com a indisponibilidade da vida, referindo-se a partes do corpo sem as quais não seria possível a continuidade da vida do doador. Outros visam a evitar lesões graves e irreversíveis, que podem comprometer, futuramente, a própria autonomia daquele que consente. No entanto, certos limites, dentre as quais se destaca a "mutilação ou deformação inaceitável", por exemplo, podem afigurar-se excessivos, impondo-se, ao menos, uma interpretação restritiva.

A incriminação da comercialização de órgãos, no art. 15, também comporta ressalvas. Em primeiro lugar, a descrição da conduta típica admite uma compreensão que implica a punibilidade daquele que consente na retirada de tecidos, órgãos ou partes do próprio corpo. Essa possibilidade no entanto, como manifestação de paternalismo direto, deve ser rechaçada em uma interpretação do dispositivo conforme a ordem constitucional, em consideração ao

[442] Sobre transgenitalizações: Resolução CFM n. 1.652/2002. Sobre esterilizações: art. 10, da Lei n. 9.623/96. Sobre remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante: art. 9º, da Lei n. 9.434/97.

respeito exigível à esfera nuclear da autonomia.[443] Ademais, uma vez que não se pode duvidar, em geral, da capacidade de autodeterminação daquele que dispõe de sua integridade física, a intervenção penal deve restringir-se a casos em que há uma exploração, de modo a evitar abusos que podem decorrer de uma desigualdade entre quem oferece o preço e quem o aceita.[444]

Por sua vez, a Lei n. 9.623/96, que trata da esterilização voluntária, incrimina, no art. 17, a conduta de "induzir ou instigar dolosamente a prática de esterilização cirúrgica", em qualquer caso. Essa norma não pode ser acolhida, uma vez que trata de condutas de mera participação em um comportamento que constitui exercício de direito do titular do bem jurídico, em caso em que, ademais, existe um aparato normativo destinado a assegurar um consentimento válido e refletido.

[443] No mesmo sentido, em face do §18 da Lei de Transplantes alemã (*Transplantationgesetz*), Schünemann assinala que "também de uma perspectiva constitucional se pode dizer que uma punição como a estatuída pelo legislador na lei de transplantes é, tomando-se por base um contrato social fundado na autonomia da pessoa, contrária à constituição, porque o indivíduo, para proteger-se contra a própria irracionalidade, pode até aceitar uma intervenção jurídica tutelar, mas nunca uma punição. SCHÜNEMANN, A crítica ao paternalismo..., cit., p. 127 e 128.

[444] Nesse sentido, cf. GARCÍA ÁLVAREZ, *La puesta en peligro*..., cit., p. 479 e 481.

3 A INTERVENÇÃO DA VÍTIMA NO PERIGO

Além dos casos em que o titular do bem jurídico age com consciência e vontade a respeito do resultado, há outros em que a sua intervenção no fato pode ser relevante no marco do injusto penal. Em linhas gerais, interessam ao presente capítulo aqueles em que realiza uma conduta arriscada ou expõe-se à conduta arriscada de terceiros.

A transcendência prática dos questionamentos ora suscitados e de suas possíveis repercussões da responsabilidade penal se verifica na frequência com que aparecem, na jurisprudência, casos de acidentes de trânsito que envolvem uma vítima que, por si mesma, coloca-se em perigo à instância de outro, ou consente em que outro a exponha a perigo, ou de entrega de drogas, nos quais falece em decorrência do consumo. Também a polêmica sobre a transmissão do vírus da imunodeficiência humana (HIV) se insere nesse quadro.

Esses exemplos passaram a receber maior atenção da doutrina e da jurisprudência apenas nas últimas décadas. Embora possíveis caminhos de solução possam ser encontrados em construções tradicionais, sobretudo desenvolvidas no âmbito da dogmática do delito culposo, até recentemente, essa problemática era abordada de forma difusa e pouco aprofundada. As discussões sobre esse grupo de casos e as muitas dúvidas que enseja se difundiram sobretudo através das teorias da imputação objetiva, que passaram a abordá-lo de forma específica, conquanto o seu desenvolvimento em âmbito nacional ainda seja limitado.

Uma aproximação doutrinária que encontrou grande ressonância, em curto espaço de tempo, indica, como primeiro passo para a solução dos problemas que envolvem a intervenção do titular do bem jurídico, a diferenciação entre casos nos quais a sua contribuição é de maior importância para a produção do resultado – em que se fala em autocolocação em perigo – daqueles nos quais se limita a aceitar a conduta de terceiro – em que se fala em heterocolocação em perigo consentida, semelhante à que se estabelece entre autolesão e heterolesão consentida.

Difundiu-se na doutrina, com reflexos também na jurisprudência, o entendimento de que aquele que apenas favorece uma autocolocação em perigo do titular do bem jurídico não deve responder pelo resultado eventualmente produzido. A despeito desse consenso quanto à solução, divergem os caminhos apresentados para fundamentá-la, que, ademais, nem sempre podem ser facilmente trasladados de um ordenamento jurídico a outro. Também são muitas as dúvidas que surgem na determinação de quando se verifica uma autocolocação do perigo, em

meio a soluções diversas apresentadas para um mesmo caso ou para casos semelhantes, de acordo com os mais variados critérios.

Por outro lado, não há quaisquer certezas a respeito do tratamento que deve ser conferido àquele que coloca em perigo o titular do bem jurídico, com o seu consentimento. Um entendimento difundido assinala que, em princípio, deve responder pelo resultado, como desdobramento de uma distinção que se apoia na analogia com as valorações diversas imposta pela lei à participação em autolesão e à heterolesão consentida. Não obstante, a qualificação de autocolocação em perigo ou heterocolocação em perigo consentida, conforme a opinião dominante, não encerra o questionamento acerca das repercussões da intervenção da vítima no injusto penal, porque há uma significativa tendência a admitir que a sua relevância não se limita àquela. Há, no entanto, numerosos posicionamentos a respeito de quais seriam as outras hipóteses em que se poderia afirmar a impunidade do agente e de critérios empregados para identificá-los, com consequências práticas significativas.

As muitas controvérsias suscitadas pela intervenção do titular do bem jurídico na produção do resultado por meio da realização de condutas arriscadas ou da exposição a condutas arriscadas de terceiros serão abordadas no presente capítulo, destacando-se as propostas apresentadas pela doutrina para indicar os seus reflexos na intervenção penal, os argumentos em que se apoiam as soluções indicadas, bem como as delimitações e parâmetros empregados para determinar quando se admite a impunidade e os fatores considerados relevantes para essa conclusão. Na análise dos diversos problemas envolvidos nessas discussões, destaca-se a necessidade de fundamentos materiais para indicar os reflexos da intervenção do titular do bem jurídico no injusto penal e orientar a solução de casos concretos.

3.1 **Da autocolocação em perigo**

As discussões acerca da intervenção do titular do bem jurídico que contribui para a produção do resultado, mas não o quer, embora relativamente recentes, conduziram a um consenso firme acerca da impunidade daquele que apenas participa em uma autocolocação em perigo. A particularização desse grupo de casos frente aos demais, bem como o tratamento jurídico-penal que deve receber, difundiram-se a partir das considerações de ROXIN sobre o tema.

Em 1973, em artigo já mencionado,[445] que conferiu grande impulso à sua teoria da imputação objetiva, intitulado "O fim de proteção da norma nos crimes culposos", ROXIN desenvolveu uma nova aproximação para a questão da intervenção da vítima, na qual se destaca uma delimitação baseada na indicação de quem ocupa a posição central no evento. Segundo ROXIN, quando se caracteriza uma autocolocação em perigo da vítima, a participação de terceiros não deve ensejar a resposta penal, pois, se, no ordenamento jurídico alemão, não é punível sequer a participação dolosa em suicídio, tampouco deve ser punível a participação culposa em uma autocolocação em perigo. Por outro lado, em princípio, a colocação em perigo da vítima por terceiros, com o seu consentimento, pode ser punida.

A distinção entre participação em autocolocação em perigo e heterocolocação em perigo consentida e a solução pontada para a primeira encontraram acolhida na doutrina e na jurisprudência, levando a modificações relevantes no tratamento da conduta do titular do bem jurídico e de seus reflexos no injusto penal.

A influência dessa abordagem é demonstrada, na Alemanha, por meio da alteração do posicionamento do BGH, que, anteriormente, ao tratar de casos em que há uma autocolocação em perigo da vítima, afirmava, com frequência, a responsabilidade penal do agente. ROXIN observa que, em diversos julgados, o tribunal condenava por homicídio culposo, por exemplo, o acusado que entregara substâncias entorpecentes à vítima, falecida em decorrência do consumo, se sabia ou deveria saber que ela iria injetar a droga em si mesma e se sabia ou deveria saber da perigosidade da substância.[446] Uma modificação se verifica a partir de uma decisão de 1984. No caso, um amigo o acusado lhe propôs o consumo compartilhado de certa quantidade de heroína que possuía. O acusado proporcionou as seringas, a seu pedido, pois, por ser conhecido consumidor de drogas, não poderia obtê-las por si mesmo. Ambos consumiram a substância juntos e o amigo resultou morto. O BGH absolveu o acusado, asseverando que "as autocolocações em perigo queridas e realizadas por responsabilidade própria não se subsumem no tipo dos delitos de lesões ou de homicídio. [...] Quem meramente incita, possibilita ou facilita essa autocolocação em perigo não é punível por delito de lesões ou de homicídio".[447] Embora essa decisão não seja clara quanto ao marco teórico em que se baseia a sua fundamentação, ROXIN a considera o principal sucesso que a

[445]Capítulo 2, ítem 2.1.5.
[446]Referências em: ROXIN, *Derecho Penal*, cit., p. 389.
[447]BGHSt 32, 262. Cf. CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima*, cit., p. 184 ROXIN, *Derecho Penal*, cit., p. 389; STRUENSEE, Acerca de la legitimación..., cit., p. 766.

teoria da imputação objetiva alcançou na práxis jurisprudencial alemã.[448] Essa orientação foi, posteriormente, confirmada e fortalecida em numerosas decisões, embora não seja mantida de forma constante e coerente.[449]

O *Tribunal Supremo de España* (TS) também já acolheu essa diferenciação, tratando-a, ademais, como questão de imputação objetiva,[450] na fundamentação da Sentença da Sala 2ª de 17 de julho de 1990. No caso, o acusado se encontrava em um sarau, na companhia de outros jovens, quando um dos presentes, tomando uma garrafa, desafiou-o a acertá-la, enquanto bebia, com um disparo da arma que portava, tendo em vista que fizera alardes de sua pontaria desde a sua chegada ao local. O acusado aceitou a proposta e disparou com vistas a atingir a garrafa, no exato instante em que a vítima efetuou um movimento com o corpo para limpar-se, motivo pelo qual foi alcançada pelo projétil no hemitorax direito, falecendo dias depois. No caso, o tribunal entendeu caracterizada uma colocação em perigo consentida da vítima pelo acusado e passou a analisar a solução com base nessa qualificação.

Também na doutrina, são muitos os que aderem a essa premissa, admitindo que quem se limita a contribuir para uma autocolocação em perigo não pode ser punido caso se verifique um resultado que constitui elemento de um tipo penal.[451]

Não obstante, a abordagem inicialmente desenvolvida por ROXIN é tomada, com frequência, em contextos sistemáticos diversos e, inclusive, desligada de qualquer marco sistemático. A despeito do êxito que essa concepção vem alcançando, são muitas as dúvidas que surgem em sua aplicação e as vertentes que se propõem a solucioná-las, bem como as

---

[448]ROXIN, A teoria da imputação objetiva, cit., p. 109. Divergindo, Struensee assinala que a interpretação da nova jurisprudência do BGH não pode reivindicar o reconhecimento, ainda que tácito, da teoria da imputação objetiva, pois a decisão faz depender a impunidade de uma restrição mal compreendida e encoberta em sua força dogmática pela literatura: de um desconhecimento relativo daquele que atua. A limitação do alcance da participação impune na autocolocação em perigo, no sentido de que a punibilidade começa quando o partícipe compreende o perigo melhor que aquele que coloca a si mesmo em perigo, em virtude de conhecimentos superiores, demonstraria que não se trata de um problema de tipo objetivo, mas da exigência de determinados pressupostos para a realização do tipo subjetivo. Segundo o autor, a possibilidade de que um "superior conhecimento dos fatos" conduza à realização do tipo do delito culposo constitui, em rigor, a figura da autoria mediata através da utilização da "vítima sem dolo" como instrumento. Cf. STRUENSEE, Acerca de la legitimación..., cit., p. 767 e s. Cancio Meliá também considera precipitado afirmar que a assunção da diferenciação nesta sentença implique uma aceitação completa, por parte do BGH, das premissas da teoria da imputação objetiva, mas assinala que, em resoluções posteriores em casos que interessam a este estudo, aparece menção expressa ao "fim de proteção da norma", categoria da teoria da imputação objetiva de Roxin Cf. CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima*..., cit., p. 185 (nota de rodapé).

[449]Nesse sentido, ROXIN, *Derecho Penal*, cit., p. 389; CANCIO MELIÁ, p. 186 e 187 (notas de rodapé).

[450]STS 5793, 17/07/1990. Disponível em: < http://www.poderjudicial.es>

[451]Na Alemanha: JAKOBS, *Derecho Penal*, cit., p. 790; JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal*, cit., p. 259 e 260; Na Espanha: CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *El delito imprudente:* criterios de imputación del resultado. 2. ed. Buenos Aires: B. de F., 2008; LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho Penal*, cit., p. 384 e 385; MIR PUIG, *Derecho Penal*, p. 512 e ss; Em Portugal: ANDRADE, *Consentimento...*, cit., p. 291 e ss. No Brasil: D'ÁVILA, *Teoria do crime...*, cit., p. 68 e ss.; GRECO, *Um Panorama...*, cit., p. 62; SANTOS, *A nova teoria....*, cit., p. 112; TAVARES, *Teoria do injusto*, cit., p. 228 e ss.

críticas que lhe são dirigidas. Os fundamentos do tratamento jurídico-penal que se confere ao agente, bem como os critérios que devem ser utilizados para estremar a participação em autocolocação em perigo da heterocolocação em perigo consentida ensejam problemas relevantes e demandam uma atenção detida.

Cumpre advertir, ademais, que a expressão "autocolocação em perigo" é empregada, em certas construções, com referência a todos os casos, no âmbito em exame, em que é possível afastar a responsabilidade penal do agente em consideração à intervenção da vítima, ou seja, sem contrapô-la à "heterocolocação em perigo consentida", mas inserindo sob aquele rótulo, em maior ou menor medida, casos que, para a doutrina que sustenta a distinção, podem ser qualificados como tal. O presente tópico limita-se às correntes que adotam as classificações indicadas como passo relevante para a solução, atribuindo importância especial à análise das contribuições dos envolvidos no desdobramento fático que culmina no resultado, a despeito das divergências quanto às particularidades da delimitação.

3.1.1 O concurso de agentes

Um caminho de fundamentação da impunidade da participação em autocolocação em perigo consiste em tomar, como ponto de partida, o princípio geral da acessoriedade da participação: uma vez que a autocolocação em perigo é uma conduta atípica e não existe norma especial que incrimine a conduta de participar em uma autocolocação em perigo, esta não é punível. Por esse caminho, podem chegar àquela conclusão os autores que sustentam, em geral, um conceito restritivo de autoria no âmbito do delito culposo.

Nessa perspectiva, Mir PUIG sustenta que aquele que favorece a autocolocação em perigo de outrem não deve responder pelo resultado, porque, de acordo com o princípio da acessoriedade, uma conduta de participação não pode ser castigada se o fato principal for atípico, como é o pôr a si mesmo em perigo, e a lei não a tipificar de forma expressa, tal como faz com a participação dolosa em suicídio.[452] De forma semelhante, DIAS trata da autolesão e da autocolocação em perigo como problema pertinente às teorias da autoria e da participação, asseverando que, nesses casos, ou o agente qualifica-se como autor, ou não

[452]MIR PUIG, *Derecho Penal*, cit., p. 263 e 512.

responderá pelo resultado, uma vez que a participação não seria punível devido à atipicidade do fato principal.[453]

No marco da teoria do concurso de agentes, encontram-se, também, as colocações de LUZÓN PEÑA sobre o tema, seguidas por GARCIA ÁLVAREZ em estudo dedicado à intervenção do titular na colocação em perigo dos próprios bens jurídicos. Segundo os autores, a impunidade da intervenção em autocolocação em perigo ou autolesão de outrem não decorre de critérios de imputação objetiva, mas de considerações gerais relativas às teorias da autoria e da participação no delito culposo, pois, quando várias pessoas concorrem para a produção do resultado, antes de perguntar se o resultado pode ser imputado a uma ação, deve-se esclarecer se esta é uma ação típica e de que classe de ação típica se trata, ou seja, de autoria ou de participação. Assim, para aferir a responsabilidade penal de terceiros, cumpre examinar, em primeiro lugar, se a sua ação representa apenas uma participação em autoria alheia, dolosa ou culposa.[454]

Na concepção de LUZÓN PEÑA e GARCÍA ÁLVAREZ, a participação culposa não é punível, em caráter geral, no ordenamento jurídico espanhol.[455] Embora seja possível distinguir, conceitualmente, autoria e participação nos delitos culposos, apenas aquela enseja a intervenção penal. Assim, é impune a participação culposa, quer em autoria culposa, quer em autoria dolosa de outrem, inclusive se o "autor" é o próprio titular do bem jurídico. A acessoriedade da participação constitui uma razão adicional para a solução em caso de autocolocação em perigo.[456]

Partindo desse enfoque dogmático, procura-se estabelecer a delimitação entre a participação em autocolocação em perigo e a heterocolocação em perigo consentida com base nos parâmetros estabelecidos para a distinção entre autoria e participação no concurso de agentes. Como visto, a doutrina dominante adota, para caracterizar a autoria, a teoria do domínio do fato, que, na concepção corrente, exige um componente subjetivo, consistente na

---

[453]DIAS, *Direito Penal*, cit., p. 778.

[454]LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho Penal*, cit., p. 384 e 385; LUZÓN PEÑA, La "determinación objetiva..., cit., p. 891 e 892; GARCÍA ÁLVAREZ, *La puesta en peligro...*, cit., p. 356.

[455]Esse entendimento, segundo Luzón Peña, tem apoio legal e é político-criminalmente razoável. Por um lado, infere-se dos arts. 28 e 29, do CP espanhol de 1995, que apenas é punível a participação dolosa, o que estaria confirmado pelo art. 12, segundo o qual as ações ou omissões culposas somente serão puníveis quando a lei o disponha expressamente. Por outro, a restrição da punibilidade da participação às condutas dolosas estaria de acordo com o caráter de *ultima ratio* do Direito Penal, diante da menor gravidade dos fatos culposos e do papel não central, mas marginal e subordinado, das formas de participação, que recomenda uma interpretação restritiva da extensão da tipicidade por essa via. LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho Penal*, cit., p. 508.

[456]LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho Penal*, cit., p. 507; GARCÍA ÁLVAREZ, *La puesta en peligro...*, cit., p. 357.

direção final.[457] De acordo com essa compreensão, o domínio do fato não poderia desempenhar qualquer papel nos delitos culposos, motivo pelo qual seria necessário, para decidir acerca da interação entre o agente e a vítima nos casos em referência, o recurso a outros critérios ou a outras formulações do domínio do fato. Não obstante, essa dificuldade nem sempre é percebida.

A jurisprudência alemã vem-se apoiando, para estabelecer a distinção, sobretudo na ideia de domínio do fato. Em decisão recente, essa perspectiva é adotada de forma clara. No caso, durante uma corrida irregular de carros, os condutores envolvidos tentaram ultrapassar um terceiro veículo em uma rua estreita, em velocidade superior a 240 km/h, em trecho no qual a velocidade máxima permitida era de 120 km/h. Durante a manobra, um dos carros derrapou e capotou em decorrência de uma movimentação do volante realizada pelo condutor, o que teve como consequência a morte dos passageiros. Estes estavam de acordo com a realização do teste de aceleração, deram o sinal de partida e, inclusive, filmaram o desenvolvimento dos acontecimentos. O BGH condenou ambos os condutores, considerando decisiva, para a delimitação entre participação em autocolocação em perigo e heterocolocação em perigo, a linha divisória entre autoria e participação, de acordo com aquele critério. Conforme o tribunal, o domínio do fato coube, exclusivamente, aos condutores, a partir do início da manobra de ultrapassagem, e os acompanhantes apenas se viram expostos às consequências de sua conduta defeituosa, caracterizando-se, portanto, a heterocolocação em perigo.[458] O emprego do domínio do fato, nessa decisão, é alvo de críticas na doutrina, pois, segundo o entendimento dominante na Alemanha, não se distingue entre autoria e participação nos delitos culposos, e, ademais, nãos se verifica domínio do fato na autocolocação em perigo.[459]

Entre aqueles que adotam essa perspectiva, o traslado das regras de autoria e participação para a análise da intervenção da vítima na produção do resultado nem sempre se faz de forma coerente. É o que se evidencia no comentário de MIR PUIG ao mencionado "caso

[457]Cf. Capítulo 2, ítem 2.1.2.

[458]BGHSt 53, 55. Cf. ROXIN, Claus. Sobre a discussão acerca da heterocolocação em perigo consentida. Tradução de Augusto Assis. In: GRECO, Luís; MARTINS, Antonio (org.). *Direito Penal como crítica da Pena*: estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário em 2 de setembro de 2012. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 565 e 566; STRATENWERTH, Günter. Heteropuesta en peligro consentida en conductas imprudentes. Tradução do alemão de Albert Estrada i Cuadras. *Revista InDret*, n. 1, 2013. Disponível em: <www.indret.com> Acesso em 05 maio 2013, p. 3 e 4. Conforme o BGH: "A linha divisória entre autoria e participação é um critério profícuo para distinguir a impunível contribuição a autocolocação e perigo ou a autolesão autorresponsável da, em essência típica, heterocolocação em perigo. [...] Portanto, também aqui a distinção entre auto- e heterocolocação em perigo dá-se a partir do domínio sobre o desenrolar do acontecimento, que pode ser satisfatoriamente determinado com base nos critérios objetivos desenvolvidos para averiguar o domínio do fato nos delitos dolosos".

[459]ROXIN, Sobre a discussão..., cit., p. 570.

da garrafa", julgado pelo TS. Segundo o autor, uma vez que a vítima propõe a aposta, sustenta a garrafa e permanece em determinada posição enquanto o outro dispara, há uma base para afirmar o "tomar parte na execução" que caracteriza a autoria, nos termos do art. 14.1, do CP espanhol. Não obstante, destaca que, no caso, o "destino" da vítima fica nas mãos daquele que dispara, ou seja, depende de como se execute o disparo, sobre o qual não tem controle algum e, portanto, entende caracterizada uma hipótese de heterocolocação em perigo consentida.[460] Evidencia-se, assim, um desvio dos critérios de delimitação entre autoria e participação.

Por outro lado, também são adotadas formulações diversas, em geral, no concurso de agentes. Nesse viés, uma proposta coesa do tratamento da questão é apresentada por LUZÓN PEÑA e GARCÍA ÁLVAREZ, com base em uma construção que fornece um ponto de contato para a delimitação entre autoria e participação nos crimes dolosos e culposos.

LUZÓN PEÑA toma como ponto de partida a observação de que, nos delitos dolosos, há uma "base objetiva do domínio do fato", que concorre se a conduta está, objetivamente, em condições de dominar, controlar ou determinar o curso dos acontecimentos até o resultado e, efetivamente, o faz. Essa base objetiva também pode estar presente nos delitos culposos e, portanto, constitui o ponto em comum entre a autoria em delitos dolosos e culposos, ao qual se acrescenta a vontade consciente de dirigir e configurar finalmente o curso causal, para caracterizar-se o domínio do fato nos delitos dolosos. Assim, só é autor culposo aquele cuja conduta determine objetivamente a produção do resultado, com potencialidade de dirigi-lo e dominá-lo, se houvesse dolo; do contrário, é partícipe culposo. São admitidas, nesse quadro, a autoria direta, a autoria mediata e a coautoria no delito culposo.[461]

Empregando esse parâmetro, GARCÍA ÁLVAREZ sustenta que um fato no qual intervenham, conjuntamente, o titular do bem jurídico e um terceiro constituirá uma autocolocação em perigo quando aquele determinar, objetiva e positivamente, a conduta de risco; por outro lado, haverá uma heterocolocação em perigo consentida quando apenas este determinar, objetiva e positivamente, a conduta de risco.[462]

De acordo com essas balizas, há uma autocolocação em perigo, por exemplo, se uma pessoa consome heroína fornecida por outrem e morre por overdose, ou se emprega uma seringa utilizada previamente por outros usuários de drogas e é infectada pelo vírus HIV, pois, supondo que não tenha afetada a sua capacidade de compreensão e juízo e que o terceiro

[460]MIR PUIG, Santiago. Sobre el consentimiento en el homicídio imprudente. *Revista de Ciencias Penales*, n. 6, p. 259-267, 2000, p. 265.
[461]LUZÓN PEÑA, La "determinación objetiva..., cit.
[462]GARCÍA ÁLVAREZ, *La puesta en peligro...*, cit., p. 253 e 254.

que fornece a droga ou a seringa não tenha maior conhecimento sobre o risco, é o próprio titular dos bens jurídicos que determina, objetiva e positivamente, o curso dos acontecimentos. Por outro lado, há uma colocação em perigo por terceiro consentida no mencionado caso da garrafa, julgado pelo TS espanhol, porque apenas aquele que dispara a arma determina a conduta de risco, assim como nos casos em que o passageiro incita o condutor a conduzir bêbado, em velocidade superior à máxima permitida ou na contra-mão, ou, em geral, a realizar qualquer manobra perigosa.[463]

Questão problemática para a corrente que submete a distinção entre autocolocação em perigo e heterocolocação em perigo consentida às teorias do concurso de agentes, tal como na distinção entre autolesão e heterolesão consentida, consiste na solução a ser assinalada às hipóteses – mais ou menos frequentes, a depender dos critérios manejados – em que se dá uma situação análoga à coautoria. Também aqui são adotados dois caminhos: tomar como decisiva a conduta da vítima, de modo que, se é autora de uma autocolocação em perigo, afasta-se a responsabilidade penal do agente, ou tomar como decisiva a conduta do agente, de modo que, se é autor de uma heterocolocação em perigo, a punibilidade depende do tratamento assinalado a esse grupo de casos.

Em conformidade com a primeira orientação, asseverando que os intervenientes se sujeitam à imputação recíproca, que permite afirmar que todos infringiram a mesma norma de cuidado e criaram um único risco tipicamente relevante, CORCOY BIDASOLO sustenta que, quando se verifica uma "coautoria", a qualidade de coautora da vítima impede a imputação do resultado ao agente. Assim, há uma autocolocação em perigo e, portanto, a conduta do agente é impune.[464]

Na mencionada decisão no caso do teste de aceleração, por outro lado, o BGH adotou a segunda via, assinalando que, "se não apenas aquele que se autocoloca em perigo ou se autolesiona detiver o domínio do fato sobre a ação perigosa ou ação lesionante, mas o colaborador ao menos também o detiver, cometeria este um fato próprio", e, portanto, sua conduta não poderia ser impune "por razões de acessoriedade, ou seja, em decorrência da ausência de um fato principal do autolesado".[465]

Da mesma forma, para GARCÍA ÁLVAREZ, nos casos de "coautoria", embora se verifique uma autocolocação em perigo da vítima, o domínio do fato do agente o mantém como coautor, motivo pelo qual se submete ao mesmo tratamento que lhe é assinalado na

[463]GARCÍA ÁLVAREZ, *La puesta en peligro...*, cit., p. 266 a 269.
[464]CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *El delito imprudente:* criterios de imputación del resultado. 2. ed. Buenos Aires: B. de F., 2008, p. 554.
[465]Excerto de: ROXIN, Sobre a discussão..., cit., p. 570.

heterocolocação em perigo consentida.[466] É o que ocorre, a seu ver, nos casos de transmissão de AIDS por contato sexual: a vítima é autora e, portanto, autocoloca-se em perigo, mas o agente também é autor e, portanto, a punibilidade de sua conduta se condiciona à solução apontada para aquele que coloca em perigo a vítima com o seu consentimento.[467]

Tal como se observou a respeito desse enfoque dogmático quanto à distinção entre a participação em autolesão e a heterolesão consentida,[468] pretender que a autoria do titular do bem jurídico implique tomar a conduta de outros intervenientes como mera participação, mesmo que também detenha o domínio do fato, segundo a concepção adotada, representa um desvio da proposta de tratar essa interação como um concurso de agentes.

As considerações de LUZÓN PEÑA em artigo recente sobre o tema ilustram essa afirmação. Segundo o autor, uma vez que o ordenamento jurídico imputa o resultado à vítima quando ela é autora da própria lesão, a heterocolocação em perigo consentida pode equiparar-se à autocolocação em perigo quando há uma autoria compartilhada entre autor e vítima, ou seja, uma coautoria. Para chegar a essa conclusão, observa que a peculiaridade dessa situação implica uma finalidade diversa da aplicação das categorias da autoria e da participação, porquanto não se destinam a determinar a possível responsabilidade penal dos envolvidos.

Embora a vítima e o agente sejam coautores, LUZON PEÑA considera mais adequado que a lesão seja imputada primariamente àquela, pois, se os bens jurídicos afetados são de sua titularidade e é ela a pessoa essencialmente interessada em sua proteção, ao renunciar em parte à mesma, intervindo ativamente e controlando a própria colocação em perigo, assume o papel principal e decisivo do fato. Assim, diante da prioritária imputação do risco e de seu resultado à vítima, exclui-se a autoria do agente, de modo que o que, em princípio, seria coautoria converte-se, valorativamente, em participação atípica em uma autocolocação em perigo. É o que se dá, por exemplo, segundo LUZON PEÑA, quando uma pessoa tem relação sexual desprotegida com alguém que sabe estar infectado de AIDS e tem o mesmo grau de controle que este sobre a efetivação da relação sexual e suas possíveis consequências.[469]

---

[466] Conforme a autora, uma coisa é a qualificação que devem receber essas condutas de risco codominadas pelo titular do bem jurídico e terceiro, e outra, distinta, a responsabilidade na qual este pode incorrer, que não deve ser outra que aquela que lhe corresponda pelo fato que ele codomina. Essa equiparação do tratamento das autocolocações em perigo codominadas por terceiro e das colocações em perigo por terceiro consentidas elimina a relevância prática da distinção. Cf. GARCÍA ÁLVAREZ, *La puesta en peligro*..., cit., p. 300 a 303.
[467] GARCÍA ÁLVAREZ, *La puesta en peligro*..., cit., p. 271 e 272.
[468] Cf. Capítulo 2, item 2.1.2.
[469] LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Principio de alteridad o de indentidad vs. principio de autorresponsabilidad. Participación en autopuesta en peligro, heteropuesta en peligro consentida y equivalencia: el criterio del control del riesgo. *Revista de Derecho Penal,* Buenos Aires, n. 1, p.13-40, 2011, p. 33 a 38.

Como visto, essa abordagem da conduta da vítima procura particularizar a autocolocação em perigo e determinar a impunidade da intervenção de terceiros por meio do princípio da acessoriedade da participação ou de uma regra geral acerca da participação culposa em uma conduta dolosa ou culposa de outrem. Há construções, nessa perspectiva, às quais cabe reconhecer o mérito da coerência interna e da clareza das soluções que indicam a casos concretos, favorecidas pela adoção de um critério geral de distinção entre autoria e participação que permite uma visão restritiva da primeira.

Não obstante, são muitas as divergências e inconsistências constatadas nas soluções apresentadas em face da premissa de encarar a questão como um concurso de agentes, mormente quanto aos parâmetros empregados para estabelecer a distinção entre o que se considera participação em autocolocação em perigo ou heterocolocação em perigo consentida, bem como às repercussões da qualificação na configuração do injusto penal.

O recurso à ideia de domínio do fato, em particular, é duvidoso, uma vez que, tal como usualmente compreendida, não se adéqua a situações em comento, pois aquele que pratica uma conduta culposa não detém, efetivamente, o controle sobre produção do resultado. Como assinala ROXIN, justamente nesse momento, aquele que coloca em perigo a vítima não "domina" o desenroladar dos acontecimentos.[470] Da mesma forma, STRATENWERTH ressalta que esse critério implica dolo, de modo que se, nos delitos culposos, não se pode traçar uma linha divisória entre autoria e participação, tampouco se pode delimitar a participação em autocolocação em perigo e a heterocolocação em perigo consentida.[471] Uma adaptação casuística do domínio do fato desenvolvido para delitos dolosos à distinção entre autoria e participação na interação entre a vítima e o agente em condutas de risco introduz, ademais, grande insegurança nessa questão.

Por outro lado, esse enfoque se condiciona ao posicionamento adotado acerca da possibilidade de participação no delito culposo. A doutrina brasileira majoritária, assim como a alemã, adota um conceito unitário de autor nesse âmbito e rejeita, consequentemente, a distinção entre autoria e participação, sob o argumento de que a autoria culposa se satisfaz com a causalidade e a infração do dever objetivo de cuidado ou os requisitos da imputação objetiva. É certo que flexibilizações podem ser introduzidas nesse marco, de modo que o sujeito que atua culposamente em primeiro lugar não se encontre sempre submetido à responsabilidade penal, caso se interponha, entre a sua conduta e o resultado, a conduta

[470] ROXIN, Sobre a discussão..., cit., p. 572.
[471] STRATENWERTH, Heteropuesta en peligro..., cit., p. 4.

dolosa ou culposa de outrem. Não obstante, não se descarta a possibilidade de imputação do fato também àquele, ainda que observados determinados limites, como autor.

Partindo-se dessa premissa, admitir a distinção entre autoria e participação culposas quando um dos intervenientes é a vítima, para afirmar que a conduta do agente constitui mera participação em um fato atípico, representa, então, uma divergência em face das teorias do concurso de agentes no delito culposo: se dois sujeitos colaboram, culposamente, na lesão a terceiro, o resultado é imputável a ambos, a título de autoria; se, no entanto, uma colaboração análoga se estabelece entre dois sujeitos e um deles sofre a lesão, cabe aferir se este é autor da própria colocação em perigo para decidir sobre a responsabilidade penal do outro.[472] Essa disparidade reflete já uma particularização do tratamento da interação entre a vítima e o agente.

O decisivo contra a remissão da interação entre a vítima e o agente às regras do concurso de agentes, como já se disse a respeito da participação em autolesão e da heterolesão consentida, é a sua especificidade frente à interação entre diversos sujeitos que concorrem, conjuntamente, para a prática de um delito. Esse enfoque dogmático do problema ignora um dado que modifica a situação: um dos intervenientes é o titular do bem jurídico concretamente atingido, que intervém responsavelmente no curso dos acontecimentos.[473]

Torna-se necessário, então, buscar outros argumentos que permitam afirmar a impunidade daquele que intervém na autocolocação em perigo de outrem e indiquem critérios adequados para a distinção desse caso frente à heterocolocação em perigo consentida.

3.1.2 A atuação em último lugar (Jakobs)

JAKOBS trata da autocolocação em perigo em conjunto com a autolesão, de modo que as diretrizes assinaladas[474] a respeito desta valem também para aquela, motivo pelo qual serão retomadas apenas para demonstrar as soluções a que conduzem. A impunidade da participação em uma autocolocação em perigo, assim como em uma autolesão, segundo JAKOBS, decorre da conduta da vítima, que priva a todas as condutas de terceiros da

[472] Nesse sentido, também se manifesta CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima*..., cit., p. 199.
[473] Semelhantes, cf. CANCIO MELIÁ, Conducta de la víctima..., cit., p. 516 a 517; FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo José. Actuación de la víctima e imputación objetiva: comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 1999. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Madrid, n. 5, p.265-333, jan. 2000, p. 287.
[474] Cf. Capítulo 2, ítem 2.1.3.

qualificação de lesão ou colocação em perigo de outro, quer dolosas, quer culposas.[475] A razão do tratamento diferenciado que o legislador confere ao interveniente no suicídio e no homicídio a pedido – extensível à autocolocação em perigo e à heterocolocação em perigo – reside no domínio da decisão.

Desse ponto de partida, JAKOBS infere que o critério de distinção deve ser a atuação em último lugar, porquanto o último a atuar é quem decide, definitivamente, se o fato é levado a cabo. Não se trata, no entanto, de um critério distintivo concebido de forma puramente naturalística, mas impregnado de considerações normativas. Afirma-se uma autocolocação em perigo quando a vítima intervém de forma imputável em último lugar, o que se dá quando atua ou omite-se depois da conduta do agente. Ademais, também tem o domínio da decisão quando ambos atuam simultaneamente, pois, negando a sua contribuição, pode privar de eficácia a dele.[476] Caso se verifique uma autocolocação em perigo, o agente, como mero partícipe de um fato atípico, não é punido.

Dessa forma, por exemplo, há uma autocolocação em perigo e, portanto, o agente não responde pelo resultado, se este entrega à vítima, informada sobre os riscos, substância entorpecente que ela mesma ingere, ou se empresta à vítima temerária um automóvel, com o qual ela sofre um acidente.[477] Tendo em vista a resposta indicada para o caso de simultaneidade, se a vítima tem relações sexuais com um portador do vírus HIV, também se configura uma autocolocação em perigo, de modo que não se faz necessário recorrer a outros argumentos para afirmar a impunidade da conduta do agente.[478]

Referindo-se à transmissão de síndrome da imunodeficiência adquirida (AIDS) em relação sexual com pessoa dependente de drogas ou que se prostitui, JAKOBS assevera que o agente não deve responder pelo resultado, não apenas quando a vítima conhece a enfermidade, mas também quando conhece determinadas condições sob as quais uma pessoa cuidadosa contaria com que existisse uma probabilidade superior à média de que a enfermidade estivesse presente.[479]

No tratamento da intervenção da vítima no fato, JAKOBS indica diversas categorias dogmáticas, tanto na tipicidade, quanto na antijuridicidade, a partir das quais é valorada a sua repercussão no Direito Penal. Nem sempre se verifica uma estrita coerência na inserção de determinados casos em uma ou outra, tampouco uma clareza quanto às circunstâncias

[475] JAKOBS, *Derecho Penal*, cit., p. 790.
[476] JAKOBS, *Derecho Penal*, cit., p. 758
[477] JAKOBS, *Derecho Penal*, cit., p. 790.
[478] JAKOBS, La organización..., cit., p. 318 e 319.
[479] JAKOBS, *A imputação objetiva*..., cit., p. 31.

relevantes para cada uma. A autocolocação em perigo, em especial, encontra menor desenvolvimento em face de outros grupos de casos traçados pelo autor.

Ao assinalar a especificidade dessa situação em face da heterocolocação em perigo consentida, JAKOBS recorre às valorações diversas que o ordenamento jurídico alemão estabelece quanto à autolesão e a heterolesão consentida, indicando que devem sujeitar-se a regimes distintos. No entanto, as soluções assinaladas a cada caso se aproximam por meio das demais figuras relativas à intervenção da vítima. Quanto ao critério de delimitação, a objeção que pode ser levantada, como visto,[480] consiste na confusão, em última análise, a que conduz entre a autocolocação em perigo e a heterocolocação em perigo.

3.1.3 O alcance do tipo penal e o argumento *a maiore ad minus* (Roxin)

Como visto, ROXIN propôs uma abordagem diferenciada para a intervenção do titular do bem jurídico, como problema de imputação objetiva, a partir da publicação do artigo "O fim de proteção da norma nos crimes culposos". Essa questão é tratada, inicialmente, com vistas a promover a limitação normativa da responsabilidade penal no delito culposo, que, na compreensão tradicional, abrangeria qualquer contribuição causal para o resultado. Nesse contexto, por meio da ideia de "fim de proteção da norma", ROXIN procura tratar determinadas constelações de casos, nos quais se deve afastar a punibilidade do agente, em que pese haver um resultado em decorrência da criação de um risco juridicamente desaprovado. Dentre esses casos, destacam-se os de autocolocação em perigo e os de colocação em perigo de um terceiro aceita por este.

ROXIN sustenta a impunidade da participação em uma autocolocação em perigo da qual resulte morte ou lesão corporal do titular do bem jurídico com base no tratamento conferido pela legislação penal alemã à participação em suicídio, em face do §216, do StGB. O autor julga correta a argumentação do BGH no *Pistolen Fall*,[481] em que absolveu o agente que permitira o acesso de outrem à arma com a qual cometeu suicídio, julgando que, se não é punível a participação dolosa em suicídio, tampouco deve ser punível se culposa. ROXIN

[480] Cf. Capítulo 2, ítem 2.1.3.
[481] Cf. Capítulo 2, ítem 2.1.5.

destaca, no entanto, a necessidade de adequar essa argumentação à dogmática do delito culposo, tendo em vista que, nesse caso, houve causalidade, previsibilidade e evitabilidade.[482]

Rejeitando o recurso a considerações gerais da teoria da participação para chegar a essa conclusão, uma vez que os critérios de delimitação da autoria e da participação do delito doloso não poderiam trasladar-se, automaticamente, ao delito culposo, ROXIN encontra sua razão no específico tratamento legislativo do suicídio, do qual infere que o "fim de proteção" do tipo penal de homicídio culposo não abarca a intervenção culposa em suicídio. Dessas considerações, deduz, ademais, que também deve ser impune a intervenção culposa em autocolocação em perigo: se nem sequer a produção dolosa de uma autolesão está coberta pelo fim de proteção do tipo penal do homicídio, tampouco poderá está-lo a contribuição para uma autocolocação em perigo, que, como regra, baseia-se em culpa em relação ao resultado. O mesmo se dá quanto ao tipo penal de lesão corporal.[483]

ROXIN acrescenta, assim, um terceiro plano à sua teoria da imputação objetiva, além da criação do risco juridicamente desaprovado e da realização do risco no resultado, consistente no "fim de proteção da norma", terminologia que, posteriormente, substituiu por "alcance do tipo", para evitar confusões, uma vez que é frequente falar-se em fim de proteção da norma com referência à norma de cuidado.[484] Dessa forma, se uma conduta cria um risco juridicamente desaprovado ao bem jurídico, é, em princípio, alcançada pelo tipo penal que o tutela, mas, excepcionalmente, pode situar-se fora do âmbito da incriminação. Embora sua primeira aproximação ao tema tivesse por foco a culpa, ROXIN trata do alcance do tipo como critério geral de imputação objetiva, válido tanto para o delito doloso, quanto para o delito culposo.[485]

---

[482] ROXIN, Sobre el fin.., cit., p. 54.

[483] ROXIN, Sobre el fin..., cit., p. 54 a 56.

[484] A inserção da problemática da autocolocação em perigo e da heterocolocação em perigo no marco do "alcance do tipo", como critério de imputação objetiva, é adotado por muitos autores. No Brasil, cf. D'ÁVILA, *Crime culposo*, cit., p. 68 e ss.; SANTOS, *A moderna teoria...*, cit., p. 112; TAVARES, *Teoria do injusto penal*, cit., p. 288 e ss. Gimbernat Ordeig, conquanto adote a formulação de Roxin acerca da autocolocação em perigo, bem como seus argumentos para sustentar a impunidade de terceiros, critica a remissão ao fim de proteção da norma, confrontando esse caso com outros em que esse critério é normalmente invocado para a limitação da imputação objetiva, entre os quais não vê qualquer semelhança. Essa crítica, no entanto, pressupõe que, ao falar em "fim de proteção da norma", Roxin se refere à norma que estabelece deveres de cuidado, equívoco que o autor logra evitar, atualmente, ao substituir essa terminologia pelo "alcance do tipo". GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Imputación objetiva, participación en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida. *Revista de Derecho Penal*, n. 2, p. 9-39, 2003, p. 13 a 15.

[485] Nem todos os autores que adotam a construção de Roxin estendem a exclusão da imputação objetiva a delitos dolosos e culposos. Assim, Santos restringe suas considerações sobre o assunto ao tópico em que trata da imputação objetiva em delitos culposos. SANTOS, *A moderna teoria...*, cit., p. 112. D'Ávila, por sua vez, referindo-se aos exemplos em que A aconselha B a atravessar um lago com gelo quebradiço e em que A e B decidem realizar uma corrida de motocicletas, na qual B sofre um acidente fatal, assinala que, quando o agente age com dolo eventual com relação à morte da vítima, o resultado lhe seria imputável nos termos do tipo penal

Assim, a autocolocação em perigo do titular do bem jurídico exclui a imputação objetiva do fato a demais intervenientes, porque a conduta que se limita a favorecê-la não se insere no alcance do tipo penal, desde que aquele seja consciente do risco na mesma medida que estes. Assim, por exemplo, se o agente aconselha a vítima a atravessar um lago com gelo quebradiço, e ela o faz, com plena consciência do perigo, e morre, o resultado não é imputável a ele e, portanto, ele não deve responder, quer por homicídio culposo, quer por homicídio doloso.[486] Nos casos de colocação em perigo aceita pela vítima, que ROXIN caracteriza como aqueles em que se expõe, com plena consciência, a uma colocação em perigo que é obra exclusiva do agente, verifica-se uma situação diversa e, portanto, impõe-se uma estrita separação entre esses casos.

Nessa perspectiva, a impunidade da participação em autocolocação em perigo se fundamenta, então, no argumento *a maiore ad minus*. Resumidamente, uma vez que, no ordenamento jurídico alemão, é, em princípio, impune participar em uma ação de matar a si mesmo, assim como em uma ação de lesionar a si mesmo, "dolosamente", tampouco pode ser punível participar em uma autocolocação em perigo que resulta em morte ou lesão corporal, quando o afetado tem uma completa visão do risco, porquanto, se é possível "provocar impunemente o mais (a autolesão), com maior razão há de poder-se provocar sem sanção o menos (a autocolocação em perigo)".[487] Esse argumento, a despeito de basear-se no específico tratamento jurídico-penal da participação em suicídio no StGB, também é empregado em face de legislações que a tipificam expressamente.

Um esforço para adaptar essa linha argumentativa a uma disciplina legal diversa da alemã, que, *mutatis mutandis*, poderia aplicar-se também ao ordenamento jurídico nacional, já referenciado,[488] foi desenvolvido por GIMBERNAT ORDEIG. Segundo o autor, se, nos delitos dolosos, o CP Espanhol exige que se estabeleça a diferença entre quem mata ou lesiona a outrem, com o seu consentimento, e quem coopera para que outrem mate ou lesione a si mesmo, ao estabelecer consequências diversas, "também tem que ser possível distinguir entre a participação imprudente em uma autocolocação em perigo de quem, com sua atuação também imprudente, mata a si mesmo [...] e a heterocolocação em perigo de quem mata a outro".[489]

---

do art. 122, que incrimina a participação em suicídio. D'ÁVILA, *Crime culposo...*, cit., p. 70 e 71. Esse posicionamento, no entanto, afigura-se questionável, tendo em vista que a conduta da vítima, ao colocar-se em perigo, sem pretender o resultado, não representa um suicídio.

[486] ROXIN, *Derecho Penal*, cit., p. 391.

[487] ROXIN, *Derecho Penal*, cit., p. 387.

[488] Cf. Capítulo 2, ítem 2.1.5.

[489] GIMBERNAT ORDEIG, Imputación objetiva, participación..., cit., p. 12.

GIMBERNAT ORDEIG procura, então, demonstrar que a participação em autocolocação em perigo, com resultado de morte ou lesão corporal, não se adéqua a qualquer tipo penal do CP Espanhol. O art. 12 desse diploma – à semelhança do parágrafo único, do art. 18, do CP nacional – dispõe que as ações ou omissões culposas só se castigam quando expressamente o determinar a lei, de modo que a realização culposa do tipo objetivo apenas é punível se existir um preceito que tipifique a conduta culposa paralela à do delito doloso. Não há, no entanto, tal tipificação: por um lado, o art. 143.1 e 2 castigam a indução e a cooperação necessária dolosas ao suicídio, mas não a indução e a cooperação culposas; por outro, essas condutas não configuram homicídio culposo, pois não se trata de casos em que o agente mata a outrem, mas em que coopera para que outrem mate a si mesmo. Assim, a intervenção culposa na autolesão do titular do bem jurídico deve considerar-se atípica.

Ademais, uma vez que, em Direito Penal, o dolo é mais grave que a culpa, segundo GIMBERNAT ORDEIG, pode-se deduzir que também a "automorte dolosa" é mais grave que a "automorte culposa" e, consequentemente, que, se a conduta mais grave – a participação culposa em "automorte dolosa" – é impune, também deve sê-lo a menos grave – a participação culposa em "automorte culposa". À mesma conclusão, pode-se chegar por meio da análise da conduta do agente, pois é maior a infração do dever de cuidado daquele que põe o instrumento ao alcance da vítima se era previsível a morte segura – porque iria suicidar-se – que apenas a morte possível – porque iria submeter-se a um risco que poderia desencadeá-la. Assim, se a participação culposa em um suicídio é impune, com maior razão, deve sê-lo, também, a participação culposa em uma autocolocação em perigo com resultado de morte.[490] O mesmo se dá em se tratando de lesão corporal.[491]

De forma semelhante, com vistas ao ordenamento jurídico nacional, TAVARES indica, como argumento adicional ao princípio da autorresponsabilidade, que, uma vez que o CP pune as ações de instigar, induzir e prestar auxílio ao suicídio apenas na forma dolosa, exclui, expressamente, a responsabilidade do colaborador que atua apenas com culpa, de modo que, se não há uma vinculação dolosa da conduta do agente ao suicídio, mas apenas à

[490] GIMBERNAT ORDEIG, Imputación objetiva, participación..., cit., p. 24; GIMBERNAT ORDEIG, Imputación objetiva y conducta de la víctima, cit., p. 113.

[491] Segundo o autor, "Como la participación imprudente en suicidio (como tal suicidio, siempre doloso) es impune en Derecho español, y como también lo es la participación imprudente (lo es, incluso, la dolosa) en una autolesión dolosa, de ahí se sigue que igualmente tienen que ser impunes las participaciones imprudentes en una automuerte o en unas autolesiones imprudentes, consecuencias de la autopuesta en peligro en la que se há colocado la propia víctima". GIMBERNAT ORDEIG, Imputación objetiva, participación..., cit., p. 24.

autocolocação em perigo da vítima, não pode responder por participação em suicídio, nem por homicídio culposo.[492]

Segundo ROXIN, o "sentido profundo" da diferenciação entre autocolocação em perigo e colocação em perigo por terceiro consentida se encontra em que, no primeiro caso, a pessoa domina, com sua decisão, a medida em que quer expor-se a perigo procedente de suas próprias ações, enquanto que, no segundo, vê-se submetida a um desenvolvimento imprevisível, que, às vezes, tampouco pode ser controlado ou interrompido em um estado no qual ainda poderia fazê-lo quem se coloca em perigo por si mesmo e, ademais, não pode apreciar a capacidade do outro para dominar situações arriscadas no mesmo grau em que poderia apreciar a medida e os limites de sua própria habilidade.[493] Essa diferença está indicada nos §§216 e 228, do StGB, que incriminam, respectivamente, o homicídio a pedido e a lesão corporal consentida que contraria os bons costumes, conferindo-lhes um tratamento diverso do estabelecido para participação em morte ou lesão corporal produzidas diretamente pelo titular do bem jurídico.

Conforme ROXIN, "não é o mesmo concertar com outra pessoa uma aloucada corrida de motos e aceitar ao fazê-lo a possibilidade de sofrer um acidente pela própria culpa, que ir sentado no assento traseiro de uma moto manejada por um condutor incrivelmente temerário".[494] Explicitando por que "não é o mesmo", destaca que o passageiro não consegue saber tão bem quanto o motorista em qual medida este é capaz de controlar riscos e, ademais, ao iniciar-se uma manobra especialmente perigosa, dificilmente poderia encerrá-la por meio da manifestação de vontade correspondente, tendo em vista que tudo se passa rapidamente e é duvidoso que o condutor lhe atenda. O menor poder de evitar o resultado daquele que se expõe a uma heterocolocação em perigo é um indício de que o seu déficit de controle e conhecimento não podem ser ignorados, de modo que o agente não deve ficar, desde o princípio, isento de responsabilidade penal.[495]

Quanto ao critério a partir do qual se delimita a autocolocação em perigo, conforme ROXIN, o decisivo é determinar de quem parte a colocação em perigo que se realiza no resultado: caso parta da vítima, haverá uma autocolocação em perigo e a intervenção do

---

[492] TAVARES, *Teoria do crime culposo*, cit., p. 374. Também assinala essa argumentação GRECO, Imputação objetiva, cit., p. 175.

[493] ROXIN, Sobre el fin…, cit., p. 58 e 59; ROXIN, Sobre a discussão..., cit., p. 567; ROXIN, Claus. La polémica en torno a la heteropuesta en peligro consentida: sobre el alcance del principio de autorresponsabilitad en el Derecho Penal. Tradução do alemão de Enrique Peñaranda Ramos. In: *InDret*: revista para el análisis del Derecho, n. 1, 2013. Disponível em <www.indret.com> Acesso em: 10 maio 2013, p. 5.

[494] ROXIN, Sobre el fin…, cit., p. 58.

[495] ROXIN, Sobre a discussão..., cit., p. 568 e 569; ROXIN, La polemica..., cit., p. 5 e 6.

agente será impune; caso parta do agente e a vítima apenas se exponha conscientemente ao perigo, haverá uma heterocolocação em perigo consentida. O foco da distinção, portanto, é "a conduta que conduz diretamente à colocação em perigo".[496]

Exemplificando por meio de casos julgados pelo BGH, ROXIN assinala que há uma autocolocação em perigo consciente e voluntária e, portanto, fica excluída a imputação objetiva do resultado a outros intervenientes, em caso em que o agente e a vítima participaram de uma competição irregular, pilotando cada qual uma motocicleta, no curso da qual esta sofreu um acidente e morreu; em caso em que um sacerdote se submeteu à quarentena após um médico infectado de varíola ter provocado a infecção de vários outros médicos e pacientes; e nos diversos casos em que o agente entrega utensílios para o consumo de substâncias entorpecentes ou as próprias substâncias à vítima, que morre como consequência de uma overdose.[497]

Por outro lado, há heterocolocação em perigo consentida do titular do bem jurídico e, em princípio, não está excluída a imputação objetiva do resultado a terceiros, no conhecido caso do Rio Memel, julgado pelo *Reichsgericht* (RG), no qual um barqueiro, durante uma tempestade, realizou a travessia do rio a pedidos insistentes dos viajantes, que morreram afogados durante o percurso.[498] O mesmo se dá quanto ao condutor que dirige em velocidade excessiva a pedido do passageiro ou que o admite em seu carro quando não está em condições de dirigir devido ao consumo de bebidas alcoólicas, produzindo-se um acidente, assim como quanto àquele que tem contatos sexuais com risco de contágio de AIDS, quando a vítima conhece essa circunstância, porque o perigo parte, exclusivamente, do infectado.[499]

Entre os autores que aderem, em linhas gerais, à doutrina de ROXIN, estabelecendo a diferenciação em referência como questão relevante no plano da imputação objetiva, no tocante ao alcance do tipo penal, há uma tendência à indicação de classificações semelhantes,[500] embora nem sempre se verifique uma coincidência com as suas conclusões a respeito de determinados exemplos.[501]

---

[496] ROXIN, Sobre a discussao…, cit., p. 570 e 571.
[497] ROXIN, *Derecho Penal*, cit., p. 388 e 389; ROXIN, Sobre a discussao…, cit., p. 570.
[498] RGSt 57, 172. Cf. ROXIN, *Derecho Penal*, cit., p. 393.
[499] ROXIN, *Derecho Penal*, cit., p. 393 e 394; ROXIN, Sobre a discussao…, cit., p. 571.
[500] Cf. SANTOS, *A moderna teoria...* cit., p. 112 e 113; TAVARES, *Teoria do injusto penal*, cit., p. 291 a 293; TAVARES, *Teoria do crime culposo*, cit., p. 376 e 377.
[501] Quanto à transmissão de AIDS por via sexual, se a vítima conhece a enfermidade do parceiro, Gimbernat Ordeig entende tratar-se de uma autocolocação em perigo, argumentando que o decisivo é determinar se a vítima pode ser considerada autora material das próprias lesões. Cada um dos intervenientes no ato sexual pratica o verbo que descreve a conduta – "copular" ou sinônimos –, ao qual se deve reconduzir o resultado típico, de modo que o autor material não é apenas uma pessoa. Uma vez que a vítima também executa a

ROXIN introduziu, na discussão dogmática, pontos de vista de grande importância para a discussão sobre a intervenção do titular do bem jurídico na produção de um resultado que constitui elemento de um tipo penal, difundindo-se, a partir de suas propostas, a distinção entre participação em autocolocação em perigo e heterocolocação em perigo consentida como ponto relevante para a determinação da responsabilidade penal de terceiros. O obstáculo representado à impunidade, no primeiro caso, pela adoção de um conceito unitário de autor nos delitos culposos é afastado por meio de uma argumentação própria e da inserção dessa questão na imputação objetiva, no marco do alcance da norma penal.

O argumento *a maiore ad minus*, no entanto, suscita dificuldades na transposição para ordenamentos jurídicos que, diversamente do alemão, incriminam a participação dolosa em suicídio, como o brasileiro. Como já se disse,[502] afirmar que o homicídio culposo e a participação culposa em suicídio diferem entre si porque nesta não se trata de matar a outro culposamente, mas de contribuir culposamente para que outro mate a si mesmo, embora possa indicar um primeiro passo, não se afigura suficiente, pois, se a conduta do agente preenche os requisitos correspondentes, poderia afirmar-se que representa um homicídio culposo. É necessário esclarecer por que são situações efetivamente diversas, indicando as razões pelas quais já não se pode falar em delito culposo quando a vítima executa por si mesma a conduta diretamente vinculada ao resultado, questão que o StGB permite contornar, em decorrência da impunidade da participação dolosa em suicídio.

Por outro lado, essa linha argumentativa, na medida em que condiciona a solução à impunidade da participação culposa em suicídio, restringe-se à participação também culposa em autocolocação em perigo, enquanto, na concepção de ROXIN, o fim de proteção da norma é um critério de imputação objetiva que se aplica a delitos dolosos e culposos. Caso se pretenda sustentar uma solução com essa amplitude, é necessário explicar, também, a impunidade da participação dolosa em autocolocação em perigo.

Cumpre ademais, fazer uma ressalva. O argumento *a maiore ad minus* pressupõe que a participação em suicídio é um *maius* em relação à participação em uma autocolocação em perigo. Esse pressuposto se apoia na afirmação de que o suicídio é mais grave que a autocolocação em perigo que resulta em morte, segundo uma valoração da conduta da vítima de acordo com os mesmos parâmetros que orientam a valoração da conduta do agente. É duvidoso, no entanto, que se possa indicar a maior ou menor gravidade de uma conduta

---

conduta, pode-se afirmar que "autocausou" sua própria lesão, o que enseja a exclusão da imputação objetiva do resultado ao agente. GIMBERNAT ORDEIG, Imputación objetiva y conducta de la víctima, cit., p. 153 e 154

[502] Capítulo 2, ítem 2.1.5.

autorreferente por meio de uma gradação entre dolo e culpa. Enquanto uma infração à norma legal e uma lesão a bem jurídico de terceiro podem ser consideradas mais graves se realizadas dolosamente que culposamente, o mesmo não se pode dizer a respeito da conduta da vítima que leva a um resultado que diz respeito a si mesma, quer porque refletiria um juízo alheio ao plano jurídico, quer porque, de seu ponto de vista, é questionável que "morrer porque quer" seja mais grave que "morrer sem querer".

Por outro lado, aquele pressuposto pode apoiar-se na afirmação de que a conduta de participar em um suicídio é mais grave que a de participar em uma autocolocação em perigo, independentemente da valoração da conduta da vítima, porque é maior o risco criado para a vida no primeiro caso que no segundo.[503] Em se tratando da vida, essa afirmação não parece ensejar dificuldades, tendo em vista a especial preocupação do ordenamento jurídico de evitar o favorecimento à morte de outrem, inclusive a despeito de sua vontade. Em se tratando de bens jurídicos disponíveis, porém, seria questionável, uma vez que a autolesão se dirige consciente e voluntariamente ao resultado, no exercício da liberdade de autodeterminação do titular. De todo modo, a impunidade da participação em autocolocação em perigo não pode sustentar-se apenas no argumento sistemático-formal de coerência com a atipicidade da participação em suicídio ou autolesão.[504]

As observações aduzidas não implicam que, em face de uma disciplina legal diversa da alemã, fique afastada a conclusão de que é impune a participação em autocolocação em perigo, mas apenas que demanda uma fundamentação adequada. Também a doutrina alemã vem procurando outros caminhos para chegar à solução que se julga político-criminalmente correta. Como destaca ROXIN, a vinculação da impunidade ao direito positivo "não pode fazer perder de vista a decisão valorativa normativa que há por trás dele, a saber: que não há nenhuma razão para restringir a liberdade de atuação dos intervenientes na medida em que ninguém seja posto em perigo contra a sua vontade".[505]

Um panorama das propostas de tratamento da intervenção em autocolocação em perigo demonstra que há muitas situações de difícil enquadramento, mesmo quando se adotam pontos de partida semelhantes. A transmissão do HIV por meio de contato sexual ilustra essa dificuldade: alguns autores entendem que se trata de caso de autocolocação em

[503] GIMBERNAT ORDEIG, Imputación objetiva y conducta de la víctima, cit., p. 112 e 113; LUZÓN PEÑA, Principio de alteridade..., cit., p. 27.
[504] No mesmo sentido, na Espanha, LUZÓN PEÑA, Principio de alteridade..., cit., p. 27 e 28.
[505] ROXIN, *Derecho Penal*, cit., p. 387 (nota de rodapé).

perigo da vítima que leva à impunidade do agente;[506] outros, de heterocolocação em perigo da vítima, submetendo-se a aferição da responsabilidade penal do agente ao posicionamento adotado a respeito dessa figura,[507] enquanto outros assinalam que há, simultaneamente, uma autocolocação em perigo e uma heterocolocação em perigo da vítima, que pode resolver-se de acordo com a resposta apresentada a uma ou outra.[508] Essa confusão decorre da adoção de distintos critérios de classificação, como reflexo de enfoques dogmáticos também diversos.

As controvérsias que cercam a qualificação da conduta do titular do bem jurídico destacam a importância prática de aferir a relevância de sua decisão de expor-se ao perigo criado por terceiro, porquanto, de acordo com os parâmetros de distinção adotados, essa questão pode tornar-se decisiva, em grande medida, para a intervenção penal.

3.2 **Do consentimento na colocação em perigo por terceiro**

Embora haja um amplo consenso a respeito da impunidade da participação em uma autocolocação em perigo do titular do bem jurídico, a resposta quanto à responsabilidade penal diante da heterocolocação em perigo enseja grandes controvérsias.

Em um extremo, opina-se que aquele que coloca em perigo a outrem, ainda que com o seu consentimento, deve responder definitivamente por sua contribuição para a produção do resultado, não se eliminando o injusto penal em hipótese alguma. A essa conclusão chega GIMBERNAT ORDEIG, destacando que se, no homicídio doloso, é irrelevante que a vítima aceite o risco de morte, não há razão para uma solução diversa no homicídio culposo, de modo a afastar-se a aplicação da norma penal. A morte é causada culposamente tanto quando o atingido ignora como quando conhece o perigo ao qual está exposto, e nada obsta a

---

[506] Nesse sentido, GIMBERNAT ORDEIG, Imputación objetiva y conducta de la víctima, cit., p. 153 e 154. Também parece ser esse o entendimento de Juarez Tavares, ao assinalar que, nesse caso, não deverá haver imputação, porque é a "vítima que realiza consciente e deliberadamente a ação que a contamina". TAVARES, *Teoria do crime culposo*, cit., p. 377,

[507] Nesse sentido, além de Roxin, D'ÁVILA, *Crime culposo*, cit., p. 75 e 76; SANTOS, *A moderna teoria...*, cit., p. 112 e 113.

[508] Nesse sentido, enquanto García Álvarez remete o tratamento do terceiro interveniente ao regime da heterocolocação em perigo consentida, Luzon Peña considera que, diante da autocolocação em perigo da vítima, a conduta do terceiro converte-se, valorativamente, em participação. Cf. GARCÍA ÁLVAREZ, *La puesta en peligro...*, cit., p. 271 e 272; LUZÓN PEÑA, Principio de alteridade..., cit., p. 38.

subsunção da conduta do agente ao correspondente tipo penal. O mesmo valeria para a lesão corporal culposa.[509]

A tendência dominante entre os estudiosos que se ocupam desse tema, no entanto, é admitir que o agente não deve responder pelo resultado em, ao menos, parte dos casos. A fundamentação da impunidade, assim como o seu alcance e as circunstâncias relevantes para determiná-la, permitindo uma eventual distinção destes frente a casos em que não se infirma a incidência da norma penal, no entanto, são variadas.

Embora entenda que a heterocolocação em perigo consentida deve ser, em princípio, punível, ROXIN admite a exclusão da imputação objetiva quando, presentes determinadas condições, a conduta da vítima se equipara a uma autocolocação em perigo, caso em que o fato também não estaria abrangido pelo tipo penal. Outro caminho consiste em atribuir relevância ao consentimento que se limita à ação ou ao risco, que diz respeito às discussões sobre o objeto do consentimento no delito culposo. Nesse viés, encontram-se divergências doutrinárias significativas, sobretudo quanto à incidência das limitações à disponibilidade de bens jurídicos legalmente estabelecidas à eficácia do consentimento que não se estende ao resultado. As construções de JAKOBS do consentimento não final e da atuação a próprio risco, por sua vez, distanciam-se das demais não apenas quanto aos fundamentos, mas também quanto à importância da perspectiva subjetiva da vítima, admitindo o afastamento do injusto penal em maior medida.

3.2.1 A equiparação à autocolocação em perigo (Roxin)

Na colocação em perigo do titular do bem jurídico aceita por este – em que se expõe, de forma plenamente consciente, ao perigo criado por outrem –, segundo ROXIN, não é adequada a impunidade em caráter geral, afirmando-se, em princípio, a responsabilidade penal do agente.[510]

A diversidade do tratamento jurídico-penal, nesse caso, ante a participação em autocolocação em perigo, justifica-se porque o ofendido "traz para si algo imprevisível, que não pode mais ser controlado ou interrompido" em um estado no qual ainda poderia sê-lo por aquele que se coloca em perigo por si mesmo, e, normalmente, "também não consegue

[509] GIMBERNAT ORDEIG, Imputación objetiva..., cit., p. 25 e 26.
[510] ROXIN, Sobre el fin..., cit., p. 59; ROXIN, Sobre a discussão..., cit., p. 564.

avaliar a capacidade do terceiro de dominar a situação de risco com a mesma precisão com que é capaz de avaliar a extensão e os limites da própria habilidade", que implicam um menor poder de evitação do resultado. Há, em outras palavras, um "déficit de controle e conhecimento" do ofendido, que exige a separação dos casos em que se expõe ao risco criado pelo agente daqueles em que cria o risco por si mesmo. Quando, por exemplo, o condutor do automóvel inicia uma manobra particularmente perigosa, o passageiro dificilmente pode interferir e encerrá-la por meio de uma manifestação de vontade, mormente tendo em vista que esse desdobramento se dá em frações de segundos, além de ser duvidoso que o condutor atenderia a sua solicitação.[511]

Não obstante, segundo ROXIN, é possível estabelecer exceções à regra da punição da heterocolocação em perigo consentida, quando a intervenção do titular do bem jurídico na produção do resultado puder ser considerada equivalente, sob todos os aspectos relevantes, a uma autocolocação em perigo. São aplicáveis, então, analogicamente, as regras correspondentes a esta situação, estendendo-se a impunidade também a outras – analogia que considera admissível, porque implica efeitos favoráveis ao agente e, ademais, natural, porque há uma similaridade entre as hipóteses em referência, a ponto de que alguns doutrinadores não veem diferença entre elas.[512]

Dessa forma, segundo ROXIN, cumpre aferir até que ponto o tipo penal, conforme o seu fim de proteção, abrange a heterocolocação em perigo consentida. Diante do mencionado "déficit de controle e conhecimento" do titular do bem jurídico, a equiparação de sua contribuição a uma autocolocação em perigo deve vincular-se à exigência de uma compensação dessa lacuna por uma responsabilidade de igual valor pela criação do risco.[513]

Assim, ROXIN indica que há essa equiparação e, portanto, a heterocolocação em perigo, não se insere no alcance do tipo penal, sob três pressupostos, diante dos quais se pode afirmar que o ofendido "assumiu o risco": ele deve ser consciente do risco na mesma medida que quem o cria; a lesão deve ser consequência do risco aceito e não de fatos adicionais; e, por fim, ele deve ter a mesma responsabilidade pela atuação comum que quem cria o risco.[514]

Os dois primeiros pressupostos assinalados por ROXIN não suscitam dificuldades de compreensão e aceitação na doutrina, pois também estão presentes em outras propostas de tratamento do que caracteriza como heterocolocação em perigo consentida. Assim, por exemplo, se o passageiro pede ao condutor do veículo que dirija em velocidade superior à

[511] ROXIN, Sobre a discussão..., cit., p. 568.
[512] ROXIN, Sobre el fin..., cit., p. 60; ROXIN, Sobre a discussão..., cit., p. 578.
[513] ROXIN, Sobre a discussão..., cit., p. 569.
[514] ROXIN, Sobre el fin..., cit., p. 60 e 61; ROXIN, *Derecho Penal*, cit., p. 395.

permitida, a morte ou a lesão corporal sobrevindas como consequência da velocidade excessiva não são imputáveis a este; por outro lado, se o passageiro não conhece fatores que aumentam o risco ou se o acidente decorre de outras falhas na condução, independentes do risco aceito, o condutor deve responder pelo resultado.[515]

O terceiro pressuposto – a responsabilidade equivalente do ofendido – no entanto, dada a vagueza dos termos em que é enunciado, foi criticado ou mesmo ignorado[516] em algumas apreciações doutrinárias da construção de ROXIN. Procurando esclarecê-lo, em estudos recentes, o autor assinala que "quem se expõe a um perigo criado por outrem tem a mesma responsabilidade que este quando assume o risco por decisão própria e livre ou seja, sem ter sido pressionado por aquele que coloca em perigo ou ter se submetido à vontade do mesmo".[517]

ROXIN cita diversos exemplos que permitem uma melhor compreensão desse requisito.[518] Se alguém pressiona um motorista incapaz de dirigir, devido ao consumo de bebidas alcoólicas, a deixá-lo entrar no carro, caso ocorra um acidente como consequência do estado de embriaguez em que este se encontra, a heterocolocação em perigo consentida equipara-se a uma autocolocação em perigo autorresponsável e consciente e, portanto, o resultado não é imputável ao motorista; se, pelo contrário, é o motorista quem convence o passageiro a entrar no carro, deve responder por homicídio ou lesão corporal culposos. No mencionado caso do Rio Memel, o barqueiro não deveria ser punido pela morte dos viajantes, uma vez que os alertou insistentemente dos riscos da travessia, tentando dissuadi-los de realizá-la, e apenas se deixou convencer diante da pressão deles, colocando a própria vida em risco para lhes fazer um favor. Se, no entanto, o barqueiro lhes houvesse convencido a atravessar o rio, ignorando as suas ponderações, deveria ser condenado por homicídio culposo. Em caso de transmissão de AIDS apresentado à jurisprudência alemã, em que a mulher impôs a sua vontade de manter relações sexuais desprotegidas com o acusado, a despeito de ele havê-la alertado, diversas vezes, acerca de sua infecção, dos riscos de contágio, das possíveis consequências fatais da doença e da inexistência de possibilidades de cura, também deveria afastar-se a responsabilidade penal. A solução deveria ser outra se, pelo

[515] ROXIN, Sobre el fin..., cit., p. 60 e 61; ROXIN, *Derecho Penal*..., cit., p. 395.
[516] Nesse sentido, Gandara Vallejo assinala que os critérios de Roxin para determinar quando uma colocação em perigo alheia consentida é equivalente, sob todos os aspectos relevantes, a uma autocolocação em perigo, coincidem com as exigência do consentimento, ou seja, que o resultado acontecido seja produto do risco assumido de forma consciente pela vítima. Assim, entende possível afirmar que esses critérios não se referem a casos excepcionais. Cf. GANDARA VALLEJO, *Consentimiento*..., cit., p. 144 e 145.
[517] ROXIN, Sobre a discussão..., cit., p. 579 e 580.
[518] ROXIN, Sobre a discussão..., cit., p. 579.

contrário, a iniciativa de manter relações sexuais desprotegidas houvesse partido do acusado, que se aproveitasse do amor de sua namorada para satisfazer a própria vontade.[519] Por outro lado, no referido caso do teste de aceleração, o condutor deveria responder pela morte dos passageiros, embora todos estivessem de acordo com o teste e fossem igualmente responsáveis por sua realização, porque a sua anuência não se estenderia à manobra de tripla ultrapassagem com alto risco de vida e, ainda que se pretendesse estendê-la a todos os riscos que surgissem durante o percurso, o condutor ainda teria uma responsabilidade muito maior pela manobra que ocasionou o resultado. Se o passageiro, porém, incita o condutor a praticar a manobra e o apoia durante a sua execução, tem a mesma responsabilidade que ele e, portanto, ele não deve ser punido.[520] As circunstâncias que caracterizam a responsabilidade equivalente têm, segundo ROXIN, um papel de destaque na jurisprudência, conquanto as decisões não sejam fundamentadas com base em suas considerações.[521]

Através das exigências assinaladas para a equiparação, segundo ROXIN, o menor poder de evitação do titular do bem jurídico que se expõe ao perigo criado por outrem é compensado pela incondicionada vontade de realizar a ação.[522] Assim, a distinção entre autocolocação em perigo e heterocolocação em perigo consentida é apenas o primeiro passo para a solução dos casos de intervenção do ofendido, como delimitação inicial do marco dogmático que fundamenta a impunidade da conduta do agente – o "alcance do tipo".

Frente às abordagens que tratam da heterocolocação em perigo consentida na dogmática do crime culposo, ROXIN destaca que sua proposta permite situá-la na teoria da imputação objetiva e, assim, introduzir considerações semelhantes também no delito doloso. Dessa forma, mesmo em caso de dolo eventual do agente a respeito do resultado, é possível concluir que sua conduta será impune, atendidos os mencionados pressupostos.[523]

A proposta de ROXIN foi acolhida pelo TS Espanhol, ao julgar o referido caso em que o acusado, aceitando o desafio da vítima, disparou uma arma de fogo visando uma garrafa que ela tinha em mãos, mas a atingiu, o que resultou em sua morte. Na fundamentação da decisão, o tribunal qualificou o fato como uma heterocolocação em perigo consentida e

---

[519] ROXIN, Sobre a discussão..., cit., p. 580; ROXIN, La polemica..., cit., p. 18. Semelhante, ROXIN, *Derecho Penal*, cit., p. 395 e 396.
[520] ROXIN, Sobre a discussão..., cit., p. 581 e 582; e ROXIN, *Derecho Penal*, cit., p. 395 e 396.
[521] ROXIN, *Derecho Penal*, cit., p. 398.
[522] ROXIN, Sobre a discussão..., cit., p. 579.
[523] ROXIN, *Derecho Penal*, p. 398. Na doutrina nacional, diverge expressamente desse posicionamento D'Ávila, que trata as heterocolocações em perigo de acordo com uma ideia de consentimento, mas no marco da imputação objetiva, também com base no fim de proteção da norma. Segundo o autor, em caso de dolo eventual do agente, a impunidade exigiria a disponibilidade do bem jurídico para a exclusão da imputação objetiva, de modo que, em caso de morte, o agente deve responder por crime de homicídio doloso consentido. D'ÁVILA, *Crime culposo*..., cit., p. 75 e 76.

assinalou que, excepcionalmente, poderia afastar-se a responsabilidade do agente, por aplicação dos critérios de imputação objetiva referidos ao fim de proteção da norma, se equivalente à criação do risco para si mesma pela própria vítima. No caso, no entanto, o tribunal confirmou a condenação por homicídio culposo, considerando que, ao disparar no instante em que a vítima se moveu, o agente introduziu, sem prévio aviso do momento da ação, um fator elevador do risco, o que afasta a equivalência que poderia eliminar a imputação objetiva.

Na doutrina nacional, os autores que seguem, em linhas gerais, a proposta de ROXIN a respeito da intervenção do ofendido também apresentam exemplos semelhantes de equiparação, observando os parâmetros traçados pelo professor alemão.[524]

Sinteticamente, então, ROXIN estabelece uma diferença básica entre a autocolocação em perigo e a heterocolocação em perigo consentida do titular do bem jurídico, assinalando que, na primeira, afasta-se a imputação objetiva do resultado aos demais intervenientes, enquanto, na segunda, em princípio, a sua conduta seria punível. No entanto, admite que, atendidos determinados pressupostos, a heterocolocação em perigo consentida se equipara à autocolocação em perigo e, portanto, deve receber o tratamento dispensado a esta. Assim, o resultado também não seria objetivamente imputável àquele que coloca em perigo o titular do bem jurídico, com o seu consentimento, presentes circunstâncias que compensem o hiato que se verifica entre as duas situações.

À parte argumentos que podem contrariar a premissa de que não se afasta, em princípio, a responsabilidade penal do agente na heterocolocação em perigo consentida, a proposta de ROXIN submete-se a objeções em face das razões que assinala para a diversidade das hipóteses que insere no marco do "alcance do tipo penal".

Primeiramente, os dados que ROXIN considera decisivos para a separação dos grupos de casos e que determinam a punibilidade, como regra, da heterocolocação em perigo consentida – déficit de controle do ofendido sobre o curso dos acontecimentos e de conhecimento sobre as capacidades do agente – não concorrem em muitos dos exemplos que qualifica como tal. O déficit pode ser visualizado sobretudo em acidentes de trânsito e outros casos similares, em que aquele que conduz o veículo controla a medida em que se incrementam ou reduzem os riscos a que submete o ofendido. No contágio de AIDS por meio de relação sexual ou no consumo de substâncias entorpecentes, por outro lado, o ofendido pode controlar o risco e conhecer a probabilidade de que se realize o resultado na mesma

[524] Cf. SANTOS, *A moderna teoria*..., cit., p. 112 e s.; TAVARES, *Teoria do crime culposo*, cit., p. 375 e ss.

medida que o agente, ou, inclusive, em maior medida, se, por exemplo, tem conhecimento de fatores que a elevam.

Ademais, as circunstâncias que, segundo ROXIN, autorizam a equiparação, permitindo a aplicação do regime jurídico-penal da autocolocação em perigo à heterocolocação em perigo consentida, por analogia, não promovem uma maior aproximação entre essas hipóteses em vista dos fatores que considera determinantes para a diversidade de tratamento.

As exigências de que o ofendido tenha o mesmo conhecimento do risco que o agente e de que o risco que se realiza no resultado seja o mesmo no qual consentiu não diferem daquelas indicadas, em linhas gerais, pelo setor da doutrina que defende a impunidade da heterocolocação em perigo com base no consentimento, tese que ROXIN rejeita. O fator que permite passar da punição para a impunidade, é, então, principalmente, a "responsabilidade equivalente do ofendido" pelo resultado. Diante dos exemplos de equiparação mencionados, esse requisito é atendido quando ele induz, instiga, provoca ou convence o agente a realizar a conduta que cria o risco desaprovado que culmina na lesão. Essas circunstâncias, no entanto, não modificam os aspectos deficitários destacados.

Se, por exemplo, o ofendido convence o condutor a aceitá-lo em seu carro como passageiro, sabendo que ele se encontra em estado de embriaguez, não tem um domínio maior sobre o subsequente desenvolvimento, tampouco um conhecimento maior sobre as suas capacidades do que quando entra no carro à instância deste. GARCÍA ÁLVAREZ também destaca a disparidade entre os fatores relevantes para a diferenciação e aqueles que autorizam a equiparação, asseverando que, se há um âmbito no qual a afirmação de que o ofendido não pode apreciar as capacidades do outro para dominar situações arriscadas como poderia apreciar as suas próprias "pode ter algum sentido, é no automobilístico, no qual ele [ROXIN] admite, sem embargo, [...] a equiparação com as autocolocações em perigo e, portanto, a impunidade do condutor".[525]

Diante da proposta de LUZÓN PEÑA de equiparar à autocolocação em perigo os casos em que há uma coautoria entre os envolvidos, de modo a valorizar o controle do risco pela vítima,[526] ROXIN admite que essa possibilidade de controle pode ser uma circunstância indicativa de uma responsabilidade de igual nível pelo acontecimento, mas não que possa valer como critério decisivo, destacando que a equiparação tem por base sobretudo a circunstância de que o titular do bem jurídico seja o "único e decisivo" iniciador da empresa

[525] GARCÍA ÁLVAREZ, *La puesta en peligro*..., cit., p. 67.
[526] LUZÓN PEÑA, Principio de alteridade..., cit., p. 35.

arriscada.[527] Diante das particularidades da heterocolocação em perigo que, a seu ver, determinam que seja punível, como regra, no entanto, não se compreende o motivo pelo qual esse seria o fator decisivo para a equiparação.

Por outro lado, o pressuposto da responsabilidade equivalente do titular do bem jurídico carece ainda de maior desenvolvimento, tendo em vista casos que se situam em zonas limítrofes entre aqueles em que, inequivocamente, faz-se presente ou não. Em conformidade com exemplos de ROXIN, se a vítima, a despeito das advertências do agente acerca do risco de contágio de AIDS, insiste em manter relações sexuais desprotegidas, a heterocolocação em perigo consentida se equipara à autocolocação em perigo, excluindo-se a imputação objetiva; se, por outro lado, é o agente quem insiste, exigindo uma prova de amor ou ameaçando pôr fim ao relacionamento, e a vítima cede, não. Entre uma situação e outra, no entanto, pode haver casos, talvez os mais comuns na prática, em que a resposta não se afigura clara, porque não se verifica uma pressão do agente sobre a vítima, sobre os quais ROXIN não se manifesta.

Os termos em que é enunciado esse pressuposto, destacando-se a assunção do risco por livre decisão do ofendido, sem submissão à vontade do agente, sugerem a equiparação nesses casos intermediários, com a consequente exclusão da imputação objetiva. Essa resposta implicaria uma significativa aproximação entre a construção de ROXIN e as propostas que tomam por base o consentimento, que, no entanto, são reiteradamente rechaçadas por ele. Esse requisito da equiparação permanece, assim, inseguro quanto a seu alcance.

Se, contudo, a exigência de uma responsabilidade equivalente, tal como concretizada nos diversos exemplos citados, deriva de uma preocupação com a plena liberdade da manifestação de vontade do ofendido, ressaltando-se, como fator relevante para a impunidade do agente, uma exteriorização inequívoca do consentimento acerca da realização da conduta, a circunstância de qual dos intervenientes influencia a decisão do outro, em princípio, não parece decisiva. Como assinala STRATENWERTH, "trata-se de condutas e relações de pessoas adultas com capacidade de juízo que, voluntariamente, podem levar a cabo de forma conjunta uma atividade arriscada".[528]

De todo modo, a possibilidade de equiparação, que leva a admitir, em alguma medida, a impunidade da heterocolocação em perigo consentida, demonstra que a distinção entre esta

[527] ROXIN, La polemica..., cit., p. 17.
[528] STRATENWERTH, Heteropuesta en peligro consentida..., cit., p. 7.

e a autocolocação em perigo não representa uma barreira taxativa para a aferição da responsabilidade penal do agente.

Diante dessa observação e das dificuldades que se apresentam ao buscar-se traçar uma linha divisória entre essas duas constelações de casos, uma parte crescente da doutrina questiona, a partir de distintas perspectivas, a premissa de que a heterocolocação em perigo consentida seria, como regra, punível. Nesse viés, destaca-se que, também ao expor-se a perigo criado por terceiros, em alguma medida, o titular do bem jurídico se autocoloca em perigo.[529] Os demais caminhos apresentados para tratar dessa questão tendem a admitir, com maior alcance, que a sua intervenção afasta o injusto penal, embora as respostas a diversos problemas que suscitam divergências entre seus defensores possam levar, em última análise, a uma orientação oposta.

3.2.2 O consentimento na ação arriscada

A inserção da intervenção do titular do bem jurídico em atividades arriscadas no âmbito do consentimento, quer como excludente da tipicidade, quer como excludente da antijuridicidade, recebe grande destaque na doutrina e na jurisprudência. Essa orientação é, também, expressamente acolhida pelo art. 50 do CP Italiano, segundo o qual "não é punível quem lese *ou coloque em perigo um direito*, com o consentimento da pessoa que pode validamente dispor".[530]

Diversamente de outras vertentes dogmáticas, essa possibilidade de fundamentar o afastamento do injusto penal, quando o ofendido se expõe, consciente e voluntariamente, ao risco proveniente da conduta do agente, não passou a ser explorada apenas em data recente, inserindo-se, tradicionalmente, na controvérsia doutrinária sobre o objeto do consentimento no delito culposo.

Tendo em vista que essa discussão precede a consolidação da divisão entre participação em autocolocação em perigo e heterocolocação em perigo como *topos* de solução de casos problemáticos, que apenas se tornou referência frequente entre aqueles que se ocupam do tema nas últimas décadas, a doutrina não delimitava, expressamente, o

[529] GANDARA VALLEJO, *Consentimiento*..., cit., p. 145; STRATENWERTH, Heteropuesta en peligro..., cit., p. 4.
[530] No original: "Art. 50. Non è punibile chi lede o pone in pericolo um diritto, col consenso dela persona che può validamente disporne".

questionamento da eficácia do consentimento à segunda. No debate hodierno, uma vez aceita essa distinção, o consentimento diz respeito à heterocolocação em perigo.[531] Não obstante, entre os defensores desse caminho para o tratamento das repercussões da intervenção do ofendido, sobretudo aqueles que admitem um grande alcance à relevância do consentimento, a distinção apontada apresenta uma importância reduzida, uma vez que não se associa a respostas diferenciadas a respeito da responsabilidade penal de terceiros.[532]

Os primeiros desenvolvimentos que se ocuparam da questão do objeto do consentimento delinearam duas respostas básicas que, em linhas gerais, continuam a balizar o debate: a teoria da ação, segundo a qual basta que o consentimento se reporte à ação arriscada; e a teoria do resultado, conforme a qual deve abranger, também, o resultado. Quanto ao delito doloso, é pacífico o entendimento de que o consentimento tem por objeto não apenas a ação, mas também o resultado. A controvérsia se verifica sobretudo quanto ao delito culposo.

Nesse âmbito, é da primeira corrente – a teoria da ação – que decorre a solução dos casos de heterocolocação em perigo consentida com base no consentimento do titular do bem jurídico. É certo que, diversamente da hipótese analisada no capítulo anterior, ao consentir em expor-se à conduta arriscada de terceiro, ele quer apenas a realização de uma conduta que acarreta um risco, mas, usualmente, confia que o resultado não irá produzir-se. Por exemplo, aquele que pede carona a um amigo que se encontra em estado de embriaguez, que consente no contato sexual desprotegido com pessoa infectada pelo vírus HIV, ou que solicita a outrem que lhe aplique uma injeção de heroína não quer morrer ou sofrer lesões corporais, embora conheça o risco desse desdobramento. A despeito dessa diferença, essa tese assinala que, no

---

[531] Muitos autores tomam como ponto de partida, expressamente, essa diferenciação. Nesse sentido, MIR PUIG, *Derecho Penal*, I, cit., 512; MIR PUIG, Sobre el consentimento..., cit, p. 263 e ss.; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *El consentimiento*..., cit., p. 56 e 57, GARCÍA ÁLVAREZ, *La puesta en peligro*..., cit., passim. Andrade, embora rejeite o consentimento como instância de enquadramento dogmático da heterocolocação em perigo consentida, também adota essa perspectiva. Cf. ANDRADE, *O consentimento*..., cit., p. 283.

[532] Nesse sentido, Stratenwerth critica as colocações de Roxin e do BGH sobre a distinção entre autocolocação em perigo e heterocolocação em perigo consentida, de modo a estabelecer um tratamento diferenciado ao agente – a impunidade, no primeiro caso, e a punibilidade, em princípio, no segundo. O autor assinala que quando, nos delitos culposos, não se pode traçar uma linha divisória entre autoria e participação, tampouco pode dizer-se sobre a delimitação entre autocolocação em perigo e heterocolocação em perigo consentida, sendo indiferente o fato de que, de acordo com uma descrição do transcurso externo dos fatos, alguma intervenção possa aparecer como uma participação no acontecimento perigoso. A referência ao padrão estabelecido positivamente quanto ao suicídio e ao homicídio consentido, a seu ver, não seria suficiente para justificar a conclusão, pois, nesse âmbito, a distinção é compreensível, mas não na colocação em perigo. Cf. STRATENWERTH, Heteropuesta en peligro..., cit., p. 4 e 5. De forma semelhante, Gandara Vallejo questiona até que ponto a vítima não está realizando, por si mesma, uma ação perigosa, quando expõe seu próprio corpo a perigo, sobretudo se se considera que essa circunstância lhe confere certo domínio sobre o desenvolvimento dos acontecimentos, o que coloca em dúvida se realmente vale a pena falar em casos excepcionais de heterocolocação em perigo consentida equiparável à autocolocação em perigo. Cf. GANDARA VALLEJO, *Consentimiento*..., cit., p. 145 e 146. Semelhante, ALEJANDRO, El consentimento..., cit., p. 317.

delito culposo, o consentimento do ofendido na ação arriscada ou no risco pode afastar a responsabilidade penal do agente, independentemente de uma referência subjetiva ao resultado eventualmente produzido.

A teoria da ação procura, dessa forma, assegurar um âmbito de eficácia ao consentimento no delito culposo, porquanto, caso se exija que a manifestação de vontade do titular do bem jurídico alcance também o resultado, e não apenas a ação, essa figura seria virtualmente inexpressiva na prática.[533] Tendo em vista, precisamente, que, quando a vítima concorda em expor-se a determinado perigo, raramente quer a morte ou lesão que se verificam como consequência, aqueles que erigem o resultado a objeto necessário do consentimento precisam recorrer a outros argumentos para sustentar, em um maior ou menor número de casos, a impunidade do agente que intervém juntamente com ela, realizando a conduta que a expõe a risco.

Seguindo a perspectiva em estudo, um amplo setor da doutrina sustenta que basta, para afastar o injusto penal, que o titular do bem jurídico consinta na ação de outrem, desde que esteja consciente do risco e de que o resultado decorra, precisamente, do risco no qual consentiu, prescindindo-se da extensão da vontade às possíveis consequências.[534] Há variações nessa teoria acerca do objeto do consentimento: enquanto alguns autores destacam a conduta em si mesma, outros privilegiam o risco que a conduta cria ou aumenta. As fronteiras entre essas vertentes são, no entanto, inseguras e suas formulações são sincréticas e equívocas.[535]

Há divergências, ademais, acerca de como o consentimento do titular do bem jurídico pode afetar o injusto penal. À parte a discussão já abordada[536] sobre a sua localização sistemática na teoria do delito, que assinala a sua eficácia ora no plano da tipicidade, ora no plano antijuridicidade, o consentimento na ação arriscada também é tratado como fator que pode infirmar, na sistemática do delito culposo, a violação de um dever objetivo de cuidado,

---

[533] BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, *El delito de lesiones...*, cit., p. 79; GARCÍA ÁLVAREZ, *La puesta en peligro...*, cit., p. 427; MIR PUIG, *Derecho Penal*, I, cit., p. 511; MIR PUIG, Sobre el consentimento..., cit., p. 265.

[534] Entre aqueles que se manifestam a favor de estabelecer a ação ou o risco como objeto do consentimento, com relação à constelação de casos em referência, embora no marco de distintas construções dogmáticas, cf., dentre outros: JESCHECK, *Derecho Penal*, I, cit., p. 536 e ss.; STRATENWERTH, *Derecho Penal*, cit., p. 427; STRATENWERTH, Heteropuesta em peligro..., cit., *passim;* WELZEL, *Derecho Penal Alemán*, cit., p. 117; BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, El delito de *lesiones...*, cit., p. 76 e ss.; BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, El consentimento..., cit., p. 56 e ss.; CEREZO MIR, *Obras Completas*, I, cit., p. 776 e ss.; CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente...*, cit., p. 552 e ss.; GARCÍA ÁLVAREZ, La puesta en peligro..., cit., p. 427 e ss.; MIR PUIG, *Derecho Penal*, I, cit., p. 511 e ss.; MIR PUIG, Sobre el consentimento..., cit., *passim.*

[535] Nesse sentido, ANDRADE, *O consentimento...*, cit., p. 321;

[536] Cf. Capítulo 2, item 2.2.3.

e, por uma doutrina minoritária, como critério de imputação objetiva, afastando a criação de um risco juridicamente desaprovado.[537]

A impunidade do conduta agente que cria o risco em decorrência do consentimento do ofendido é, com frequência, justificada de forma vaga. Dentre os autores que defendem esse ponto de vista, poucos se ocupam de apresentar argumentos a favor dessa conclusão, limitando-se a declarar que o consentimento do ofendido também se aplica aos delitos culposos e que basta que se refira à ação arriscada ou ao risco. Não obstante, em linhas gerais, a sua relevância no marco do injusto penal, nesse caso, é fundamentada com base em considerações acerca da liberdade,[538] da autorresponsabilidade[539] ou do livre desenvolvimento da personalidade do titular do bem jurídico,[540] pontos de vista que subjazem a essa figura. Argumenta-se, ademais, que, uma vez afirmada a faculdade de autocolocar-se em perigo, não há razão para negar-se a faculdade de expor-se a perigos que procedem de terceiros, com plena consciência da limitada capacidade de controle sobre a produção ou evitação do resultado.[541]

Parte da doutrina que defende a teoria da ação associa-a a uma concepção do delito culposo que destaca o desvalor da ação. Nessa perspectiva, se o injusto penal se fundamenta no desvalor da ação, e o resultado ocupa uma posição secundária ou constitui mera condição objetiva de punibilidade, não é imprescindível que o consentimento se refira também ao resultado que possa ter lugar em concreto para que seja eficaz.

Seguindo essa corrente, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE ressalta que, no delito culposo, por meio da incriminação, o ordenamento jurídico pretende impedir a produção de ações que infrinjam um dever objetivo de cuidado, de modo que o injusto penal consiste não na lesão de um bem jurídico, mas na realização dessa ação. Em face dessa estrutura, "o consentimento no risco faz com que este comportamento fique fora do âmbito penal". A seu ver, exigir que o consentimento se referisse ao resultado implicaria aceitar que se protege o

---

[537] Conforme García Álvarez, "si la vida es, unicamente, puesta en peligro, podremos negar que se cree un riesgo jurídicopenalmente relevante para este bien jurídico y, por tanto, la tipicidade de tal conducta, si dicho acto de disposición es expresión del libre desarrollo de la personalidade de su titular y el terceiro se limita a actuar dentro de lo consentido". Trata-se de exclusão da tipicidade por exclusão da imputação objetiva. GARCÍA ÁLVAREZ, *La puesta en peligro...*, cit., p. 432 e 513. Também parece ser esse o entendimento de D'Ávila, embora o autor mencione elementos da construção de Roxin, pois, nas soluções que apresenta, aproxima-se mais de uma vertente que tem por base o consentimento relativo à conduta descuidada, inserido no marco da teoria da imputação objetiva. D'ÁVILA, *Crime culposo*, cit., p. 72 e ss. Cf. também CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente...*, cit., p. 552 e ss.

[538] BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, *El delito de lesiones*, cit., p. 80 e 81.

[539] STRATENWERTH, *Derecho Penal*, cit., p. 427 e 428.

[540] MIR PUIG, *Derecho Penal*, I, cit., p. 511 e 512.

[541] STRATENWERTH, Heteropuesta en peligro..., cit., p. 7 e 8.

bem jurídico acima da vontade de seu titular, e, ademais, introduzir no tipo penal culposo um elemento que lhe é estranho.[542]

Nessa linha, SCHAFFSTEIN entende que a tese, acolhida, majoritariamente, na doutrina e na jurisprudência alemãs, segundo a qual, no delito culposo, o que interessa para a justificação é o consentimento na colocação em perigo e, não, no resultado produzido, implica *per se* uma tomada de postura sobre o papel do desvalor da ação e do desvalor do resultado nesse âmbito, pois o consentimento na ação anula apenas o respectivo desvalor. Conforme o autor, reconhecer ao desvalor do resultado uma função equiparável à do desvalor da ação demandaria a referência do consentimento também ao resultado para a exclusão do injusto penal; somente se compreende que basta a referência à colocação em perigo se o delito culposo se fundamenta apenas no desvalor da ação.[543]

Não obstante, dentre os autores que defendem a teoria da ação, muitos adotam uma concepção do delito culposo fundamentada no desvalor da ação e no desvalor do resultado.

Contra as colocações de SCHAFFSTEIN, STRATENWERTH destaca que essa tese acerca do objeto do consentimento não implica, necessariamente, um injusto penal calcado apenas no desvalor da ação, porquanto se, no delito culposo, está neutralizado o desvalor da ação, o desvalor do resultado já não pode fundamentar, por si só, o injusto jurídico-penalmente relevante no sentido do correspondente tipo penal. Nesse caso, o consentimento se refere apenas à ação, porque ela está dirigida somente ao risco correspondente, e não ao resultado. Assim, as distintas exigências para a eficácia do consentimento nos delitos dolosos e culposos decorrem da diversa relação entre a ação e o resultado em cada um, e não da irrelevância do resultado na fundamentação do delito culposo.[544]

De forma semelhante, assevera CEREZO MIR que, embora o injusto do delito culposo apenas se constitua com o acréscimo do desvalor do resultado ao desvalor da ação, uma vez que, diversamente do delitos doloso, o resultado não pertence à ação, o consentimento relativo à ação que viola o dever objetivo de cuidado pode operar como excludente da antijuridicidade.[545]

No mesmo sentido, HIRSCH observa, ademais, que as causas de justificação sempre se referem a uma ação contrária à norma, de modo que, no consentimento justificante em um fato culposo, não se chega ao desvalor do resultado; se a ação que infringe o cuidado

---

[542] BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, *El delito de lesiones,* cit., p. 76 a 81; BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, El consentimiento..., cit., p. 56 e ss.
[543] SCHAFFSTEIN, Disvalor de acción..., cit., p. 230.
[544] STRATENWERTH, *Disvalor de acción*..., cit., p. 64 a 66.
[545] CEREZO MIR, *Obras Completas,* I, cit., p. 776 e 777.

objetivamente devido está coberta pelo consentimento eficaz, fica suprimida a antijuridicidade do fato, porque a ação está justificada frente a quem consente.[546]

Um ponto que enseja grandes controvérsias entre os partidários da remissão da heterocolocação em perigo à instância dogmática do consentimento se encontra no alcance de sua eficácia, mormente quanto às restrições legais à disponibilidade de bens jurídicos. A questão é problemática sobretudo quando se trata da vida, tendo em vista que muitos dos casos práticos relevantes envolvem a criação de um risco que se realiza na morte daquele que se expõe, consciente e voluntariamente, à conduta do agente.

Uma orientação admite a incidência dos limites que o ordenamento jurídico estabelece, em geral, à eficácia do consentimento do titular do bem jurídico também àquele que diz respeito à colocação em perigo e, em especial, nega-a quando a consequência é a morte. Nesse viés, entende-se que, para determinar se o consentimento pode afastar o injusto penal, é necessário ponderar seus motivos e finalidades, com consideração detalhada do contexto do fato. Outra corrente, no entanto, desconsidera esses limites nesse âmbito, restringindo-os ao consentimento relativo ao próprio resultado.

Embora não siga um posicionamento constante, o BGH já denegou a eficácia do consentimento em lesões vinculadas a um risco para a vida em diversas ocasiões, como, por exemplo, em caso de injeção de heroína a pedido do toxicômano e de estrangulamento sadomasoquista a pedido da parceira, remetendo-se ao fim de proteção da norma do §228 e às valorações do legislador deriváveis do §216, do StGB.[547] Ademais, em decisão polêmica, em caso no qual o acusado, ao conduzir um ciclomotor acompanhado de três amigos, perdeu o controle do veículo, provocando um acidente que resultou em lesões leves para ele e dois dos passageiros e na morte de outro, o BGH revogou a condenação por crimes de lesões corporais culposas, considerando-as justificadas pelo consentimento, mas manteve a condenação por crime de homicídio culposo, sob o argumento de que é irrelevante o consentimento a respeito da morte, embora todos os envolvidos hajam consentido na realização da mesma conduta criadora do risco que se realizou nos diversos resultados.[548]

Por outro lado, embora seja rechaçada a força justificante do consentimento diante da morte daquele que consente na colocação em perigo, outras decisões encontradas na jurisprudência alemã admitem que o consentimento pode afastar a infração de um dever objetivo de cuidado e, assim, o crime de homicídio culposo. No já mencionado caso do

---

[546] HIRSCH, Sobre lo injusto..., cit., p. 228.
[547] Cf. STRATENWERTH, Heteropuesta en peligro..., cit., p. 8 e 9.
[548] BGH, MDR 1959, 856. Cf. CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima*..., cit., p. 33, 34.

barqueiro que, durante uma tormenta, empreendeu a travessia do Rio Memel a pedidos insistentes dos passageiros que resultaram afogados, o RG o absolveu, aduzindo que o fato de que ambas as vítimas conheciam o risco da travessia na mesma medida que ele faz desaparecer a infração de dever característica da culpa. O BGH também mantém aberta essa "via de escape" para superar o obstáculo da indisponibilidade da vida ao afastamento da responsabilidade penal, em consonância com essa decisão do RG, quando a vítima aceita o perigo com claro conhecimento do mesmo e o agente cumpre suficientemente seu dever geral de cuidado.[549]

O TS Espanhol, na fundamentação de sua decisão no citado caso da garrafa, também afastou a eficácia do consentimento diante da indisponibilidade do bem jurídico. Antes de examinar outras possibilidades de solução, no marco da teoria da imputação objetiva, o tribunal descartou a possibilidade de eximir o agente de responsabilidade penal pela concorrência do consentimento do ofendido na ação arriscada, sob o argumento de que não poderia afetar a sua culpa, porque a vida não é um bem jurídico disponível.

Na doutrina, a questão é controvertida. Conforme JESCHECK, assim como no crime doloso, no crime culposo, o bem jurídico deve encontrar-se no âmbito da faculdade de disposição do titular, de modo que careceria de eficácia o consentimento no perigo que, relativo a uma vida individual, desemboca na morte, mas seria admissível o consentimento no perigo para a integridade física, nos limites do §228.[550] Submete-se, dessa forma, a responsabilidade penal do agente às restrições legalmente estabelecidas à disponibilidade de bens jurídicos por seu titular.[551]

De outro lado, parte da doutrina desconsidera essas limitações quanto ao consentimento na colocação em perigo. Ao vincular-se o consentimento à ação ou ao risco, e não a suas eventuais consequências, acredita-se possível evitar a contradição entre a impunidade da conduta do agente e as normas que limitam a disponibilidade de bens

---

[549] Conforme excerto citado por Cancio Meliá, (BGHSt 4, 93), uma das razões pelas quais "...la destrucción de una vida humana es amenazada de pena... [es] la protección de todos..., por lo que en el ámbito de los [delitos] contra la vida el consentimiento del lesionado... carece, en principio, de relevância jurídica. Sin embargo, bajo determinadas circunstancias puede suceder que haya de negarse que concurra la contrariedade a dever de un comportamento, cuando alguien ha assumido un determinado riesgo aprehendiéndolo con claridade...". Cf. CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima...*, cit., 155 e 156 (nota de rodapé). Roxin indica que essas considerações foram concretizadas no sentido de que a infração do dever "depende das circunstâncias do caso" (BGHSt 7, 115), devendo-se prestar especial atenção a: "el eventual asentimiento de personas totalmente responsables en el peligro claramente reconocido; motivo y finalidade de la empresa, así como la medida de la falta de cuidado y la magnitude del peligro". Roxin indica, ademais, que, na ponderação do caso concreto, na maioria das vezes, a jurisprudência parte da premissa de que concorre uma vulneração do dever de cuidado se a empresa arriscada infringe uma expressa proibição jurídica. Cf. ROXIN, *Derecho Penal*, cit., p. 394.

[550] JESCHECK, *Derecho Penal*, cit., p. 536 e 537.

[551] No mesmo sentido, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *El delito de lesiones*, cit., p. 56. Referindo-se apenas à vida, CEREZO MIR, *Obras completas*, I, cit, p. 777.

jurídicos, assegurando-lhe, assim, um âmbito de eficácia maior. Nessa perspectiva, uma vez que, nos delitos culposos, o consentimento não se refere ao resultado, não se condiciona à disponibilidade ou indisponibilidade do bem jurídico atingido.[552]

A favor desse ponto de vista, a doutrina destaca que respeitar a vontade de expor-se a perigo não é o mesmo que respeitar a vontade de ser morto. A indisponibilidade da vida não se opõe à eficácia do consentimento, no primeiro caso, porque, embora não se dê ao indivíduo a liberdade de deixar-se matar por outro, não é restringida a sua liberdade de comportar-se perigosamente, inclusive se o perigo se dirige à vida e provém de outrem. A irrelevância do consentimento na conduta de matar não implica que deva ser igualmente irrelevante na conduta de colocar em perigo, porquanto a primeira implica a destruição da vida, e, a segunda abre possibilidades de configuração da vida e amplia os horizontes da realização pessoal.[553]

Segundo SCHAFFSTEIN, derivar a inadmissibilidade da exposição da própria vida a riscos da inadmissibilidade da disposição da própria vida, "é equivocado, como é o equiparar o suicídio com a participação em uma excursão arriscada de alta montanha, em uma corrida de automóveis ou em outros empreendimentos nos quais o atuante arrisca sua vida com claro conhecimento do perigo". Essa postura implicaria a ampliação do tipo penal do homicídio consentido, sem apoio no texto legal, a uma situação de fato totalmente distinta.[554]

STRATENWERTH destaca, também, que, na conduta culposa, o consentimento entra em consideração com maior alcance que na conduta dolosa, porque o conteúdo de injusto daquela é, em princípio, menor que o desta, inclusive em caso de resultado exterior equivalente, de modo que, mesmo quando não poderia justificar a ingerência dolosa, como no homicídio, poderia fazê-lo se não dolosa.[555]

Partindo de sua concepção do injusto penal culposo, ademais, SCHAFFSTEIN aduz que a ação não pode estar justificada pelo consentimento e tornar-se antijurídica, retroativamente, de acordo com o resultado produzido. Segundo o autor, admitir a força justificante do consentimento em caso de lesão corporal culposa, mas não em caso de homicídio culposo,

---

[552] D'ÁVILA, *Crime culposo...*, cit., p. 73 e ss.

[553] STRATENWERTH, Heteropuesta en peligro..., cit., p. 9; STRATENWERTH, *Derecho Penal*, cit., p. 427 e 428; GARCÍA ÁLVAREZ, *La puesta en peligro*..., cit., p. 512; MIR PUIG, *Derecho Penal*, I, cit., p. 511 e 512. Nessa linha, comentando o mencionado caso da garrafa, julgado pelo TS Espanhol, Mir Puig assinala que não é seguro que a vítima tenha consentido em que o disparo se efetuasse no momento em que se moveu, mas, caso concorresse o seu consentimento, a solução deveria ser a absolvição. MIR PUIG, Sobre el consentimento..., cit., p. 266 e 267.

[554] SCHAFFSTEIN, Disvalor de acción…, cit., p. 234.

[555] STRATENWERTH, Heteropuesta en peligro..., cit., p. 9; STRATENWERTH, *Derecho Penal*, cit., p. 427 e 428.

significa atribuir um efeito *ex tunc* ao resultado a respeito da antijuridicidade da ação, o que "seria contrário a toda lógica e por isso impossível".[556]

O tratamento dos casos em que o titular do bem jurídico se expõe à colocação em perigo por terceiro por meio da figura do consentimento encontra ampla adesão na doutrina e na jurisprudência, como problema pertinente sobretudo à dogmática do delito culposo, admitindo-se que a sua manifestação de vontade a respeito da ação ou do risco pode afastar o injusto penal, mesmo que não se estenda ao resultado concretamente produzido. Não obstante, não se apresenta como uma construção dogmática uniforme, tendo em vista as muitas controvérsias travadas entre seus partidários.

Esse caminho de solução a respeito da responsabilidade penal daquele que coloca em perigo o ofendido sofre diversos ataques. No entanto, uma vez que, sob a ideia básica do consentimento, agregam-se concepções divergentes quanto a determinadas questões, algumas críticas são dirigidas apenas a certos pontos de vista adotados nesse marco e, ademais, respondidas por outros defensores da mesma abordagem.

Parte da doutrina rejeita o consentimento como diretriz da solução dos casos em apreço, sob o argumento de que apenas se adequaria a uma concepção que ignore o desvalor do resultado na constituição do injusto penal. Conforme ROXIN, "um consentimento na mera colocação em perigo só poderia excluir o injusto se o resultado não fosse também componente essencial do injusto".[557] Também ANDRADE assinala que as teorias da ação se assentam na crença de que "quanto mais o ilícito penal se definir como desvalor da ação, mais o consentimento terá de circunscrever-se à ação do agente", ao que se contrapõe o peso do desvalor do resultado na definição e gradação do injusto penal.[558] No entanto, como visto, muitos dos defensores desse enfoque adotam uma concepção do delito culposo erigido sobre desvalor da ação e desvalor do resultado e, partindo dessa perspectiva, apresentam respostas plausíveis a essa crítica, destacando que, uma vez que se admita que o consentimento na ação afasta o respectivo desvalor, não pode subsistir um injusto penal com base apenas no desvalor do resultado.

Outra crítica à remissão da heterocolocação em perigo ao consentimento decorre das limitações impostas à sua eficácia quanto à disponibilidade de bens jurídicos individuais, que restringiriam sobremaneira a sua relevância prática, tendo em vista que, em muitos dos casos problemáticos, a ação cria um risco que se materializa na morte daquele que consente na sua

[556] SCHAFFSTEIN, Disvalor de acción…, cit., p. 236 e 237.
[557] ROXIN, *Derecho Penal*, cit., p. 394, 535, 1034.
[558] ANDRADE, *Consentimento*..., cit., p. 343 e 358.

realização.[559] Não obstante, entre aqueles que adotam esse posicionamento, é controverso que a eficácia do consentimento na colocação em perigo se submeta aos mesmos limites impostos à eficácia do consentimento no resultado, de modo que essa crítica também pode ser contraditada no marco teórico contra o qual se dirige.

Objeta-se que esse caminho de solução acerca da responsabilidade penal do agente levaria a restrições significativas quanto à possibilidade de afastá-la, pois qualquer comportamento que coloque em perigo um bem jurídico cuja disponibilidade é vedada ao titular não pode ficar exonerado em virtude do consentimento.[560] No entanto, os defensores dessa tese, sobretudo aqueles que tampouco rejeitam a eficácia do consentimento em caso de morte efetiva, não a afastam em face de um perigo para a vida, argumentando, pelo contrário, que o titular do bem jurídico é livre para expor-se a perigo, quer por meio de sua própria conduta, quer por meio da conduta alheia.

São relevantes, por outro lado, as objeções que tem como base o fundamento da relevância do consentimento na teoria do injusto penal, aduzidas por autores que sustentam que deve ter por objeto o resultado, e não apenas a ação ou o risco. ROXIN assinala que a exigência de uma referência estrita do consentimento ao resultado decorre de que a sua relevância se liga à disposição de um bem jurídico disponível, o que não se verifica "quando alguém quer mantê-lo para si e parte do pressuposto de que o risco a que se expõe não conduzirá ao dano".[561] De forma semelhante, ZIPF destaca que o titular apenas pode consentir enquanto a manifestação de vontade se entenda como uma renúncia ao bem jurídico, de modo que este é extraído da esfera de proteção da norma penal.[562]

Com efeito, há um hiato entre consentir no resultado e consentir na colocação em perigo que não deve ser ignorado. Não se equipara o consentimento em uma conduta arriscada ao consentimento em todos os resultados que vierem a ter lugar como desdobramento daquela, uma vez que não implica uma renúncia do ofendido a bens jurídicos de sua titularidade. Como observa ROXIN, a anuência em uma conduta que põe em risco um bem jurídico não se estende, implicitamente, à possível ocorrência do resultado.[563] Por isso, diz-se que a doutrina que adota esse caminho recorre a uma "ficção de consentimento", tergiversando o conteúdo dessa instituição.[564] Nesse caso, a relevância da intervenção do

---

[559] CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima*..., cit., p. 165.
[560] CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima*..., cit., p. 165 e ss.
[561] ROXIN, Sobre a discussão..., cit., p. 577.
[562] MAURACH; ZIPF, *Derecho Penal*, I, cit., p. 295.
[563] ROXIN, Sobre a discussão..., cit., p. 574.
[564] ANDRADE, *Consentimen*to..., cit., p. 296; CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima*..., cit., p. 166 e 167; FEIJÓO SÁNCHEZ, Actuación de la víctima..., cit., p. 289.

ofendido na realização da conduta arriscada não se fundamenta na disposição de um bem jurídico disponível.

Ademais, uma vez que os defensores da relevância do consentimento na ação ou no risco, em grande parte, tratam dessa questão como problema de definição do seu objeto no delito culposo, afasta-se, de antemão, a possibilidade de exclusão da responsabilidade penal daquele que age dolosamente. Essa limitação se mostra insatisfatória, sobretudo diante de exemplos em que o interveniente assume o risco de produção do resultado, agindo portanto, com dolo eventual, mas o mesmo fato seria considerado penalmente irrelevante se não o previsse ou confiasse em sua não ocorrência, agindo com culpa consciente ou inconsciente. Dessa forma, por exemplo, a conduta daquele que aplica uma injeção de heroína em outrem, a seu pedido, seria punível caso preveja e assuma o risco da eventual morte do consumidor, mas, do contrário, não.

A despeito dessas observações, não se descarta que o consentimento do titular do bem jurídico na conduta de terceiro que cria o risco que se realiza no resultado exerça influência sobre a delimitação do âmbito do punível, como aspecto relevante de uma solução acerca da responsabilidade penal. Essa ideia aparece também em outras elaborações teóricas, que tem como mínimo denominador comum a indicação de que somente é possível a exoneração do agente quando a vítima conheça a situação de risco à qual se exponha, tal como se dá na proposta de ROXIN, ainda que não tome o consentimento, por si só, como fator decisivo.

3.2.3 O consentimento não final e a atuação a próprio risco (Jakobs)

As considerações de JAKOBS a respeito da intervenção da vítima, disseminadas em distintas categorias que dizem respeito tanto ao tipo quanto à justificação, configuram um corpo complexo de soluções para essa problemática. Além das já comentadas – autolesão e autocolocação em perigo, acordo e consentimento final[565] –, JAKOBS também trata dessa questão por meio do "consentimento não final" e da "atuação a próprio risco", em que a vítima não quer, diretamente, o resultado e tampouco atua em último lugar, mas também se afasta o injusto penal e, consequentemente, a responsabilidade penal dos demais intervenientes. Trata-se de casos em que a lesão ao bem jurídico se explica devido à vontade

[565] Cf. Capitulo 2, ítem 2.1.3, ítem 2.2.3.2 e Capítulo 3, ítem 3.1.3.

ou à infração de um dever de autoproteção, que constitui "o reverso do que, no que se refere ao autor, é uma violação não intencionada do papel, em especial de uma violação culposa".[566] Essas figuras operam no plano da tipicidade, no marco da "competência da vítima", que integra o primeiro nível da imputação objetiva, bem como no plano da antijuridicidade.

O consentimento não final que exclui o tipo se refere à responsabilidade pelos custos não desejados de um contato social, quando a pessoa não quer o comportamento do agente, em si, lesivo, mas, sim, determinada classe de contato social que não se pode obter sem esse comportamento prenhe de consequências. Nesse caso, o titular do bem jurídico cria uma situação na qual já não cabe respeitar a sua vontade.[567]

Não é, porém, qualquer implicação prevista de um contato social que fica coberta pelo consentimento, pois, do contrário, qualquer participante poderia dele abusar, na medida em que o que pretende seja previsível. Não se pode, por exemplo, invocar o consentimento em relação a furto ou lesões sofridas por uma pessoa que entra em uma zona urbana de má reputação.

Para delimitar as consequências abrangidas pelo consentimento não final, segundo JAKOBS, o decisivo é aferir em que medida o conteúdo juridicamente relevante de um contato social pode ser determinado unilateralmente pelo titular do bem jurídico e em que medida deve ser estabelecido em consideração aos interesses de vários intervenientes: no primeiro caso, a vontade daquele é decisiva e, portanto, não se pode falar em consentimento quanto a um comportamento não desejado; no segundo, pode-se introduzir como conteúdo do consentimento também um comportamento não desejado pelos demais. Dessa forma, por exemplo, não há lesões típicas no boxe regulamentar, embora os contendentes não queiram que o adversário lhes lesione, tampouco a conduta da qual resultam as lesões, porque o contato social está definido pelos interesses de ambos. Por outro lado, na legítima defesa, apenas é juridicamente relevante o interesse em defender-se, de modo que aquele que se defende não consente em ulteriores ataques ou em suas consequências, ainda que os preveja.

Por outro lado, o consentimento não final constitui causa de justificação, tal como o consentimento final, em se tratando de condutas contra bens jurídicos que constituem base do livre desenvolvimento da pessoa, de acordo com as circunstâncias do caso concreto. Se o titular do bem jurídico quer apenas a ação lesiva, cognoscivelmente com consequências, ou apenas um contato social que comporta a ação lesiva como algo não querido, o

[566] JAKOBS, *A imputação objetiva*..., cit., p. 30 e ss.
[567] JAKOBS, *Derecho Penal*, cit., p. 303 e 304.

consentimento não final pode afastar a antijuridicidade, inclusive, ante risco de morte, se houver um motivo razoável para a execução, a despeito dessa circunstância.

Para determinar a razoabilidade necessária para a justificação, JAKOBS assinala que o risco deve ser proporcional em relação à utilidade que se persiga e, ademais, que a definição subjetiva da utilidade do indivíduo pode subtrair-se à objetividade em casos de desenvolvimento personalíssimo da própria vida. Quem, por exemplo, entra em um automóvel conduzido por pessoa bêbada, não consente no risco de um comportamento defeituoso, mas, sim, na relação social que não pode ser definida sem o risco de um comportamento defeituoso.

Se o passageiro for um médico que, na falta de outros meios, conhecendo o risco, pede para ser levado, para atender a uma emergência, e sofre lesões graves em um acidente, a conduta do motorista está justificada pelo consentimento.[568]

Quer no plano da tipicidade, quer no plano da antijuridicidade, o consentimento não final não tem seus efeitos limitados a delitos culposos, estendendo-se, também, a delitos dolosos, mormente tendo em vista que a culpa, embora seja a forma de direção do comportamento mais leve, não é, necessariamente, o comportamento delitivo mais leve. O importante é, no primeiro caso, como se define, objetivamente, o contato social, independentemente das visões dos intervenientes a respeito e, no segundo, a magnitude do risco e o fim do comportamento. Dessa forma, no exemplo anterior, a ação do motorista é justificada, independentemente de ser culposa ou verificar-se uma apreensão do risco suficiente para caracterizar-se o dolo.[569]

Ademais do consentimento não final, JAKOBS fala, também, da "atuação a próprio risco" da vítima. Segundo o autor, aferir se os bens do titular devem ser tratados de acordo com a sua livre vontade ou se ele perdeu o direito ao respeito não depende apenas do que ele pense, mas também de se lhe incumbia a sua autoproteção. Assim, aquele que se introduz em uma situação de risco ou que dela não sai pode ser responsável pelas consequências, inclusive as não previstas. A gestão inconscientemente descuidada dos próprios bens pode levar ao agir a próprio risco, que afasta a responsabilidade penal de terceiros.[570]

Como agir a próprio risco, JAKOBS trata de casos em que há uma participação em um comportamento empreendido por outrem, nos quais o ofendido pode abarcar o risco ao menos tão bem quanto aquele e, ademais, dá lugar, sem motivo juridicamente relevante, ao

---

[568] JAKOBS, *Derecho Penal*, cit., p. 530
[569] JAKOBS, *Derecho Penal*, cit., p. 303 a 305 e 530.
[570] JAKOBS, *Derecho Penal*, cit., p. 306.

comportamento que acarreta a lesão. Essa solução se dá porque "terceiros não têm que ajustar sua organização a riscos que o titular do bem propiciou, com maior cuidado que este mesmo".[571] Quem, por exemplo, empresta seu carro a um amigo bêbado, sem advertir as possíveis consequências, perde a proteção do tipo penal do crime de dano. Também nessa hipótese, é indiferente que o agente tenha em conta o risco de modo suficiente para o dolo.

O agir a próprio risco, assim como o consentimento não final, exclui o tipo na medida em que o bem afetado seja de livre disposição do titular, e, do contrário, pode excluir a antijuridicidade, se concorrer um motivo fundado para a execução da ação. No exemplo do médico que pede a uma pessoa bêbada que lhe leve em seu carro, para atender a uma emergência, se ele não advertir as possíveis consequências, a conduta do motorista é justificada pela atuação a próprio risco, em caso de acidente. [572]

A lesão a um bem jurídico não sujeito à livre disposição, sem um motivo fundado, não perde a qualidade de injusto penal. No entanto, segundo JAKOBS, à medida que o risco assumido se aproxima do risco permitido como risco geral da vida, exclui-se já o tipo, ainda que o bem, em caso de lesão segura, apenas pudesse ser colocado em jogo diante de motivo fundado.[573]

O consentimento não final, apartando-se do consentimento na ação ou no risco, de que fala a doutrina dominante, refere-se ao contato social que comporta determinadas consequências não desejadas, com eficácia excludente da tipicidade ou da antijuridicidade. Dessa forma, se o titular do bem jurídico aceita o contato social, ciente de seu potencial lesivo, deve suportar os seus custos. Determinar como se define o contato social e indicar quando o consentimento não final é relevante, no entanto, são questões pouco precisas nessa construção. Por outro lado, se o decisivo é essa definição e esta pode dar-se em termos objetivos, questiona-se se "vale a pena continuar denominando essa construção, com seus distintos níveis, de consentimento".[574]

A atuação a próprio risco, por sua vez, distancia-se significativamente de outras abordagens analisadas até então acerca da intervenção da vítima, adotando uma perspectiva marcadamente objetiva para a determinação da responsabilidade penal do agente. Por meio dessa figura, JAKOBS propõe afastar a tipicidade ou a antijuridicidade em casos em que o desconhecimento acerca do risco obstaria o recurso ao consentimento não final. Uma vez que, em última análise, remanesce a possibilidade de afastar-se injusto penal por meio do

[571] JAKOBS, *Derecho Penal*, cit., p. 306.
[572] JAKOBS, *Derecho Penal*, cit., p. 306 e 307.
[573] JAKOBS, *Derecho Penal*, cit., p. 530.
[574] CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima*..., cit., p. 164; ANDRADE, *Consentimento*..., cit., p. 356.

"atuar a próprio risco", o consentimento não final assume importância reduzida no contexto de suas formulações sobre o tema.[575]

Não obstante, a atuação a próprio risco é uma figura problemática. Como visto,[576] segundo JAKOBS, os delitos contra as pessoas se cometem por meio da arrogação de um âmbito de organização alheio, de modo que uma lesão que não se produz em decorrência de arrogação, mas de auto-organização, apenas vulnera o bem jurídico de forma aparente. Na atuação a próprio risco, no entanto, o titular não tem o domínio sobre a realização do fato, pois não é o último a adquirir competência, tampouco assume as possíveis consequências da conduta do agente, uma vez que não tem consciência do risco. O argumento para negar a arrogação do âmbito se organização alheio, nesse caso, encontra-se na violação de deveres de autoproteção.

Ademais dos questionamentos já levantados acerca do reconhecimento desses deveres,[577] conforme destaca CANCIO MELIÁ, a vítima não viola uma norma para que lhe possa ser imputado o fato, de modo que o único conteúdo que pode, razoavelmente, corresponder-lhes é o de resumir os pressupostos, como quer que sejam configurados, sob os quais a interação entre o agente e a vítima é imputável a esta.[578] Partindo dessa observação, no entanto, a construção de JAKOBS não oferece uma base que permita apontar por que e quando o fato incumbe à vítima: a imputação à vítima se dá devido à infração de deveres de autoproteção, mas esses deveres não tem conteúdo próprio, determinando-se ao cabo do processo que leva a concluir pela imputação à vítima. Nada se diz, assim, a respeito desse processo e dos fatores que concorrem para chegar a essa solução.

Não obstante as objeções apontadas, a construção de JAKOBS exerce uma notável influência em parte da doutrina que recorre ao princípio da autorresponsabilidade para resolver as questões suscitadas pela intervenção do titular do bem jurídico no fato, concretizando-o na ideia de delimitação de âmbitos de responsabilidade, na qual se fazem presentes sobretudo as diretrizes da atuação a próprio risco.

---

[575] Nesse sentido, cf. CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima*..., cit., p. 164.
[576] Cf. Capítulo 2, item 2.1.3.
[577] Cf. Capítulo 2, item 2.1.3.
[578] CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima*..., cit., p. 304. No mesmo sentido, GIMBERNAT ORDEIG, Imputación objetiva, cit., p. 19.

3.3 **Do princípio da autorresponsabilidade**

Em diversas aproximações dogmáticas à intervenção do titular do bem jurídico, aparece a referência a que a sua conduta, para que possa interferir na configuração do injusto penal, deve ser autônoma ou autorresponsável, bem como que a razão de sua relevância na valoração jurídico-penal da conduta do agente se deve a sua autonomia ou autorresponsabilidade.

Esses termos costumam ser empregados em duas acepções: de um lado, trata-se dos fatores necessários para que se possa afirmar que a conduta da vitima é responsável e, portanto, deve repercutir na punibilidade da conduta do agente; de outro, trata-se dos fundamentos do tratamento dogmático da conduta da vítima. Quanto à segunda acepção, que interessa ao presente estudo, com frequência, encontra-se apenas a referência ao princípio da autorresponsabilidade como base da construção proposta, não acompanhada de uma explicação acerca do que se entende por tal. Essa indefinição explica que se faça presente em construções elaboradas a partir de várias perspectivas e, ademais, como ponto de partida de soluções muito distintas entre si.

Um enfoque da intervenção da vítima que se destaca na doutrina, em conformidade com uma particular compreensão do princípio da autorresponsabilidade, consiste em empregá-lo como base para a delimitação de âmbitos de responsabilidade entre o agente e a vítima. Nesse marco, há uma tendência a relativizar-se ou desconsiderar-se a diferenciação entre autocolocação em perigo e heterocolocação em perigo que a doutrina majoritária adota como questão relevante para determinar a exclusão do injusto penal, em favor de uma resposta abrangente para ambos os casos. Em algumas vertentes, verifica-se, também, uma tendência à abstração da análise do aspecto interno da vítima, de modo que o conhecimento acerca do risco a que se encontra exposta se torna questão secundária em face de uma determinação normativa das incumbências dos envolvidos no evento.

3.3.1 Diversas compreensões da autorresponsabilidade

Além das considerações que remetem a valoração da intervenção do titular do bem jurídico às teorias da autoria e da participação ou ao tratamento jurídico-positivo da

participação em suicídio, alguns autores que sustentam a diferenciação entre autocolocação em perigo e heterocolocação em perigo como *topos* relevante de solução também recorrem a outros argumentos, de cunho material, para fundamentar suas conclusões. Nesse contexto, é frequente a alusão ao princípio da autorresponsabilidade.

ROXIN destaca que o alcance do tipo não abrange a hipótese de participação em autocolocação em perigo pois, "como demonstra a impunidade da participação em suicídio, o efeito protetivo da norma encontra seu limite na autorresponsabilidade da vítima".[579] Dessa forma, o argumento *a maiore ad minus*[580] e o princípio da autorresponsabilidade não se excluem para fundamentar a impunidade da conduta de terceiro que intervém na autocolocação em perigo, "pois a impunidade da contribuição à autolesão dolosa embasa-se justamente na autorresponsabilidade daquele que se autolesiona".[581]

Não obstante, confrontando as opiniões dos autores que, com base nesse princípio, eliminam a diferença apontada, admitindo a exclusão do injusto penal em ambos os grupos de casos, como regra, ROXIN assinala que não é possível transportar considerações acerca da autorresponsabilidade da vítima para o caso em que se expõe ao perigo criado por outrem. Assim, enfatiza as diferenças entre as duas hipóteses, associadas à circunstância de que, na heterocolocação em perigo consentida, o titular do bem jurídico expõe-se a algo não pode controlar ou interromper, bem como que não pode avaliar a capacidade do terceiro de dominar a situação com a mesma precisão com que pode avaliar a extensão e os limites de sua própria habilidade.[582] Dessa forma, ROXIN expõe uma interpretação do princípio da autorresponsabilidade que o liga não apenas à livre manifestação de vontade do titular do bem jurídico, mas também ao domínio sobre o curso dos acontecimentos.

JUAREZ TAVARES, por sua vez, toma o princípio da autorresponsabilidade como fundamento central de suas considerações acerca da valoração da conduta da vítima. No marco de uma compreensão do Direito Penal sob o enfoque da delimitação da intervenção estatal, conforme o professor, o princípio da autorresponsabilidade determina que "o resultado decorrente da ação livre e inteiramente responsável de alguém apenas pode ser imputado a este e não àquele que o tenha anteriormente motivado".[583] A incriminação apenas pode legitimar-se na medida em que leve em consideração a separação das atividades de cada um sob a esfera de manifestação do próprio poder individual de autodeterminação, de modo

[579] ROXIN, Toeria da imputação objetiva…, cit., p. 108.
[580] Cf. Capítulo 3, item 3.1.3.
[581] ROXIN, Sobre a discussão… cit., p. 567.
[582] ROXIN, Sobre a discussão…, cit., p. 567 e 568; ROXIN, La polemica..., cit., p. 5.
[583] TAVARES, *Teoria do injusto penal*, cit., p. 289 e 290.

que ninguém deve ser responsabilizado porque outrem decidiu atuar de determinado modo, ainda que se submetendo aos riscos da atividade.[584]

TAVARES invoca o princípio da autorresponsabilidade como fundamento da exclusão da imputação objetiva nos casos em que a vítima realiza, por si mesma, a conduta perigosa, bem como em que esta é realizada por outrem, mas com o incentivo ou consentimento da vítima – ou seja, de participação em autolesão e autocolocação em perigo, bem como de heterocolocação em perigo consentida equiparáveis à autocolocação em perigo.[585] Dessa forma, mantém-se uma distinção, mas ambas as hipóteses relevantes para a exclusão do injusto penal são remetidas a um mesmo fundamento.

Nessa ordem de ideias, o tipo penal não abarca eventos para os quais a vítima contribui, voluntariamente, por si mesma, de forma decisiva. O princípio da autorresponsabilidade se concretiza, motivando o afastamento da imputação objetiva, mediante a consideração de que a contribuição da vítima para o evento deve ser, "no cômputo geral suficiente para sua ocorrência", quer dizer, "constituir o ponto de gravidade sobre o qual se situam as forças favoráveis a sua produção", como na primeira hipótese, ou deve condicionar o ponto de gravidade, o que se dá quando o perigo ou a lesão decorra da ação determinada ou induzida por ela, e não de uma atuação isolada do agente, como na segunda hipótese.[586]

Também se encontram referências ao princípio da autorresponsabilidade em enfoques vitimodogmáticos[587] da intervenção da vítima. Nesse viés, SILVA SÁNCHEZ aproxima esses pontos de vista, assinalando que se deve analisar as contribuições da vítima e do agente para o fato, com a conseguinte atribuição de âmbitos de responsabilidade a cada um, de modo a impedir uma atribuição a este que contradiga os princípios da fragmentariedade e da proporcionalidade. Partindo dessas considerações, o autor identifica coincidências entre o princípio vitimodogmático e os desenvolvimentos da teoria do delito proporcionados pela teoria da imputação objetiva, que, a seu ver, constitui uma via adequada para a tradução das observações vitimológicas em teses dogmáticas. Assim, a análise da intervenção da vítima pode revelar a inexistência de uma conduta típica ou a impossibilidade de imputar-lhe o resultado à conduta.[588]

---

[584] TAVARES, *Teoria do crime culposo*, cit., p. 370.
[585] TAVARES, *Teoria do injusto penal*, cit., p. 294.
[586] TAVARES, *Teoria do crime culposo*, cit., p. 375.
[587] Capítulo 1, item 1.4.
[588] SILVA SÁNCHEZ, La consideración..., cit., p. 178 e 179.

Como precisão do conteúdo das medidas de proteção exigíveis da vítima, SILVA SÁNCHEZ propõe a não realização de atos dolosos ou imprudentes que possam resultar, direta ou indiretamente, na lesão aos próprios bens jurídicos por terceiro, isto é, o não favorecimento da colocação em perigo e a não intensificação do grau do perigo aos próprios bens jurídicos, casos em que o processo lesivo se insere no "âmbito de responsabilidade" da vítima.[589]

Dessa forma, o princípio da autorresponsabilidade assume compreensões muito variadas na doutrina, sob diferentes enfoques dogmáticos da intervenção da vítima no fato. Ademais das referências esparsas que encontra em numerosas abordagens do problema, a sua concretização se dá com base em parâmetros distintos, de modo a levar a consequências distantes entre si, de acordo com a perspectiva adota e os aspectos considerados relevantes.

3.3.2 A delimitação de âmbitos de responsabilidade

Uma construção que ganha espaço crescente na doutrina sustenta que a intervenção da vítima deve ser considerada, na teoria da imputação objetiva, como fator que incide na delimitação de âmbitos de responsabilidade, com apoio no princípio da autorresponsabilidade ou da responsabilidade pelo fato próprio. O critério reitor para a solução de casos problemáticos se aproxima da ideia de competência por organização, originariamente desenvolvida por JAKOBS.[590] Questiona-se, então, se a vítima organizou a própria lesão, se há uma atividade organizada conjuntamente por ela e pelo agente ou quais as suas esferas de competência.

Nessa perspectiva, são rechaçados pontos frequentemente considerados relevantes para a valoração da conduta da vítima no marco do injusto penal.

Por uma parte, critica-se a necessidade de diferenciação entre autocolocação em perigo e heterocolocação em perigo. Conforme CANCIO MELIÁ, em muitos casos, é evidente que não tem relevância normativa ou parece dificilmente praticável. A constatação de uma contribuição causal mais ou menos direta por parte do agente ou da vítima na produção do resultado não basta para explicar um tratamento jurídico-penal distinto e não há critérios materiais que permitam atribuir maior relevância a uma ou outra conduta no fato gerador do

[589] SILVA SÁNCHEZ, La consideración..., cit., p. 177 e 178.
[590] TAMARIT SUMALLA, *La víctima*…, cit., p. 93.

risco.[591] FEIJÓO SÁNCHEZ, de forma semelhante, assinala que "nos encontramos ante uma diferenciação que não só carece de fundamento normativo, senão que também de consequências práticas definitivas. É dizer, não apresenta utilidade alguma".[592] Os exemplos usualmente classificados como uma ou outra situação são remetidos à ideia de atribuição a um âmbito de responsabilidade alheio, com base na qual se pretende resolver os questionamentos acerca da intervenção da vítima.[593]

Por outra parte, critica-se não apenas a referência dessa problemática ao consentimento, mas, de modo geral, a abordagem desde a perspectiva subjetiva da vítima. Contra todas as construções que exigem o conhecimento do risco para que a sua intervenção possa afetar o injusto penal, CANCIO MELIÁ assevera que "o diagnóstico psíquico não pode ser o ponto de vista decisivo".[594] Conforme FEIJÓO SÁNCHEZ, essa exigência torna a atribuição de responsabilidade penal ao agente arbitrária e casual, pois depende de ser a vítima uma pessoa prudente ou temerária, submetendo a decisão a uma "loteria penal". Ademais, punir o agente quando a vítima incorre em erro evitável acerca do risco implica torná-lo mais responsável por esse erro que ela, o que só seria possível diante de razões normativas que fundamentassem uma posição de garante.[595] Nessa perspectiva, o decisivo é assinalar o que cada interveniente deve, objetivamente, assumir, com independência de sua atitude interna. Dessa forma, cumpre determinar se é de responsabilidade da vítima reconhecer a situação de risco, e não, pelo contrário, condicionar a imputação do fato ao agente à circunstância de que ela a tenha reconhecido.

Em profundo estudo sobre o tema, CANCIO MELIÁ toma o princípio da autorresponsabilidade como base para deduzir pautas diretivas para a configuração do tratamento dogmático da intervenção da vítima em atividades arriscadas. Segundo o autor, a ideia de autodeterminação tem como pressuposto a responsabilidade pessoal e deve repercutir na delimitação de esferas de responsabilidade quando vários sujeitos intervenham no mesmo fato, pois o ordenamento jurídico, parte de que cada um devem responder apenas por seus próprios atos, e não pelos atos de outros.

CANCIO MELIÁ delineia, então, o núcleo da ideia de autorresponsabilidade mediante a associação entre autonomia e responsabilidade: "a) a todo cidadão corresponde um âmbito de organização própria de seu âmbito vital; b) em princípio, também corresponde a quem é

[591] CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima*..., cit., p. 213 e ss.
[592] FEIJÓO SÁNCHEZ, Actuación de la víctima..., cit., p. 185 e 186.
[593] TAMARIT SUMALLA, *La víctima*..., cit., p. 93 e 94.
[594] CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima*..., cit., p. 171.
[595] FEIJÓO SÁNCHEZ, Actuación de la víctima..., cit., p. 288.

titular de tal âmbito de organização a responsabilidade pelos danos que possam derivar dessa organização própria".[596]

A esses enunciados, o autor acrescenta que deve atribuir-se uma posição especial ao titular do bem jurídico. Tendo em vista que fica a seu arbítrio configurar a sua atividade de modo tal que gere um risco para seus próprios bens, essa organização vital arriscada tem como correlato que ele deve assumir, de modo preferente, os danos que dela podem derivar. Dessa forma, "ninguém pode responder antes que o titular do bem jurídico pelos danos que se podem gerar".[597] Quando a situação de risco puder ser atribuída, em seu conjunto, no que se refere às contribuições dos envolvidos, ao exercício da liberdade de organização de seu próprio âmbito por parte do afetado, essa situação ficará em seu âmbito de responsabilidade preferente.[598]

Partindo dessas considerações, CANCIO MELIÁ propõe a "imputação ao âmbito de responsabilidade da vítima" ou "imputação à vítima", como instituição dogmática por meio da qual resolvem-se os casos nos quais o sentido objetivo comum, criado pela interação entre ambos, é atribuído ao âmbito de responsabilidade da vítima, de modo que a conduta do agente não tem significado delitivo e, portanto, é atípica. A "imputação à vítima" se insere no primeiro nível da imputação objetiva – imputação do comportamento –, embora lhe caiba um lugar distinto do correspondente a outras instituições dogmáticas que o integram, introduzindo-se, por sua especificidade, em momento posterior às demais, de caráter geral.[599]

Segundo CANCIO MELIÁ, quando o sujeito empreende, conjuntamente com outro, uma atividade que pode levar à lesão a bem jurídico de sua titularidade, essa atividade deve ser imputada ao seu próprio âmbito de responsabilidade, na medida em que: a) a atividade permaneça no âmbito do organizado conjuntamente por autor e vítima; b) a conduta da vítima não tenha sido instrumentalizada pelo autor, por carecer de responsabilidade ou da base cognitiva necessária para ser considerada autorresponsável; c) o autor não tenha um dever de proteção específico frente a bens jurídicos da vítima.[600]

Uma vez definida a atividade conjunta entre agente e vítima, o evento deve, em princípio, ser imputado a esta, tendo em vista a preferência decorrente de sua esfera de autonomia, que determina o afastamento das regras que se ocupam de indicar o grau de responsabilidade correspondente aos distintos intervenientes em um fato que afeta terceiros

[596] CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima*…, cit., p. 277 a 279.
[597] CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima*…, cit., p. 279 e 280.
[598] CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima*…, cit., p. 280.
[599] CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima*…, cit., p. 301 a 306.
[600] CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima*…, cit., p. 286.

através das teorias da autoria e da participação. A organização conjunta não depende da configuração fenomenológica das contribuições de cada um quanto a sua relevância na execução, dispensando-se, portanto, a distinção entre autocolocação em perigo e heterocolocação em perigo. Dessa forma, nada impede a atipicidade da conduta do agente, mesmo quando a execução incumbe inteiramente a ele.[601]

Também é irrelevante perquirir a respeito da representação subjetiva da vítima e do agente para determinar se este realiza uma conduta típica; basta considerar o que é configurado pelos intervenientes, em um plano objetivo. A representação subjetiva de cada um não carece de relevância para a configuração do marco da atividade conjunta, mas dados subjetivos puros não podem decidir sobre a responsabilidade penal.

Assim, por uma parte, pode haver casos nos quais a vítima não tenha conhecimento do risco ao qual se expõe e, não obstante, o fato não seja imputável ao agente, mas a ela. É o que se dá, por exemplo, se a vítima consome drpgas fornecidas por outrem, ainda que desconheça a possibilidade de que o consumo produza lesões a si mesma, bem como se mantém relações sexuais com pessoa dedicada à prostituição, ou, em geral, com pessoa cujas circunstâncias revelam um possível risco de contágio de doença sexualmente transmissível, mesmo que não conheça ou preveja a enfermidade do parceiro, porque tais atividades acarretam, objetivamente, o risco correspondente e não podem ser interpretadas sem ele. Ademais, também é indiferente a disposição psíquica do agente, de modo que, ao entregar a substância ou estabelecer o contato sexual, nesses exemplos, não importa se deseja a morte da vítima, se esta lhe é indiferente ou se sequer atentou para a possibilidade de sua ocorrência.[602]

Na organização conjunta do agente e da vítima é, portanto, irrelevante o peso das contribuições de cada um para o resultado, assim como a interpretação que assinalam em seu foro interno à interação. O importante é, segundo CANCIO MELIÁ, a criação de um contexto comum de mesmo significado objetivo, determinado conforme padrões normativos. Os aspectos da organização conjunta que se apresentem como inerentes à atividade eleita pela vítima, ou seja, aqueles fatores de risco que podem ser entendidos como elemento inevitável dessa atividade – e somente eles – são assumidos em função da autonomia. O decisivo será, então estabelecer até que ponto o contato social pode ser definido de modo unilateral pela vítima como inócuo e a partir de quando a organização conjunta abandona essa esfera e adquire uma definição objetiva própria, que não depende do arbítrio dos envolvidos.[603]

---

[601] CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima*…, cit., p. 287 e 288.
[602] CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima*…, cit., p. 290 e 291.
[603] CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima*…, cit., p. 293.

Nem toda intervenção com relevância causal dá lugar à organização conjunta, tampouco a mera realização de uma conduta que implique riscos estatísticos de sofrer uma lesão, mesmo que concretamente previstos. A mulher que aceita um convite de um homem que tem fama de ser violento, por exemplo, não organiza com ele uma atividade que implique o risco de algum tipo de ataque contra a sua liberdade sexual; o potencial lesivo que comporta não pode ser atribuído à vítima, pois, "desde o ponto de vista normativo, as condutas referidas não implicam a assunção do risco em questão".[604]

Há, ademais, outras hipóteses em que a atividade que gera o risco não corresponde à organização conjunta, nos quais, por conseguinte, as consequências não podem ser imputadas ao âmbito de responsabilidade da vítima. É o que se dá quando a conduta do agente introduz um elemento adicional aos fatores de risco presentes no contexto comum, ou quando a situação de fato apresenta, de algum outro modo, um fator de risco que não pertence à organização conjunta, casos em que o evento pode ser imputado ao agente ou a ninguém, mas não à vítima.[605]

Tampouco pode haver imputação à vítima quando a organização conjunta contenha uma repartição de tarefas que implique, de modo unilateral ou bilateral, deveres de controle de certos elementos de risco e, precisamente, um desses elementos de incumbência do agente crie o risco que se concretiza na lesão, embora esses deveres, em princípio, correspondam ao âmbito de responsabilidade da vítima. Há exemplos em que a solução é clara, como aqueles nos quais a atividade se define como dirigida por um dos intervenientes, que tem maior domínio do meio perigoso, mas CANCIO MELIÁ adverte que é sempre necessário comprovar, cuidadosamente, o alcance desses deveres, destacando que não se estendem à neutralização de riscos incontroláveis que derivam da assunção imputável do conjunto da atividade ou de riscos cujo controle seja inteiramente assumido pela vítima, sem possibilidade de intervenção do agente.[606]

FEIJÓO SÁNCHEZ, por sua vez, também busca traduzir o princípio da autorresponsabilidade em termos dogmáticos, tratando da intervenção da vítima como critério de determinação do âmbito de proteção da norma penal, no marco da imputação objetiva.[607] Conforme o autor, em uma ordem política fundamentada na dignidade da pessoa e nos direitos que lhe são inerentes, o Direito não deve proteger bens jurídicos ignorando a livre

---

[604] CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima*…, cit., p. 294.
[605] CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima*…, cit., p. 294 e 295.
[606] CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima*…, cit., p. 296 a 299.
[607] FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo José. *Homicidio y lesiones imprudentes:* requisitos y límites materiales. Zaragoza: EDIJUS, 1999, p. 69.

vontade do titular, e, por conseguinte, violando a sua autodeterminação. O princípio da autorresponsabilidade implica que o Estado não deve ocupar-se do modo como cada um organiza seus próprios assuntos, bem como que particulares não tem que ser mais cuidadosos que o próprio titular com seus bens.[608]

Concretizando esse princípio, FEIJÓO SÁNCHEZ assinala, em linhas gerais, que uma decisão da vítima, consciente da perigosidade do que assume ou descuidada com os próprios bens jurídicos, implica que o fato só é imputável a ela. Não é penalmente relevante a conduta do agente que possa ser entendida como uma objetivação da livre vontade da vítima.[609]

Segundo o autor, as condutas compreendidas como favorecer ou motivar uma autolesão ou uma autocolocação em perigo não constituem injustos penais, ressalvada a tipificação expressa. O que um setor da doutrina denomina, fenomenologicamente, de heterolesão consentida ou heterocolocação em perigo consentida deve entender-se, em sentido normativo, também como autolesão ou autocolocação em perigo e, portanto, tampouco constituem injustos penais. Para evitar que a imputação se condicione a dados arbitrários, o decisivo não é a ordem das intervenções, mas o princípio da autorresponsabilidade. Assim, nem sempre que a vítima atua em último lugar há uma autolesão ou uma autocolocação em perigo, assim como nem sempre que o agente atua em último lugar há um delito.[610]

Ademais, para afastar-se a responsabilidade penal do agente, basta que a vítima se comporte de forma descuidada, de acordo com os mesmos parâmetros exigidos para um fato delitivo, isto é, para a culpa daquele que causa uma lesão a outrem, considerando-se, inclusive, seus limites normativos, como, por exemplo, o princípio da confiança a respeito de comportamentos corretos de terceiros enquanto não existam razões para desconfiar.[611] Se, por outro lado, o risco não é fruto da decisão consciente ou descuidada da vítima, a conduta do agente é penalmente relevante. É o que se dá se, por exemplo, a vítima decide acompanhar um condutor bêbado, mas ele realiza uma manobra extremamente perigosa não relacionada ao estado de embriaguez, ou um condutor que não tem permissão para dirigir, mas os freios do veículo se encontram em mal estado.

Diversas construções que pretendem tratar da intervenção da vítima por meio da delimitação de âmbitos de responsabilidade, tomando por base o princípio da

---

[608] FEIJÓO SÁNCHEZ, *Homicidio e lesiones*..., cit., p. 122; FEIJÓO SÁNCHEZ, Actuación de la víctima..., cit., p. 308 a 310.
[609] FEIJÓO SÁNCHEZ, Actuación de la víctima..., cit., p. 308 a 310.
[610] FEIJÓO SÁNCHEZ, Actuación de la víctima..., cit., p. 290 a 294.
[611] FEIJÓO SÁNCHEZ, Actuación de la víctima..., cit., p. 312 e 313.

autorresponsabilidade, seguem, de forma mais ou menos próxima, as linhas traçadas de forma difusa acerca do tema por JAKOBS, condensando-as em uma diretriz que permite a solução simplificada de diversos casos.

Como visto, JAKOBS trata dessa questão por meio de diversas categorias distribuídas na teoria do injusto penal: a autocolocação em perigo, o consentimento não final que exclui a imputação objetiva, o consentimento não final que exclui a antijuridicidade, a atuação à próprio risco que exclui a imputação objetiva e a atuação a próprio risco que exclui a antijuridicidade.[612] Por meio do princípio da autorresponsabilidade, o enfoque dogmático em estudo agrega casos pertinentes a essas figuras sob uma mesma ideia, de modo a tornar irrelevantes determinadas circunstâncias, como o conhecimento do risco ou o domínio sobre a realização do fato, reduzindo-os, aproximadamente, aos termos da atuação a próprio risco, mas tratando-os apenas no marco da imputação objetiva e eliminando os limites a que JAKOBS condiciona o afastamento da antijuridicidade nos casos que, em sua construção, se situam nesse plano do injusto penal.

Em severa crítica a essa corrente doutrinária, GIMBERNAT ORDEIG aponta a diferença que se verifica no recurso à competência por organização no âmbito que lhe é próprio e na interação entre o titular do bem jurídico e terceiros. No procedimento seguido na omissão imprópria, pode-se deduzir, para cada caso, os deveres que correspondem a quem detém determinado papel na organização concreta e a consequente imputação na eventualidade de uma infração. A competência por organização carece de sentido, no entanto, quando se transpõe, como critério de imputação objetiva, para a análise da intervenção da vítima, pois não há parâmetros normativos que permitam estabelecer se ela desempenhou ou não o seu "papel de vítima". Nesse contexto, dá-se um procedimento inverso: primeiramente, alcança-se intuitivamente a solução de que a responsabilidade por morte ou por lesões incumbe à vítima com exclusão da responsabilidade do agente, ou o contrário, e, posteriormente, assinalam-se a "competência por organização" e as supostas incumbências que a fundamentam.[613]

O princípio da autorresponsabilidade, nessa perspectiva, é introduzido para preencher as lacunas decorrentes da carência, já assinalada,[614] de um conteúdo prévio dos supostos deveres da vítima. Assim, acrescenta-se a uma compreensão corrente – o reconhecimento da autonomia individual e o correlato dever de responder pelos próprios atos – uma regra de

[612] Cf. Capítulo 2, itens 2.1.3 e 2.2.3.2 e Capítulo 3, itens 3.1.2 e 3.2.3.
[613] GIMBERNAT ORDEIG, Imputación objetiva..., cit., p. 17 a 19.
[614] Capítulo 3, ítem 3.2.3.

responsabilidade preferente do titular do bem jurídico pelas consequências de sua própria organização. A concretização dessa ideia, no entanto, afigura-se duvidosa, porquanto conduz à atribuição a esse âmbito de responsabilidade preferente de quaisquer atividades conjuntas, ressalvadas determinadas exceções de difícil definição.

Prescindindo-se da perspectiva subjetiva da vítima, bem como da forma de sua contribuição para a produção do resultado, a fim de delimitar os casos em que sua intervenção conduz à atipicidade da conduta do agente, tornam-se incertos os parâmetros a partir dos quais devem ser delimitados os âmbitos de responsabilidade dos envolvidos, submetidos a critérios normativos de complexa concreção. Dessa forma, abre-se o caminho para uma arbitrariedade na imputação do fato, que tende a sobrecarregar aquele que sofre uma lesão em decorrência da conduta de outrem.

Os resultados a que chega essa perspectiva tampouco se afiguram satisfatórios, como exemplifica a exclusão da imputação objetiva em caso de transmissão de AIDS, ainda que o agente detenha um conhecimento do risco superior ao da vítima ou, inclusive, que seja o único que detenha esse conhecimento.[615]

Ademais, é questionável que a autorresponsabilidade do indivíduo implique que, ao estabelecer um contato social que, objetivamente, comporta certo risco – independentemente de como intervém e do seu conhecimento a respeito –, assume todas as consequências previsíveis, de modo que terceiros já não devam abster-se de intervir de forma a afetar bens jurídicos de sua titularidade, porquanto exonerados de antemão da responsabilidade penal pelas eventuais consequências de sua conduta. Essa perspectiva abstrai da interação o fato de que o agente, efetivamente, cria um risco, em princípio, juridicamente desaprovado, ao assinalar que, tomando parte na atividade, a vítima assume, automaticamente, os resultados a que possa levar.

Como observa LUZÓN PEÑA, não é certo que, no reconhecimento constitucional "da liberdade e da dignidade da pessoa e o livre desenvolvimento da personalidade esteja escrito como reverso que o sujeito tem uma responsabilidade primária e preferente – que, no fundo, seria exclusiva e excludente – na organização de sua vida e na proteção de seus bens jurídicos", com esse conteúdo.[616] Dessa forma, a despeito de contar com uma adesão crescente na doutrina, esse enfoque dogmático do tratamento da conduta do titular do bem jurídico se afigura objetável em diversos aspectos.

---

[615] No mesmo sentido, SCHÜNEMANN, El sistema del…, cit., p. 119 e 120.
[616] LUZÓN PEÑA, Principio de alteridad..., cit., p. 26.

3.3.3 A autorresponsabilidade na teoria do comportamento típico (Frisch)

Uma concepção particular do princípio da autorresponsabilidade como ponto de convergência do tratamento das questões que envolvem a intervenção da vítima se encontra inserida na teoria do comportamento típico de FRISCH.

Como visto,[617] observando que muito do que se desenvolve no marco da teoria da imputação objetiva não diz respeito ao resultado, FRISCH entende necessária uma teoria que se ocupe de enunciar os pressupostos sob os quais um comportamento deve considerar-se proibido sob a ameaça de pena, ou seja, uma teoria do comportamento típico, reservando-se àquela a tarefa de determinar quando o agente pode ser punido por um delito consumado.

FRISCH desenvolve a teoria do comportamento típico tomando como elemento central a criação de um risco juridicamente desaprovado. O risco deve ser cognoscível no momento da ação, pois, apenas então, pode ser, coerentemente, objeto de uma norma de conduta. Para que o comportamento seja proibido, não basta, no entanto, que acarrete quaisquer riscos. A delimitação do risco desaprovado se dá em dois planos. Em primeiro lugar, opera-se uma ponderação entre o interesse na proteção das condições de existência e desenvolvimento do indivíduo na comunidade e o interesse na maior liberdade de ação possível. Em vista do direito constitucional à liberdade de ação, a desaprovação de comportamentos em vista do risco para determinados bens apenas é possível se idônea, adequada e necessária como meio de proteção.[618] Trata-se, fundamentalmente, da repartição das esferas de liberdade. A desaprovação do comportamento, no entanto, não acarreta, necessariamente, a sua tipicidade, tendo em vista que o Direito Penal persegue a proteção de bens jurídicos de forma especialmente enérgica, através da pena. Em segundo lugar, então, também o emprego da pena, como reação adicionalmente restritiva de direitos, deve satisfazer os pressupostos do princípio da proporcionalidade; assim, o comportamento apenas é típico se esse emprego é idôneo, adequado e necessário para garantir a vigência fática da norma que questiona.[619]

Para especificar essas linhas gerais da delimitação do risco desaprovado, FRISCH considera, separadamente, três grupos fenomenológicos de comportamentos: os comportamentos diretamente perigosos para bens jurídicos; os comportamentos perigosos devido à possibilidade mais ou menos próxima de ofensa a bens jurídicos por intermédio de

---

[617] Cf. Capítulo 1, item 1.3.3.
[618] FRISCH, *Comportamiento típico...*, cit., p. 89.
[619] FRISCH, *Comportamiento típico...*, cit., p. 91 e 92.

uma atuação do titular; e os comportamentos perigosos devido ao risco, maior ou menor, de ofensa a bens jurídicos por intermediação de um comportamento de terceiro.

Com base na ideia de autorresponsabilidade, FRISCH trata de condutas que possibilitam ou favorecem autolesões ou autocolocações em perigo, referindo-se a casos nos quais, posterior ou paralelamente à determinadas condutas de terceiros, a vítima realiza uma conduta como consequência da qual se produzem ou ameaçam produzir-se prejuízos a seus bens jurídicos.[620] Dentre as subdivisões apresentadas pelo autor, interessam a este estudo as condutas de terceiros que possibilitam ou favorecem autolesões e autocolocações em perigo conscientes.

A despeito da classificação apontada, FRISCH ressalta que são difusos os limites entre as condutas que colocam em perigo diretamente e aquelas que o fazem apenas através da atuação da vítima, mormente diante de hipóteses sobre cuja pertinência a um ou outro grupo podem ser mantidas posturas distintas, de que é exemplo o contágio de AIDS em relação sexual. A seu ver, a delimitação precisa não é necessária, pois a decisão acerca da responsabilidade penal do agente em determinados casos não depende de que sejam integrados a um ou outro grupo, tampouco fica prejulgada por tal integração; depende de reflexões materiais relativas à necessidade e adequação da limitação da liberdade para a conservação de certos bens, diante de determinadas formas de intervenção da vítima, que podem levar a concluir que o comportamento deve ser proibido ou, pelo contrário, que é de responsabilidade da própria vítima resguardar-se dos perigos.[621] O decisivo, conforme FRISCH, "é em todo caso a prevalência da ideia de autonomia, a qual conduz a que a conduta do terceiro coberta pela decisão autônoma da vítima não possa qualificar-se como criação de risco desaprovada".[622]

---

[620] FRISCH, *Comportamiento...*, cit., p. 165.
[621] FRISCH, *Comportamiento...*, cit., p. 102 e 103.
[622] Essa indefinição dos limites se evidencia quando Frisch, ao tratar de casos de comportamentos diretamente perigosos para bens jurídicos, menciona hipóteses de comportamentos regulamentados que estão conectadas a autorizações prévias ou nos quais a vítima só pode ver-se em perigo ao se envolver neles ou colaborar em algum momento, de que são exemplos a atividade do médico, do trabalhador da construção que pode ver-se em perigo pela atividade de outros, do turista que sai em excursão com o guia de montanha, da ajudante do lançador de facas ou da pessoa que tem relações sexuais desprotegidas com alguém contagiado pelo vírus HIV. Nesses casos, as condições regulamentadoras recebem um fundamento ulterior para sua relevância: em geral, aquele que participa apenas se mostrará conforme com a atividade do outro que se mantenha dentro das condições correspondentes. Por outro lado, em caso de discrepância entre a regulamentação e a autorização do indivíduo, em que este está de acordo com a inobservância de determinadas condições, Frisch assinala que impera, em princípio, a decisão autônoma, destacando que aquele para cuja proteção foram desenvolvidas determinadas condições pode dispensar de sua observância dentro de certos limites. Esses casos, conforme Frisch, constituem, materialmente, o limite com aqueles nos quais cabe falar, fenomenologicamente, de uma colocação em perigo mediata que envolve o comportamento da vítima. A seu ver, especialmente no caso do turista ou da ajudante do lançador de facas, cabe falar, em lugar de colocação em perigo permitida, também de uma autocolocação em perigo consciente. FRISCH, *Comportamiento típico...*, cit., p. 131 a 133.

Para FRISCH, é com a concretização da limitação da liberdade que se assinalam âmbitos de responsabilidade. Estes não são figuras prontas, mas o simples resultado de respostas a questões determinantes para a colocação básica: em que medida, para proteger pessoas, que, no geral, cabe considerar também como responsáveis, parece necessária e adequada a limitação da liberdade alheia.[623]

Segundo FRISCH, seria absolutamente inadequado desaprovar e proibir todo comportamento que, previsivelmente, possa ser aproveitado por outrem para lesar ou pôr em perigo a si mesmo. Uma tal proteção de bens jurídicos comprometeria não apenas a liberdade de ação daquele que lesa a outrem mediatamente, mas também os interesses daquele que, por meio do próprio comportamento, pode sofrer lesão, contrariando a pretensão de deixar o máximo de espaço livre à atuação da própria vítima. Uma vez que a vítima pode cuidar perfeitamente de si mesma, tem um interesse no comportamento do agente e delibera para decidir acerca de seu próprio comportamento ulterior, resultaria também afetada em sentido paternalista pela desaprovação e proibição. Quando apenas se pode chegar à afetação do bem jurídico através da decisão e ação do titular plenamente capaz, portanto, não se deve, a fim de evitá-la, limitar a liberdade de ação de terceiros.[624]

Assim, tendo em vista tanto o interesse de agir dos demais, quanto o interesse na liberdade e no desenvolvimento de suas próprias atividades daqueles que, previsivelmente, poderiam lesar-se, FRISCH considera inevitável reconhecer âmbitos de responsabilidade exclusiva da vítima. Ademais, entende que, tendencialmente, em princípio, tudo fala a favor de traçar esse âmbito da forma mais ampla possível, ou seja, desaprovar na menor medida possível a conduta do agente que pode ser, posteriormente, continuada no sentido de lesar-se ou pôr em perigo a si mesma.[625]

Mesmo que esteja mais ou menos claro que titular vai aproveitar determinada conduta de outrem para pôr em perigo ou destruir um bem jurídico indisponível, ou seja, em casos em que se possibilita ou favorece a realização de atividades temerárias ou a própria morte de uma pessoa já decidida, a exigência da adequação se opõe à desaprovação e à proibição. Conforme FRISCH, proteger pessoas das consequências de suas próprias atividades arriscadas, proibindo a terceiros determinadas ações que as possibilitam ou favorecem, implica não respeitar a liberdade de desenvolver-se daquele que se pretende proteger.[626]

---

[623] FRISCH, *Comportamiento típico*…, cit., p. 104.
[624] FRISCH, *Comportamiento típico...*, cit., p. 173 e 174.
[625] FRISCH, *Comportamiento típico...*, cit., p. 169 e 170.
[626] FRISCH, *Comportamiento típico...*, cit., p. 174 e 175.

Para FRISCH, a proteção de bens jurídicos mediante a proibição de ações que podem levar, previsivelmente, a autocolocações em perigo ou autolesões, apenas é necessária e adequada se o titular não é responsável, ou seja, não é capaz de julgar razoavelmente suas próprias ações, caso em que apenas entram em conflito o interesse em manter a integridade de bens jurídicos do não responsável e a liberdade de ação do agente. A colocação em perigo mediata, que possibilita ou favorece a autolesão ou a autocolocação em perigo previsíveis de um não responsável, é, em princípio, uma conduta desaprovada no sentido do tipo penal.[627]

Desenvolvendo as repercussões do princípio da autorresponsabilidade em sua teoria do comportamento típico, FRISCH introduz pontos de vista relevantes para a valoração da intervenção do titular do bem jurídico no marco do injusto penal, tomando como ponto de partida a ponderação entre a liberdade do destinatário da norma e o interesse na proteção de bens jurídicos, influenciada também pela liberdade de ação do próprio titular, a partir da qual se dá a delimitação de âmbitos de responsabilidade.

Uma objeção que pode ser dirigida à tese de FRISCH, como destaca CANCIO MELIÁ, é que, em meio a numerosas constelações de casos nos quais intervém o titular do bem jurídico, não se assinalam claramente aqueles em que é, precisamente, a autorresponsabilidade a razão para determinado tratamento dispensado a terceiros. Dessa forma, não há uma particularização desses casos frente àqueles em que sua conduta pode ser relevante em vista de razões não relacionadas a sua especial qualidade.[628] Ademais, embora FRISCH indique que a distinção entre autocolocação em perigo e heterocolocação em perigo não é determinante, não esclarece quando, além dos exemplos inseridos na primeira hipótese, seriam aplicáveis considerações semelhantes a fim de decidir acerca da imputação objetiva do fato ao agente.

Não obstante, as diretrizes apontadas por FRISCH indicam pontos de partida relevantes para uma abordagem adequada da questão.

3.4 **Lineamentos de solução e fundamentação**

O panorama traçado acerca da intervenção do titular do bem jurídico na produção de um resultado que não quer diretamente demonstra uma grande variedade de opiniões, que tocam desde aspectos fundamentais a questões pontuais.

---

[627] FRISCH, *Comportamiento típico...*, cit., p. 172.
[628] No mesmo sentido, CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima*..., cit., p. 276.

A distinção entre autocolocação em perigo e heterocolocação em perigo como ponto relevante para a determinação da responsabilidade penal de terceiros é difundida na doutrina e na jurisprudência estrangeiras e também encontra adeptos no âmbito nacional. Não obstante, a despeito do consenso acerca da impunidade da participação em uma autocolocação em perigo, não há uma caracterização unívoca do que se entende como tal e, ademais, são muitas as divergências a respeito do tratamento da heterocolocação em perigo. Essas dificuldades ressaltam a necessidade de recorrer a uma fundamentação material para alcançar respostas adequadas e coerentes aos muitos problemas que demandam a atenção da doutrina e da jurisprudência.

Destaca-se, em primeiro lugar, a autocolocação em perigo. Não se trata de aferir, por meio de critérios gerais formulados para a distinção entre autoria e participação, se o agente se limita a participar de uma autocolocação em perigo, o que ensejaria a conclusão de que não há um injusto penal, com base no princípio geral da acessoriedade da participação, como quer uma parte dos estudiosos que se dedicam ao tema. Essa abordagem, seguida estritamente, levaria a concluir, pelo contrário, que, ao menos em parte dos casos relevantes, o agente deve responder pelo resultado, a despeito da conduta da vítima, como autor, em face do conceito unitário de autoria adotado no delito culposo. Precisamente essa dificuldade leva parte da doutrina alemã, encabeçada por ROXIN,[629] a procurar outros caminhos para sustentar que não deve ser penalmente responsabilizado aquele que intervém na autocolocação em perigo de outrem. Essa linha argumentativa, no entanto, também enfrenta obstáculos no traslado para o ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que se alicerça em uma disciplina legal diversa da participação em suicídio.

Não obstante, o fundamento material do tratamento da intervenção em uma autolesão[630] também permite chegar à mesma solução em caso de autocolocação em perigo. A autonomia do titular do bem jurídico deve repercutir no âmbito de incidência da norma penal, integrando-se à conformação do injusto penal e contribuindo, assim, para delimitar seus contornos, de modo a afetá-lo não apenas quando age de forma consciente e voluntaria a respeito da produção do resultado que constitui elemento típico. Assim como na autolesão, também na autocolocação em perigo a impunidade da conduta de terceiros decorre da devida consideração à autonomia do titular do bem jurídico, que subjaz ao princípio da autorresponsabilidade.

---

[629] Cf. Capítulo 3, item 3.1.3.
[630] Cf. Capítulo 2, item 2.3.

Aquele que, após a conduta de outrem, realiza uma conduta que representa uma criação ou incremento de riscos a bens jurídicos de sua titularidade, diretamente vinculada à concretização do resultado, de forma responsável e consciente dos fatores de risco envolvidos, age no exercício de uma liberdade que lhe é reconhecida em respeito à sua autonomia, encerrando em si mesmo o curso do evento lesivo. O terceiro interveniente, por sua vez, cria ou incrementa um risco que, mesmo, em princípio, juridicamente desaprovado, somente por intermédio dessa conduta posterior pode realizar-se no resultado. Uma vez que o fato se circunscreve à esfera de liberdade do atingido, não se justifica a restrição da liberdade daquele, porquanto representaria uma medida inadequada à proteção de bens jurídicos individuais.

A punição da participação dolosa em suicídio, por força do art. 122, do CP brasileiro, não repercute no alcance de outros tipos penais, pois se trata de uma disposição absolutamente excepcional, da qual não se podem extrair consequências que restrinjam direitos em hipóteses diversas. A incidência da norma penal deve, então, como regra, retroceder em face da intervenção do titular do bem jurídico, no exercício de sua autodeterminação.

Analogamente à autolesão,[631] pode-se caracterizar a autocolocação em perigo quando o ofendido executa, por si mesmo, a conduta que cria ou incrementa o risco que se realiza no resultado, tal como propõe ROXIN,[632] o que tem como consequência a exclusão da responsabilidade penal dos demais intervenientes.

Assim, aquele que conduz veículo automotor em uma competição automobilística não autorizada, em zona urbana, autocoloca-se em perigo, de modo que os demais envolvidos, mesmo que o tenham instigado ou desafiado a participar, não devem responder por eventuais lesões que venha a sofrer durante o percurso como desdobramento de sua própria conduta. Da mesma forma, se alguém injeta em si mesmo certa quantidade de heroína e falece em decorrência de uma overdose, aquele que lhe forneceu a seringa e, inclusive, a droga, tampouco deve responder pelo resultado. Semelhante é o caso, julgado pelo BGH,[633] em que um sacerdote decidiu livremente entrar em local em quarentena e foi contaminado de varíola, no qual, diversamente da decisão do tribunal, o acusado não deveria ser condenado pela transmissão da enfermidade ao sacerdote, mas somente aos demais. Outro exemplo se

[631] Cf. Capítulo 2, item 2.3.
[632] *Derecho Penal*, cit., p. 388 e 389; ROXIN, Sobre a discussão…, cit., p. 570. Cf. Capítulo 3, item 3.1.3.
[633] BGHSt 17, 359. Cf. ROXIN, *Derecho Penal*, cit., cit., p. 388.

encontra no caso, também julgado pelo BGH,[634] em que, em uma reunião de adolescentes, às margens de um lago, o acusado ofereceu aos demais uma infusão à base de uma planta que contém substâncias alucinógenas, informando-lhes dos efeitos que poderiam esperar da ingestão e advertindo-lhes de que não deveriam beber mais de uma xícara, mas, um dos presentes, a despeito dos avisos, bebeu duas xícaras e, no transcurso da noite, caiu no lago e se afogou em uma área de pouca profundidade. Trata-se também de uma intervenção do acusado na autocolocação em perigo do ofendido, motivo pelo qual não se lhe pode atribuir a morte, tal como entendeu o tribunal. A conduta de terceiros que cria um risco que, apenas por intermédio da interferência responsável do titular do bem jurídico, leva ao resultado, não se insere no âmbito da proibição, pois não implica uma violação de sua autonomia.

Por outro lado, pode-se afirmar que há uma heterocolocação em perigo quando o agente não apenas entrega a droga para o consumidor, mas a injeta, a seu pedido ou com o seu consentimento, ou se o passageiro do carro pede ou aceita que o condutor exceda a velocidade permitida para a via ou que conduza em estado de embriaguez ou contravenha outras normas de segurança no trânsito, ou ainda, se alguém consente em ter relações sexuais desprotegidas com portador do vírus HIV. Nesses exemplos, é o agente quem executa a conduta que cria o risco que se realiza, diretamente, no resultado.

Não é, entretanto, apenas diante da autocolocação em perigo do titular do bem jurídico, tal como caracterizada, que a conduta do terceiro que intervém juntamente com ele no fato não constitui um injusto penal, tal como assinala a doutrina majoritária, a despeito das divergências quanto à determinação dos demais casos em que se pode chegar a essa conclusão.

Orientado-se segundo a diretriz do livre desenvolvimento da personalidade no meio social, ao Direito Penal não incumbe a proteção de bens jurídicos individuais contra a vontade do titular. A norma penal não deve, portanto, abranger condutas que não representem uma violação da esfera de autonomia daquele que é diretamente afetado por suas consequências. Quando a vítima aceita, de forma livre e consciente a respeito dos fatores de risco presentes, expor-se à conduta do agente, aderindo plenamente à sua realização, não se dá uma violação de sua autonomia e, portanto, também nesse caso, a limitação da liberdade deste seria inadequada para a proteção de bens jurídicos individuais.

---

[634] BGH NStZ 1985, 25. Cf. CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima...*, cit., p. 27 e 28.

A decisão do titular do bem jurídico deve, portanto, ser considerada na demarcação da incidência do tipo penal: uma vez que a colocação em perigo por terceiro consentida não vai de encontro ao exercício de sua autonomia, não é, em regra, tipicamente relevante.

Se, por exemplo, alguém aplica uma injeção de heroína em outrem, atendendo a seu pedido, caso este venha a falecer como consequência do consumo, aquele não deve responder pela morte, porquanto o resultado se produz em consequência de uma livre decisão da vítima que toca bens jurídicos de sua titularidade. Da mesma forma, se a vítima insiste em ter relações sexuais, sem o uso de preservativos, com alguém que sabe ser portador do vírus HIV, caso resulte infectada, este tampouco deve responder pela transmissão de AIDS, uma vez que a sua conduta não viola a autonomia da vítima, em função da qual o Direito Penal protege a saúde e a integridade física. Nesses casos, ao expor-se livremente à conduta de terceiro que cria um risco para si, o titular do bem jurídico a assimila em sua totalidade.

Para que se possa falar em uma decisão autônoma, é necessário que a vítima conheça os fatores de risco envolvidos na conduta do agente. Não basta, portanto, a mera cognoscibilidade para que se afaste a responsabilidade penal. Ao criticar esse entendimento, CANCIO MELIÁ menciona, como exemplo, que, se alguém concorda em ter relações sexuais, sem proteção, com pessoa que se prostitui, o eventual contágio de AIDS não é imputável a esta, mesmo que saiba da própria enfermidade e não a informe ao parceiro. Essa posição, no entanto, é objetável, e não apenas em face da arbitrariedade do corte normativo para estabelecer os casos em que seria "incumbência da vítima" prever a possibilidade de contágio, mormente porque a previsibilidade, em tese, poderia ser praticamente generalizada. Ainda que a vítima preveja que o parceiro seja soropositivo e decida manter relações sexuais desprotegidas a despeito disso, a efetiva existência da enfermidade introduz um fator adicional à interação entre ambos, que a altera de forma significativa e não integra a sua decisão. Apenas se pode afirmar que a vítima se determina de forma plenamente autônoma se tem conhecimento dos fatores relevantes relativos à conduta arriscada a que se expõe. Por outro lado, no exemplo, não é preciso que o próprio agente lhe informe a respeito do risco de contágio de AIDS, se ele tomar conhecimento dessa circunstância por outros meios e consentir, de todo modo, nas relações.

Ademais, para que se afaste a responsabilidade penal de terceiros, o risco em que o titular do bem jurídico consente deve ser, precisamente, aquele que se materializa no resultado, porquanto apenas então se pode afirmar que a conduta de outrem não representa uma violação de sua autonomia. Caso o resultado decorra de um risco superior àquele no qual consentiu, a sua intervenção no fato não pode excluir o injusto penal.

Exemplo em que há a criação de um risco superior ao abrangido pela manifestação de vontade da vítima se encontra em caso julgado pelo RG,[635] no qual o acusado realizou uma excursão com um amigo, levando-o como passageiro em uma motocicleta, durante a qual se produziu um acidente. Na ida, o acusado percebeu que os freios não funcionavam corretamente, e, na volta, devido a esse defeito e à velocidade elevada em que conduzia, houve uma colisão, que resultou na morte do passageiro. Embora ressaltando que o consentimento não afastaria a condenação porque os deveres de cuidado nesse âmbito são absolutos, o tribunal entendeu, com razão, que não houve consentimento, pois a vítima não sabia do estado defeituoso dos freios e não havia provas de que haveria aprovado a condução temerária.

Outro exemplo se encontra no mencionado caso da garrafa, julgado pelo TS espanhol, em que a vítima desafiou o acusado a acertar, com um disparo de arma de fogo, uma garrafa da qual bebia e foi atingida porque o disparo se deu, sem prévio aviso, no exato momento em que movimentou o corpo. Com efeito, o acusado introduziu um elemento adicional ao executar a conduta de modo contrário ao combinado, criando um risco superior àquele em que a vítima havia consentido e, portanto, tal como decidiu o tribunal, a morte deve ser-lhe imputada.

Na atividade arriscada desenvolvida conjuntamente, para a análise da relevância da conduta do titular do bem jurídico na valoração do fato, deve-se reconhecer-lhe uma margem de confiança, dentro da qual a sua intervenção não afeta a configuração do injusto penal, em atenção a expectativas que pode legitimamente manter a respeito do controle dos acontecimentos pelo agente, que integram a sua decisão de expor-se à conduta que cria ou incrementam o risco de produção do resultado.

Se a vítima aceita ou pede para ser passageira em um automóvel conduzido por uma pessoa que se encontra em estado de embriaguez, a solução acerca da atribuição de uma eventual lesão ao agente não pode decorrer, automaticamente, dessa manifestação de vontade. A decisão da vítima de entrar no automóvel não implica que o agente esteja isento de toda responsabilidade penal, qualquer que seja a infração que cometa na condução, que culmine no resultado. A vítima pode, em princípio, confiar que o agente adaptará a forma de conduzir o veículo ao fim de minimizar o risco representado pelo comprometimento de suas capacidades decorrente da ingestão de bebidas alcoólicas. Dessa forma, caso o agente contrarie expectativas razoáveis quanto à condução nessas circunstâncias, realizando

[635] JW 1925M 2250 a 2252. Cf. CANCIO MELIÁ, Conducta de la víctima... cit., p. 32.

manobras arriscadas, por exemplo, deve responder pela eventual morte ou lesão corporal decorrentes, independentemente da decisão da vítima, restrita ao momento inicial.

Observação semelhante pode influenciar a solução do caso do "autosurfista", oriundo da jurisprudência alemã,[636] no qual vários jovens se colocaram de pé em cima de um automóvel, equilibrando-se, enquanto o agente dirigia a uma velocidade entre 70 e 80 km/h, e um deles caiu e sofreu lesões corporais. Nesse exemplo, tendo em vista o consentimento da vítima quanto ao fato, o agente não deve responder pelo resultado, desde que se produza quando conduz o veículo de acordo com expectativas razoáveis no contexto, isto é, cumprindo as normas de trânsito e, ademais, evitando realizar movimentos bruscos, de modo a adequar a condução à situação excepcional em que se encontra. Do contrário, não há óbice à aplicação da norma penal correspondente.

Soluções coincidentes são apresentadas por JUAREZ TAVARES a hipóteses semelhantes. Assim, se um motorista transporta algumas pessoas na caçamba aberta de seu caminhão, atendendo a seus pedidos, deve ser penalmente responsabilizado se a queda da vítima e a consequente lesão se verificarem como uma consequência normal da condução do veículo; se, porém, ocorrerem porque o motorista dirige em alta velocidade e derrapa, há imputação, uma vez que sua conduta "excedeu os limites compreendidos pelo consentimento da vítima".[637] Da mesma forma, se o passageiro de um veículo não aceita colocar o cinto de segurança e, numa freada normal, golpeia a cabeça no para-brisas e sofre lesão grave, desde que o motorista se tenha mantido nos limites aceitáveis das regras de condução, a ele não poderá ser imputado o resultado, porque o passageiro, "por ele mesmo, assumiu a responsabilidade de tal evento".[638]

Por outro lado, não cumpre reconhecer ao titular do bem jurídico uma margem de confiança se consente na realização da conduta de terceiro diante de circunstâncias que evidenciam que este não poderia dominar o risco que acarreta. Assim, por exemplo, se a vítima decide entrar no carro conduzido por um motorista embriagado e ocorre um acidente, a despeito da condução correta, em uma situação na qual o agente poderia evitá-lo caso seus reflexos não estivessem comprometidos, mas não pôde devido aos efeitos do álcool sobre seu organismo, ele não deve responder pelo resultado, uma vez que se trata de um desdobramento direto do risco no qual a vítima consentiu, em cujo controle por ele não poderia confiar. As eventuais lesões também não podem ser atribuídas ao motorista se, mesmo sabendo que se

[636] OLG Dusseldorf (NStZ-RR), 1997, p. 325. Cf. ROXIN, La polemica…, cit., p. 3.
[637] TAVARES, *Teoria do crime culposo*, cit., p. 376 e 377.
[638] TAVARES, *Teoria do injusto penal*, cit., p. 294 e 295.

encontrava embriagado, a vítima lhe pede que realize manobras arriscadas, que alguém em seu estado teria uma reduzida capacidade de executar, mantendo o domínio do veículo, em decorrência das quais se produza o acidente.

Essas considerações também influenciam a solução do famoso caso do Rio Memel. Embora ao barqueiro incumba conduzir o barco durante a travessia, a tempestade representa um fator de risco que afeta de modo significativo suas habilidades, tornando absolutamente inseguro o seu controle sobre o barco no trajeto a ser percorrido, mesmo que adote todas as medidas cabíveis para adaptar-se à situação. Uma vez que as vítimas tinham conhecimento total dos riscos envolvidos, graças aos insistentes alertas do barqueiro, e, não obstante, decidiram realizar a travessia, ele também não deve responder pelas mortes.

Nessa ordem de ideias, no caso da garrafa, julgado pelo TS espanhol, se, mediante prévio aviso, a vítima se mantivesse imóvel e, não obstante, o disparo a atingisse, seria possível, em princípio, afastar a responsabilidade penal do agente, desde que não se possa afirmar que ela poderia confiar em seu domínio sobre o risco, quer dizer, que não seja possível respaldar a sua expectativa de que o resultado não se produza. As circunstâncias do caso concreto devem ser consideradas na decisão, como, por exemplo, declarações anteriores do agente de que teria excelente pontaria ou eventual ingestão de bebidas alcoólicas por ele antes do disparo.

Em certos casos, afigura-se fundada a preocupação de ROXIN quanto ao déficit de conhecimento do titular do bem jurídico acerca das habilidades e capacidades de terceiros, que se encontra na base da diferença que propõe quanto ao tratamento da autocolocação em perigo e da heterocolocação e perigo consentida.[639]

São problemáticos, por exemplo, os casos em que, durante uma competição automobilística não autorizada, o passageiro de um dos veículos participantes sofre lesões corporais ou morre em decorrência da condução temerária. No momento em que entra no carro, a vítima não apreende, plenamente, a dimensão dos riscos a que se expõe, submetendo-se a uma sequência de acontecimentos que está exclusivamente nas mãos do agente, na qual possivelmente não poderá interferir de forma eficaz apenas manifestando sua discordância a qualquer momento. Não obstante, uma vez que o seu consentimento se dirige, precisamente, a uma atividade que envolve, por definição, a infração de regras de trânsito, representa uma sujeição, em princípio, a desenvolvimentos imprevisíveis. Diante das circunstâncias do caso

[639] ROXIN, Sobre a discussão..., cit., p. 568. Cf. Capítulo 3, item 3.2.1.

concreto é possível, porém, aferir se cabe reconhecer-lhe um espaço de confiança a respeito da conduta do agente, de modo que a sua conduta não afastaria o injusto penal.

Dessa forma, observadas certas exigências, admite-se que também aquele que coloca em perigo o titular do bem jurídico, com o seu consentimento, não comete, em princípio, um injusto penal, em face de reflexões materiais relativas à inexistência de uma violação da liberdade do titular a respeito de seus próprios bens jurídicos, que afetam o juízo de necessidade e adequação da limitação da liberdade do destinatário da norma penal para a sua proteção. A distinção entre autocolocação em perigo e heterocolocação em perigo consentida assume, portanto, uma importância secundária, uma vez que a decisão acerca da responsabilidade penal de terceiros não se condiciona à classificação do fato em um ou outro grupo.

A fim de aferir a configuração do injusto penal em face da intervenção da vítima no fato, ademais, não é relevante, como regra, que a conduta do agente seja dolosa ou culposa. Assim, a conclusão em favor da impunidade não é alterada se aquele que entrega cocaína para o consumidor assume o risco de sua morte, ou se o portador do vírus HIV quer, efetivamente, transmiti-lo ao parceiro em relações sexuais sem o uso de preservativos.

A indisponibilidade do bem jurídico não afeta, como regra, as considerações precedentes. É certo, como visto, que o ordenamento jurídico nacional não admite a disposição direta da vida, negando eficácia à manifestação de vontade da pessoa que quer morrer e delega essa decisão a outra, deixando nas mãos desta a conduta que conduz, definitivamente, ao resultado. Ao consentir em expor-se a um risco, ainda que, em princípio, juridicamente desaprovado, no entanto, a conduta do titular do bem jurídico não se equipara, normalmente, a uma disposição da própria vida. A limitação da liberdade de dispor diretamente não implica uma limitação semelhante da liberdade de colocar-se em perigo, inclusive por meio da conduta de terceiros.

Dessa forma, aquela restrição apenas pode incidir, de modo que o consentimento não seria relevante para afastar a responsabilidade penal, quando se aproximar estritamente de uma disposição direta da própria vida, ainda que aquele que consente não a encare como tal porque não quer o resultado. Observe-se, ademais, que essa situação pode apresentar-se, frequentemente, como uma instrumentalização da vítima pelo agente, caso em que não se poderia afirmar que concorre uma decisão autônoma a respeito do fato.

Em conformidade com essas observações e respeitados os limites apontados, a intervenção em uma autocolocação em perigo, bem como a heterocolocação em perigo consentida, como regra, não se inserem no alcance do tipo penal, afastando, portanto, a

imputação objetiva, tal como propõe ROXIN,[640] embora não admita essa resposta com a mesmo extensão assinalada no tocante à segunda hipótese. Trata-se, também nesses casos, da delimitação do âmbito da proibição em face da autonomia do titular do bem jurídico. Como já se disse a respeito da intervenção em autolesão,[641] porém, essas considerações referem-se não a um terceiro escalão da imputação objetiva, a ser analisado após a imputação do resultado, mas à definição da conduta típica, embora mereça uma abordagem independente dos demais fatores que concorrem nesse plano, diante de sua especificidade.[642]

Cumpre, ademais, uma breve menção à responsabilidade pelo resultado, em comissão por omissão, daquele que cria ou incrementa o risco juridicamente desaprovado, quando há intervenção responsável do titular do bem jurídico Se o agente, após o momento inicial em que contribui para a situação de risco, abandona a vítima que precisa de socorro, pode-se cogitar de atribuir-lhe a responsabilidade por crime de homicídio ou de lesões corporais, em omissão imprópria. Essa possibilidade não está, à primeira vista, excluída, em face da alínea "c", do § 2º, do art. 13, do CP, que determina que o dever de agir para evitar o resultado incumbe a quem, "com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado".

Essa postura foi adotada pelo BGH, em caso de entrega de heroína que resultou na morte do consumidor, no qual admitiu que a conduta ativa de entrega caracteriza apenas participação impune em uma autocolocação em perigo, mas condenou o agente por homicídio culposo por omissão, tendo em vista que não procurou a necessária assistência médica quando a vítima perdeu a consciência.[643]

Não obstante, admitir uma comissão por omissão nesse âmbito implica uma "contradição valorativa" diante das respostas ditadas pelo respeito à autonomia do titular do bem jurídico e de sua tradução dogmática.[644] Se não é imputável ao fornecedor a criação da situação de perigo que leva ao resultado, tampouco é possível derivar de sua conduta um dever de evitá-lo e a consequente responsabilidade por omissão imprópria. Do contrário, opera-se um rodeio que invalida a já firmada impunidade da intervenção em autocolocação em perigo ou da heterocolocação em perigo consentida.[645]

---

[640] ROXIN, Sobre el fin..., cit. Cf. Capítulo 3, itens 3.1.3 e 3.2.1.
[641] Cf. Capítulo 2, item 2.3.
[642] Nesse sentido: CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima...*, cit., p. 305 e ss.; FRISCH, *Comportamiento típico*…, cit., p. 171 e ss.; GANDARA VALLEJO, *Consentimiento*... cit., p. 153; GRECO, Imputação objetiva, cit., p. 118; GRECO, *Um panorama...*, cit., p. 62 e ss.; JAKOBS, *Derecho Penal*, cit., p. 288 e ss.
[643] BGH NStZ 1984, 452. Cf. ROXIN, *Derecho Penal*, cit., p. 390 e CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima...*, cit., p. 316.
[644] CANCIO MELIÁ, *Conducta de la víctima...*, cit., p. 316.
[645] Nesse sentido, ROXIN, *Derecho Penal*, cit., p. 390; JAKOBS, *Derecho Penal*, cit., p. 758 e 759.

A conduta que, como ação, não fundamenta responsabilidade, tampouco pode fundamentá-la devido a uma omissão subsequente. Se a intervenção da vítima é decisiva para afastar a imputação do fato ao agente, a despeito do nexo de causalidade, essa circunstância deve, também, afastar o dever de garantidor que surgiria com a conduta anterior que cria o perigo;[646] do contrário, promove-se uma extensão indevida do âmbito da tipicidade. Assim, em casos como o mencionado, o agente deve responder apenas por um crime de omissão de socorro, em conformidade com o art. 135, do CP, presentes todas as respectivas elementares típicas.

[646] TAVARES, *Teoria do crime culposo*, p. 373.

CONCLUSÃO

A vítima não é sempre um "mero objeto, neutro e passivo, sobre o qual recai o delito". Essa constatação, introduzida pelos primeiros estudos da Vitimologia, reflete-se e consolida-se na dogmática penal, que passa a dedicar uma atenção maior a uma figura até recentemente esquecida, a despeito da posição central que ocupa no fato. Ao longo do presente estudo, destacaram-se diversas formas de contribuição da vítima na produção de um resultado que constitui elemento de uma norma penal, assinalando os muitos caminhos adotados pela doutrina e pela jurisprudência para responder aos problemas que suscita e delimitar os casos e condições nos quais se pode concluir que afasta o injusto penal, com repercussões práticas de grande alcance.

Desde os estudos de LISZT e BELING, é constante a ideia de que o injusto penal pode ser considerado a partir da tipicidade e da antijuridicidade, conquanto a compreensão de cada uma e a sua relação hajam sofrido modificações significativas ao longo da evolução da dogmática penal. Sob a influência do funcionalismo, sobretudo da vertente teleológica desenvolvida por ROXIN, com destaque para a orientação político-criminal do sistema, o tipo valora a conduta de acordo com a necessidade da pena, refletindo a coordenação abstrata da liberdade de ação do destinatário da norma penal e da proteção de bens jurídicos, e a antijuridicidade agrega a solução social de conflitos, permitindo o julgamento da conduta típica em face da situação concreta.

Na tradição romano-germânica, a concepção material do delito tem por base a teoria da proteção de bens jurídicos, que, a despeito das críticas que recebe nas últimas décadas, mormente quanto às dificuldades de delimitação do conceito e de adequação às legislações penais contemporâneas, pode apresentar diretrizes importantes para a compreensão dos limites da legitimidade da intervenção penal, quer como parâmetro para a crítica da lei e a orientação do legislador, quer como referencial indispensável à interpretação dos tipos penais e à demarcação do âmbito do punível. A inserção do Direito Penal no contexto de um Estado Democrático de Direito, que tem como princípios essenciais a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, permite uma concreção basilar do conceito de bem jurídico como aquilo que serve ao livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo no meio social.

Como desdobramento da teoria da proteção de bens jurídicos na dogmática, a teoria da imputação objetiva procura restringir o tipo objetivo, esquecido durante décadas sob

a influência do finalismo, exigindo, para a sua configuração, não apenas a relação de causalidade, mas também a criação de um risco juridicamente desaprovado e a realização desse risco no resultado. A despeito das divergências entre seus defensores e das críticas persistentes que encontra em um setor da doutrina, os fundamentos materiais nos quais se apoia, vinculados à função do Direito Penal, demandam o seu acolhimento e ulterior desenvolvimento.

Embora a teoria da imputação objetiva se associe, em um momento inicial, ao problema da relação entre ação e resultado, para impedir os excessos a que podem conduzir as teorias da causalidade, seus princípios adquirem uma importância que o transcende. Em consonância com as considerações de FRISCH, a criação de um risco juridicamente desaprovado se refere à definição da conduta proibida, acrescendo-se à compreensão do desvalor da ação, enquanto a realização do risco no resultado se refere à relação entre a ação e o resultado, integrando o desvalor do resultado.

Na análise da relevância da conduta da vítima no marco do injusto penal, é indispensável considerar a imagem da pessoa que subjaz à ordem constitucional vigente, que determina o respeito à autonomia e, assim, a garantia de uma esfera de liberdade a cada um e seu reconhecimento recíproco na interação entre o agente e a vítima. O respeito à autonomia pessoal, em conexão com a teoria do bem jurídico, impõe limites à intervenção penal, opondo-se a formas de paternalismo e moralismo jurídicos. Como limite mínimo, é, portanto, inadmissível o emprego da pena contra a pessoa que realiza uma conduta cujas consequências diretas se limitam a si mesma, como reflexo do exercício de um direito.

Os casos em que a conduta do titular do bem jurídico se dirige, de forma consciente e voluntária, à produção do resultado são subdivididos em casos de autolesão e de consentimento na lesão por outrem, em atenção às valorações diversas que lhes confere o ordenamento jurídico, evidenciadas pelo tratamento dispensado a terceiros intervenientes quando o bem jurídico afetado é considerado indisponível, quer porque a participação na autolesão é impune, mas a heterolesão não, quer porque ambas não punidas, mas à primeira é cominada uma pena em patamares inferiores.

Existe um consenso firme a respeito da impunidade da participação em autolesão, salvo quando expressamente tipificada, tal como a participação em suicídio, no art. 122, do CP. Uma vez que essa conclusão pode ser facilmente atingida por meio de uma interpretação sistemática, raramente são enfocados os fundamentos do juízo manifesto no direito positivo, postura que leva a dificuldades de resposta a determinados problemas, como a delimitação desse grupo de casos frente aos demais e afirmação da impunidade da participação culposa

em autolesão. Afigura-se insatisfatório o enfoque doutrinário que pretende tratar a interação entre o agente e a vítima como um concurso de agentes, aplicando as regras correspondentes, porquanto desconsidera a especial qualidade de um dos intervenientes e, ademais, não permite uma solução adequada e coerente da participação culposa em autolesão, em face do conceito unitário de autor adotado no âmbito do delito culposo pela doutrina nacional dominante. Outros argumentos desenvolvidos na Alemanha para chegar à mesma conclusão a respeito da impunidade da participação culposa em autolesão enfrentam dificuldades no traslado para o ordenamento jurídico nacional, porquanto tomam como ponto de partida a impunidade da participação dolosa em suicídio naquele ordenamento jurídico. É necessário, portanto, ressaltar o fundamento material da solução incontroversa apontada para esse grupo de casos, que atente para a especial qualidade da vítima e destaque, na sua delimitação, as razões da valoração especial que recebe do legislador.

O consentimento do titular do bem jurídico na lesão por terceiro também suscita dificuldades em âmbito nacional, devido à ausência de disposição legal expressa a respeito e à hesitação da doutrina em admiti-lo. Essa postura, no entanto, não se sustenta diante de exemplos que evidenciam a relevância do consentimento. Na análise de diversos argumentos correntes para fundamentá-la e do enquadramento sistemático a que conduzem, quer no plano da antijuridicidade, quer no plano da tipicidade – renúncia ao interesse, renúncia à proteção penal, ponderação de interesses, decaimento parcial do bem jurídico e integração da liberdade ao âmbito de tutela da norma penal –, sobressai o seu vínculo com diversas concepções materiais do delito e com a subjacente relação entre indivíduo, sociedade e Estado, refletindo formas distintas de articular a liberdade do titular do bem jurídico no Direito Penal.

O reconhecimento da autonomia pessoal está na base da impunidade de terceiros que intervém em uma autolesão, porquanto não seria necessária e adequada a limitação da liberdade dos demais quanto a condutas que apenas alcançam o resultado por intermédio de uma conduta responsável do titular do bem jurídico, no âmbito de sua própria esfera de liberdade. Essas considerações encontram reflexo no ordenamento jurídico, embora ocasionalmente excepcionadas na incriminação da intervenção dolosa em suicídio, que constitui disposição extraordinária e, portanto, não deve repercutir em outras normas penais. A intervenção em autolesão não se insere no fim de proteção da norma penal e, portanto, nesse caso, afasta-se a imputação objetiva, como questão pertinente ao seu primeiro nível, isto é, à definição da conduta típica.

Com base na especificidade da interação entre o agente e a vítima e nas razões da valoração especial que recebe do legislador, a delimitação da intervenção em autolesão frente

à heterolesão consentida deve destacar o domínio da decisão sobre a produção do resultado como fator essencial, que conduz ao critério da execução da conduta que leva diretamente ao resultado, de modo que, se cabe à vítima, o agente apenas participa de uma autolesão.

A relevância do consentimento do titular do bem jurídico também encontra fundamento no respeito à sua autonomia, ainda que de modo limitado. O conceito de bem jurídico traçado, atrelado à ordem constitucional vigente e orientado segundo o livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo no meio social, ademais, indica que o consentimento incide no plano da tipicidade, porquanto afasta a possibilidade de lesão ao bem jurídico tutelado pela norma penal.

Na questão da disponibilidade ou indisponibilidade de bens jurídicos, essencial para a definição do alcance da relevância do consentimento, impõe-se reconhecer a disponibilidade como regra, porquanto a disposição reflete o exercício de liberdade assegurada a cada um, o que determina uma modificação da visão tradicional, que concebe a disponibilidade como excepcional em face do caráter público do Direito Penal. Para que o bem jurídico seja tido como indisponível, uma vez em que significa uma restrição de direito, é necessário cumprir o correspondente ônus argumentativo, conquanto dificilmente seja possível evitar o recurso a considerações de cunho paternalista ou moralista.

Nesse contexto, admite-se que a indisponibilidade da vida, como regra, é compatível com a ordem constitucional, tendo em vista a necessidade de reafirmar a sua importância nas relações sociais, a gravidade e a irreversibilidade da lesão e a probabilidade de uma decisão irrefletida. Por outro lado, impõe-se admitir a disponibilidade da saúde e da integridade física, apenas afastada quando expressamente o disponha a lei, e a exigência de aferir a compatibilidade das restrições legais a esse direito com a Constituição.

Os casos em que o titular do bem jurídico contribui para a produção do resultado, mas não o quer, a partir da proposta de ROXIN, também são comumente divididos em casos de autocolocação em perigo e casos de consentimento na colocação em perigo por terceiro, conquanto sejam diversos os enfoques dogmáticos que sustentam essa divisão.

Entre os autores que se ocupam do tema, também existe um consenso a respeito da impunidade da participação em autocolocação em perigo, a partir de distintos argumentos, que também raramente tocam as bases materiais dessa conclusão, o que explica o emprego de critérios muitas vezes confusos para delimitar esse grupo de casos, além das confluência de respostas as mais diversas para os mesmos exemplos, nem sempre compatíveis com as próprias premissas. A vertente que pretende tratar dessa questão como um concurso de agentes, tal como se dá na autolesão, não se mostra satisfatória, pois, além de desconsiderar a

peculiaridade da interação entre a vítima e o agente, não explica a impunidade da participação culposa em autocolocação em perigo diante do conceito unitário de autor acolhido no âmbito do delito culposo e conduz a soluções frequentemente desconexas ao adotar, para a caracterização desse grupo de casos, o critério do domínio do fato, que, de acordo com a compreensão usual, adequa-se apenas a delitos dolosos. O argumento de ROXIN, que sustenta a mesma conclusão como consequência do tratamento da participação em suicídio, no StGB, inserindo-a na imputação objetiva, não pode ser diretamente aplicado no ordenamento jurídico nacional, tampouco satisfatoriamente adaptado à disciplina legal diversa, na medida em que se detém em aspectos formais. É necessário buscar o fundamento material da exclusão da responsabilidade penal daquele que intervém na autocolocação em perigo.

A intervenção do titular do bem jurídico na heterocolocação em perigo, por outro lado, enseja muitas controvérsias quanto a se e sob que pressupostos pode afetar a valoração da conduta de terceiros, de modo excluir o injusto penal. A proposta de ROXIN, segundo a qual é possível negar a imputação objetiva quando o fato se equipara a uma autocolocação em perigo é objetável sobretudo diante da incoerência entre as condições que aponta como necessárias para essa equiparação e as razões pelas quais entende que a heterocolocação em perigo consentida, diversamente da participação em autocolocação em perigo, deve, em princípio, ser punida. A ideia de remeter a solução à figura do consentimento, tradicional na doutrina por meio da teoria que entende que, nos delitos culposos, o consentimento tem por objeto apenas a ação ou o risco, e não o resultado, representa um ponto de vista relevante, mas não destaca devidamente a especificidade dessa situação frente ao consentimento que abrange o resultado, no qual há a disposição direta de um bem jurídico disponível. As figuras do consentimento não final e da atuação a próprio risco propostas por JAKOBS, por sua vez, ao conduzirem, em conjunto, à irrelevância do aspecto subjetivo da vítima na solução, abrem margem para a exclusão do injusto penal em um âmbito excessivamente amplo de casos e, ademais, partem da existência de deveres de autoproteção, objetáveis não apenas devido à carência de fundamentação, mas também à indefinição de seu conteúdo.

O princípio da autorresponsabilidade também é frequentemente referenciado como base do tratamento da intervenção da vítima. As concepções que o tomam como ponto de partida para a delimitação de âmbitos de responsabilidade, mormente aquelas que procuram indicar a exclusão da imputação objetiva com base em critérios desvinculados quer da forma como a vítima contribui para o evento, quer de sua perspectiva subjetiva, assemelham-se às considerações de JAKOBS sobre o tema, mormente à figura da atuação a

próprio risco e, portanto, submetem-se às mesmas críticas. Por sua vez, a concepção de FRISCH, salientando a inserção da liberdade da vítima na ponderação em que se baseia a definição do comportamento típico, indica considerações relevantes para a análise da questão.

As muitas controvérsias que cercam a intervenção da vítima que contribui para o resultado, mas não o quer, ressaltam a necessidade de considerações de ordem material para determinar os parâmetros que devem orientar a aferição da responsabilidade penal de terceiros. A autonomia recíproca dos intervenientes deve adentrar a norma penal, de modo a afetar a demarcação dos limites impostos à liberdade do agente em atenção à liberdade da vítima.

Em primeiro lugar, se o resultado decorre de uma autocolocação em perigo, o agente não deve responder por ele, uma vez que não seria admissível a restrição de sua liberdade para a proteção de bens jurídicos que apenas são atingidos por intermédio de uma atuação responsável da própria vítima. Trata-se dos casos em que o titular do bem jurídico executa por si mesmo a conduta que leva diretamente ao resultado. Ademais, o reconhecimento da autonomia pessoal também deve repercutir de modo a afastar o injusto penal quando a vítima consente em expor-se à conduta arriscada do agente. Desse modo, a distinção entre autocolocação em perigo e consentimento em colocação em perigo por terceiro tem importância reduzida na solução de casos concretos, pois não é decisiva.

Para que se possa dizer que a intervenção do titular do bem jurídico implica que a conduta de terceiros não representa uma violação de sua autonomia, no entanto, é necessário que ele apreenda plenamente o risco que comporta, que haja uma estrita correlação entre o risco que assume e o risco que se realiza no resultado e que não se lhe possa reconhecer, na situação concreta, uma margem de confiança no controle do risco pelos demais intervenientes.

Refletindo a delimitação de esferas de liberdade da vítima e do agente em face da norma penal, pode-se afirmar, também, que a conduta da vítima afasta a imputação objetiva em caso de participação em autocolocação em perigo e heterocolocação em perigo consentida, de acordo com os parâmetros assinalados, como questão também pertinente à determinação da conduta típica.

A indisponibilidade do bem jurídico não afeta a solução dos casos de consentimento na colocação em perigo por terceiro da mesma forma que afeta o consentimento na lesão por terceiro, porquanto o que o ordenamento jurídico rechaça é a disposição direta, o que não se verifica, como regra, quando o titular se limita a consentir que lhe exponham a risco. Assim, mesmo que a conduta do agente crie ou incremente um risco

que se realiza na morte de outrem, a intervenção da vítima na produção do resultado pode afastar a sua responsabilidade penal. Apenas existe um óbice a essa conclusão quando o consentimento na colocação em perigo possa equiparar-se ao consentimento na própria lesão.

Assim, são apresentados lineamentos gerais acerca da intervenção da vítima no evento que conduz ao resultado e sua inserção na teoria do injusto penal, como desdobramentos de sua qualidade de titular dos bem jurídico e do reconhecimento de sua autonomia, que indicam que a sua liberdade deve ser considerada na análise da restrição da liberdade de terceiros, incidindo na delimitação do alcance da norma penal.

A complexidade da questão que motivou o presente estudo, no entanto, não se esgota nesses lineamentos. As muitas divergências que suscita demonstram a grande dificuldade da tarefa de assinalar-lhe respostas definitivas. Ademais, ao afastar-se a suposição de que a vítima age de forma responsável, levanta-se uma grande gama de questionamentos acerca das condições sob as quais a sua intervenção, em qualquer de suas formas, pode ser julgada relevante ou não, mormente nas questões pertinentes à capacidade e aos fatores que comprometem a voluntariedade de sua decisão. Há, então, um longo caminho a percorrer para a solução de casos concretos.

REFERÊNCIAS

ALAGIA, Alejandro. El consentimiento en la dogmática penal. *Nueva Doctrina Penal*, Buenos Aires, p.313-320, 1999.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

AMELUNG, Knut. O conceito de bem jurídico na teoria jurídico-penal da proteção de bens jurídicos. Tradução de Luis Greco. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara. (Orgs.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar*? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 117-158.

ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e acordo em Direito Penal.* Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di Diritto Penale*: parte generale. 7. ed. Milão: Giuffrè Editore, 1975.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. Disponibilidad de la propia vida. In: BARREIRO, Agustin (coord.). *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*. Navarra: Aranzadi, 2005. p. 1129-1143.

BARATTA, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do Direito Penal: lineamentos de uma teoria do bem jurídico. *RBCCrim*, [S.l.], v. 2, n. 5, p. 5-24, jan./mar., 1994.

BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008.

_____. *Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas.* São Paulo: Saraiva, 2011.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Da teoria do bem jurídico como critério de legitimidade do Direito Penal*. 2010. 464 f. Tese (Livre Docência em Direito) – USP, São Paulo, 2010.

BELING, Ernst. *Esquema de Derecho Penal. La doctrina del delito tipo*. Tradução de Sebastián Soler. Buenos Aires: El Foro, 2002.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. *El delito de lesiones*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 1982.

BERISTAIN IPINA, Antoine. La victimologia creadora de nuevos derechos humanos. In: _____. *Victimologia*. San Sebastian: Universidad Del Pais Vasco, 1989. p. 205-228.

BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, [19--]. V. 1.

BINDING, Karl. *Compendio di Diritto Penale*. Roma: Atheneum, 1927.

BIRNBAUM, Johann Michael Franz. *Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito.* Tradução do alemão de José Luis Guzmán Dálbora. Buenos Aires: B. de F., 2010.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*: parte geral. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BONET ESTEVA, Margarita. *La víctima del delito*: la autopuesta en peligro como causa de exclusión del tipo de injusto. Madrid: McGraw-Hill, 1999.

BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*: parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. T. II.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Política criminal e injusto: política criminal, bem jurídico, desvalor do ato e do resultado. *Revista de Direito Penal,* Rio de Janeiro, n. 30, p.38-54, jul./dez. 1980.

_____; LARRAURI PIJOAN, Elena. *Victimología:* presente y futuro. Hacia un sistema penal de alternativas. Barcelona: PPU, 1993.

CANCIO MELIÁ, Manuel. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho Penal*. 2. ed. Barcelona: J. M. Bosch, 2001.

_____. Reflexiones sobre la victimadogmática en la teoría del delito. *Revista peruana de ciencias penales,* Lima, n. 9, p.131-176, 1999.

_____. Teoría final de la acción e imputación objetiva: consideraciones sobre la teoría de la adecuación social. *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, Buenos Aires, v. 2, n. 3, p.77-99, 1996.

CARBONELL MATEU, Juan Carlos. Libre desarrollo de la personalidad y delitos contra la vida: dos cuestiones: suicidio y aborto. *Cuadernos de política criminal*, Madrid, n. 45, p.661-672, 1991.

CASAS BARQUERO, Enrique. *El consentimiento en el Derecho Penal*. Córdoba: Universidad de Córdoba,1987.

_____. La importancia del consentimiento en la teoria general del delito. *Doctrina penal*, Buenos Aires, ano 2, n. 41 - 44, p. 213-230, 1988.

CEREZO MIR, José. *Obras completas:* Derecho Penal. Lima: Ara, 2006. T. I.

_____. El tipo de lo injusto de los delitos de acción culposos. *Anuario de derecho penal y ciencias penales,* Madrid, v. 36, n. 3, p.471-504, set./dez. 1983.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. Consentimiento y disponibilidad sobre bienes jurídicos personales: en particular, eficacia del consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico. In: CEREZO MIR, José et al. *El nuevo Código Penal:* presupuestos y fundamentos: libro homenaje al professor doctor Don Ángel Torío López. Granada: Comares, 1999. p. 261-283.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *El delito imprudente:* criterios de imputación del resultado. 2. ed. Buenos Aires: B. de F., 2008.

_____; GALLEGO SOLER, José Ignacio. Política criminal en el ámbito de la disponibilidad de la vida humana (eutanasia). In: GÓMEZ MARTÍN, Víctor (Coord.); MIR PUIG, Santiago; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (Dir.). *Política criminal y reforma penal.* Madrid: Edisofer, 2007, p. 219-272.

CORNACCHIA, Luigi. Algunas reflexiones en torno al suicidio y la eutanasia. *Cuadernos de política criminal*, Madrid, n. 83, p.91-116, 2004.

CULVER, Charles M.; GERT, Bernard. Paternalistic behavior. *Philosophy & public affairs*, [S.l], v. 6, p. 45-57, 1976.

D'ÁVILA, Fábio Roberto. Aproximações à teoria da exclusiva proteção de bens jurídicos no direito penal contemporâneo. *Revista justiça e sistema criminal:* modernas tendências do sistema criminal, Curitiba, v. 3, n. 4, p.103-124, jan./jun. 2011.

_____. *Crime culposo e a teoria da imputação objetiva.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal:* parte geral. 2. ed. Coimbra: Revista dos Tribunais / Coimbra Ed., 2007. T. I.

_____. Direito Penal e Estado de Direito material: sobre o método, a construção e o sentido da doutrina geral do crime. *Revista de Direito Penal*, Rio de Janeiro, n. 31, p.38-53, jan./jun. 1981.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis; GRACIA MARTÍN, Luis. *Delitos contra bienes juridicos fundamentales*: vida humana independiente y libertad. Valencia: Tirant lo Blanch, 1993.

DWORKIN, Gerald. Moral paternalism. *Law and philosophy*, [S.l.], v. 24, p. 305-319, 2005.

_____. Paternalism. In: FEINBERG, Joel; GROSS, Hyman. *Philosophy of law.* 5th Edition, Belmont: Wadsworth Publishing, 1995, p. 209-219.

_____. Paternalism: some second thoughts. In: _____. *The theory and practice of autonomy*. Cambridge: Cambridge Studies in Philosophy, 1988, p. 121-129.

ESER, Albin. Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Madrid, v. 49, n. 3, p.1021-1046, set./dez. 1996.

FATTAH, Ezzat. Victimology: past, present and future. *Criminologie*, [S.l.], v. 3, n. 1, p. 17-46, 2000.

FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo José. Actuación de la víctima e imputación objetiva: comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 1999. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Madrid, n. 5, p.265-333, jan. 2000.

FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo José. *Homicidio y lesiones imprudentes:* requisitos y límites materiales. Zaragoza: EDIJUS, 1999.

FEINBERG, Joel. *Harm to others*: the moral limits of the criminal law. Nova Iorque: Oxford, 1984. V. I.

_____. *Harm to self*: the moral limits of the criminal law. Nova Iorque: Oxford. 1986. V. 2.

_____. *Harmless wrongdoing*: the moral limits of the criminal law. Nova Iorque: Oxford, 1987. V. 4.

FERNÁNDEZ, Gonzalo D. *Bien jurídico y sistema del delito*: un ensayo de fundamentación dogmática. Buenos Aires: Julio César Faira, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão:* teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania*. Tradução do alemão de Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeier. Buenos Aires: Hammurabi, 2007.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

_____. Provocação ou auxílio ao sucídio. *Revista de Direito Penal,* Rio de Janeiro, 11/12, p.35-47, jul./dez. 1973.

FRISCH, Wolfgang. *Comportamiento típico e imputación del resultado*. Tradução do alemão de Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid; Barcelona: Marcial Pons, 2004.

_____. Desarrollo, lineamientos y preguntas abiertas sobre la teoría de la imputación objetiva del resultado. Tradução do alemão de Cecilia Hopp. *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal,* Buenos Aires, n. 4, p.591-602, abr. 2011.

_____. Lo fascinante, lo acertado y lo problemático de la teoría de la imutación objetiva del resultado. Tradução do alemão de Marcelo A. Sancinetti. In: SANCINETTI, Marcelo A. (Comp.). *Causalidad, riesgo e imputacion*: 100 aos de contribuciones críticas sobre imputación objetiva y subjetiva. Buenos Aires: Hammurabi, 2009, p. 345-382.

_____. La imputación objetiva: estado de la cuestión. Tradução do alemão de Ricardo Robles Planas. In: ROXIN, Claus et al. *Sobre el estado de la teoría del delito:* Seminario en la Universitat Pompeu Fabra. Madrid: Civitas, 2000.

GALLAS, Wilhelm. *La teoría del delito en su momento actual*. Tradução do alemão de Juan Cordoba Roda. Barcelona: Bosch [196-?].

GANDARA VALLEJO, Beatriz. *Consentimiento, bien jurídico e imputación objetiva*. Madrid: Colex, 1995.

GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora. *La puesta en peligro de la vida y/o integridade física asumida voluntariamente por su titular*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho Penal:* parte general. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2009.

_____. *Tratado de Criminología*. 3. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Imputación objetiva, participación en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida. *Revista de Derecho Penal*, Buenos Aires, n. 2, p. 9-39, 2003.

_____. Imputación objetiva y conducta de la víctima. *Revista de Derecho Penal*, Buenos Aires, n. 1, p.107-188, 2010.

_____. Induccion y auxilio al suicidio. In: _____. *Estudios de Derecho Penal*. Civitas, 1976, p. 163-177.

GRECO, Luís. Casas de prostituição (art. 229 do CP) e Direito Penal liberal: reflexões por ocasião do recente julgado do STF (HC 104.467). *RBCCrim*, São Paulo, ano 19, n. 92, p. 431-457, 2011.

_____. Imputação objetiva: uma introdução. In: ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva*. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 1-258.

_____. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. Posse de droga, privacidade, autonomia: reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Argentino sobre a inconstitucionalidade do tipo penal de posse de droga com a finalidade de próprio consumo. *RBCCrim*, São Paulo, ano 18, n. 87, p. 84-102, 2010.

_____. Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto (§ 173 Strafgesetzbuch). *RBCCrim*, São Paulo, v. 18, n. 82, p.165-185, jan./fev. 2010.

HASSEMER, Winfried. Bienes jurídicos en el Derecho Penal. Tradução do alemão de Patricia S. Ziffer. In: BUSTOS RAMÍREZ, Juan J; BAIGUN, David; ARGIBAY, M. (Orgs.). *Carmen Estudios sobre justicia penal:* homenaje ao Profesor Julio B. J. Maier. Buenos Aires: Del Puerto, 2005, p. 63-74.

_____. Consideraciones sobre la víctima del delito. Tradução do alemão de Rocio Cantarero Bandrés. *Anuario de Derecho Penal e Ciencias Penales*, Madrid, n. 1, v. 43, p. 241-259, 1990.

_____. *Fundamentos del Derecho Penal*. Tradução do alemão de Francisco Muñoz Conde e Luis Arroyo Zapatero. Barcelona: José María Bosch, 1984.

_____. Linhas gerais de uma teoria pessoal do bem jurídico. Tradução de Fernanda Lara Tórtima. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara. (Orgs.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar*? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 15-24.

HART, Herbert L. A. *Direito, liberdade, moralidade.* Tradução de Gérson Perera dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1987.

HEFENDEHL, Ronald. El bien jurídico: imperfecto, pero sin alternativa. Tradução do alemão de María Martín Lorenzo. In: GARCÍA VALDÉS, Carlos et al (Coord.). *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat II*. Madrid: Edisofer, 2008. T. 2, p. 389-404.

HIRSCH, Hans-Joachim. Acerca del estado actual de la discusión sobre el concepto de bien jurídico. Tradução do alemão de Daniel R. Pastor. In: CONGRESO INTERNACIONAL. FACULTAD DE DERECHO DE LA UNED. *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología*. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2001, p. 371-387.

_____. Acerca de la teoria de la imputación objetiva. Tradução do alemão de Daniel R. Pastor. In: _____. *Derecho Penal*: obras completas. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2002. T. 2, p. 37-64.

_____. Los conceptos de "desvalor de acción" y "desvalor de resultado o sobre el estado de cosas". Tradução do alemão de Eduardo Demetrio Crespo. In: _____. *Derecho penal:* obras completas. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2002. T. 3, p. 233 a 258.

_____. Consentimiento y autodeterminación. Tradução do alemão de Manuel Cancio Meliá. In: _____. *Derecho Penal*: obras completas. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2002. T. 3, p. 77 a 108.

_____. La reparación del daño en el marco del Derecho Penal material. Tradução do alemão de Julio B. J. Maier e Daniel R. Pastor. In: ESER, Albin et al. *De los delitos y de las víctimas*. Buenos Aires: AD-HOC, 1992.

HONIG, Ruchard. Causalidad e imputación objetiva. Tradução do alemão de Marcelo A. Sancinetti. In: SANCINETTI, Marcelo A. (Comp.). *Causalidad, riesgo e imputacion*: 100 aos de contribuciones críticas sobre imputación objetiva y subjetiva. Buenos Aires: Hammurabi, 2009, p. 105-134.

HRUSCHKA, Joachim. Reglas de comportamento y reglas de imputación. Tradução do alemão de Francisco Baldó Lavilla. In: _____. *Imputación y Derecho Penal:* estúdios sobre la teoría de la imputación. Navarra: Aranzadi, 2005, p. 27-39.

HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Claudio. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, V. I.

_____; _____. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense. 1981. V. III.

JAKOBS, Günther. Daño social? Anotaciones sobre un problema teórico fundamental del Derecho Penal. Tradução do alemão de Miguel Polaino-Orts. In: _____, POLAINO-NAVARRETE, Miguel; POLAINO-ORTS, Miguel. *Bien jurídico, vigencia de la norma y daño social.* Lima: Ara, 2010, p. 13-32.

_____. *Derecho Penal*: parte geral. Tradução do alemão de Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1995.

JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no Direito Penal.* Tradução de André Luís Callegari. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. La organización de autolesión y heterolesión, especialmente en caso de muerte. Tradução do alemão de Manel Cancio Meliá. In: _____. *Estudios de derecho penal*. Madrid: Civitas / UAM, 1997, p. 395-412.

_____. O que é protegido pelo Direito Penal: bens jurídicos ou a vigência da norma? Tradução de Luís Greco. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda (Orgs.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar*? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 159-178.

_____. Sobre el injusto del suicidio y del homicidio a petición: estudio sobre la relación entre juridicidad y eticidad. Tradução do alemão de Manel Cancio Meliá e Marcelo A. Sancinetti. In: _____. *Estudios de Derecho Penal*. Madrid: Civitas / UAM, 1997, p. 513-530.

_____. *Suicídio, eutanásia e direito penal*. Tradução de Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003.

JUANATEY DORADO, Carmen. El tratamiento del suicidio en el ordenamiento jurídico español. *La ley penal*, Madrid, v. 6, n. 60, p.32-46, mai. 2009.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal*: parte geral. Tradução do alemão de José Luiz Manzanares Samaniergo. Granada: Comares, 1993.

KAUFMANN, Armin. Atribución objetiva en el delito doloso? Tradução do alemão de Joaquín Cuello. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, v. 38, n. 3, p.807-826, set./dez. 1985.

_____. El delito culposo. Tradução do alemão de Moisés Moreno H. *Nuevo pensamiento penal*, Buenos Aires, v. 5, 9/12, p. 467-486, 1976.

_____. Sobre el estado de la doctrina del injusto personal. Tradução do alemão de Leopoldo H. Schiffrin. *Nuevo pensamiento penal*, Buenos Aires, v. 4, 5/8, p.159-181, 1975.

KLEINIG, John. *Paternalism*. New Jersey: Rowman & Allanheld, 1984.

LARRAURI, Elena. Victimología. In: ESER, Albin et al. *De los delitos y de las víctimas*. Buenos Aires: AD-HOC, 1992, p. 281-316.

LISZT, Franz von. *Tratado de Direito Penal Alemão.* Tradução de José Higino Duarte Periera. 1ª ed., Campinas: Russell, 2003. T. I.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Curso de Derecho Penal*: parte general. Madrid: Universitas, 1996. V. 1.

_____. La determinación objetiva del hecho: observaciones sobre la autoría en delitos dolosos e imprudentes de resultado. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales,* Madrid, v. 42, n. 3, p.889-913, set./dez. 1989.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Principio de alteridad o de indentidad vs. principio de autorresponsabilidad. Participación en autopuesta en peligro, heteropuesta en peligro consentida y equivalencia: el criterio del control del riesgo. *Revista de Derecho Penal,* Buenos Aires, n. 1, p.13-40, 2011.

MAIER, Julio B. J. La víctima y el sistema penal. In: ESER, Albin et al. *De los delitos y de las víctimas*. Buenos Aires: AD-HOC, 1992, p. 183-249.

MAIWALD, Manfred. El consentimiento del lesionado en el derecho y en la dogmática penal alemanes. Tradução do alemão de Mariano Bacigalupo. *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal,* Buenos Aires, v. 5, 9A, p.337-352, set. 1999.

MANTOVANI, Ferrando. Sobre el problema jurídico del suicidio. In: ROXIN, Claus et al. *Eutanasia y suicidio:* cuestiones dogmáticas y de política criminal. Granada: Comares, 2001, p. 69-82.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo jurídico-penal*. 2010. 297 fls. Tese (Doutorado em Direito) – USP, São Paulo.

MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. *Derecho Penal*: parte general. Tradução do alemão de Jorge Bofill Genzsch e Enrique Aimone Gibson. Buenos Aires: Editorial Astra, 1994. T. I.

MAYER, Max Ernst. *Derecho Penal:* parte general. Tradução do alemão de Sergio Politoff Lifschitz. Buenos Aires: B de F, 2007.

MEDINA FRISANCHO, José Luis. *Eutanásia e imputación objetiva en Derecho Penal:* una interpretación normativa de los ámbitos de responsabilidad en la decisión de la propia muerte. Lima: Ara, 2010.

MERKEL, Adolf. *Derecho Penal:* parte general. Tradução do alemão de Pedro Dorado Montero. Montevideo: B de F, 2006.

MEZGER, Edmund. *Derecho Penal*: parte general. Buenos Aires: Bibliografica Argentina, 1958.

MILL, John Stuart. *On liberty*. Ontario: Batoche Books, 2001.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal:* parte general. 7. ed., Barcelona: Reppertor, 2006.

_____. *Introducción a las bases del Derecho Penal*. 2. ed. Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2003.

_____. Sobre el consentimiento en el homicídio imprudente. *Revista de Ciencias Penales*, Chile, n. 6, p. 259-267, 2000.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*: parte geral. São Paulo: Atlas, 2006.V. 1.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria geral do delito*. Tradução de Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Direito Penal*: parte general. 5. ed. Valencia: Tilant lo Blanch, 2002.

NAUCKE, Wolfgang. O alcance do Direito Penal retributivo em Kant. Tradução de Fernanda Lara Tórtima. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara. (Orgs.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar*? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 77-100.

NEUMANN, Ulfrid. Bem jurídico, constituição e os limites do Direito Penal. Tradução de Antonio Martins. In: GRECO, Luís; MARTINS, Antonio (org.). *Direito Penal como crítica da pena*: estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário em 2 de setembro de 2012. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 519-532.

NORONHA, Magalhães. Direito Penal. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. V. 1.

OLMEDO CARDENETE, Miguel. Responsabilidad penal por la intervención en el suicidio ajeno y en el homicidio consentido. In: ROXIN, Claus et al. *Eutanasia y suicidio*: cuestiones dogmáticas y de política criminal. Granada: Comares, 2001, 105-154.

PIERANGELI, José Henrique. *O consentimento do ofendido na teoria do delito*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de Direito Penal Brasileiro*: parte geral. 9. ed. São Pauli: RT, 2011.

POLAINO-ORTS, Miguel. Alegato en favor de un tratamiento jurídico-penal unitario para los casos de acuerdo y consentimiento como causas de atipicidad. In*: Cuadernos de política criminal*, Madrid, n. 82, p. 163-204, 2004.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro.* 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. V. 1.

RAWLS, John. *A theory of justice.* Revised Edition. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

REYNA ALFARO, Luis Miguel. Estudio final: la víctima en el sistema penal. In: SCHÜNEMANN, Bernd; PRITTWITZ, Cornelius. *La víctima en el sistema penal:* dogmática, proceso y política criminal. Lima: Grijley, 2006, p. 101-183.

ROBES PLANAS, Ricardo. *La participación en el delito:* fundamento y límites. Madrid: Marcial Pons, 2003.

ROMEO CASABONA, Carlos María. *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la manipulación genética*. Granada: Comares, 2004.

ROXIN, Claus. A apreciação jurídico-penal da eutanásia. Tradução de Luís Greco. In: _____. *Estudos de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 189-235.

_____. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal.* Tradução do alemão de Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1998.

ROXIN, Claus. El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen. Tradução do alemão de Manuel Cancio Meliá. In: *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, n. 15-01, 2013. Disponível em: <http://criminet.ugr.es/rescpc/15/recpc15-01.pdf>, Acesso em 28 mar. 2013.

_____. *Derecho Penal:* parte general. Tradução do alemão de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Diaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.

_____. Finalidad e imputación objetiva. Tradução do alemão de Enrique Casas Barquero. *Cuadernos de Política Criminal*, Madrid, n. 40, p.131-146, 1990.

_____. Finalismo: um balanço entre seus méritos e deficiências. Tradução de Marina Pinhão Coelho. *RBCCrim*, São Paulo, v. 15, n. 65, p.9-25, mar./abr. 2007.

_____. El injusto penal en el campo de tensión entre protección de bienes jurídicos y libertad individual. Tradução do alemão de Raúl Pariona Arana. In: REYNA ALFARO, Luis Miguel (Coord.). *Derecho Penal y modernidad.* Lima: Ara, 2010, p. 121-139.

_____. La polémica en torno a la heteropuesta en peligro consentida: sobre el alcance del principio de autorresponsabilitad en el Derecho Penal. Tradução do alemão de Enrique Peñaranda Ramos. In: *InDret*: revista para el análisis del Derecho, n. 1, 2013. Disponível em <www.indret.com> Acesso em: 10 maio 2013.

_____. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. Problemas de la imputación objetiva. Tradução do alemão de Pablo Guillermo Lucero. *Revista de Derecho Penal*, Buenos Aires, n. 2, p.13-35, 2010.

_____. A proteção da vida humana através do Direito Penal. Tradução de Luís Greco. In: _____. *Estudos de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 165-187.

_____. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. Que comportamentos pode o estado proibir sob ameaça de pena: sobre a legitimação das proibições penais. Tradução de Luís Greco. In: _____. *Estudos de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 31-54.

_____. La reparación en el sistema de los fínes de la pena. Tradução do alemão de Julio B. J. Maier e Elena Carranza. In: ESER, Albin et al. *De los delitos y de las víctimas*. Buenos Aires: AD-HOC, 1992, p. 129-156.

_____. Sobre a discussão acerca da heterocolocação em perigo consentida. Tradução de

Augusto Assis. In: GRECO, Luís; MARTINS, Antonio (org.). *Direito Penal como crítica da Pena*: estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário em 2 de setembro de 2012. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 563-586.

ROXIN, Claus. Sobre el fin de protección de la norma en los delitos imprudentes. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, ano 7, n. 31, p. 52-61, 2005, p. 52-61.

_____. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico. Tradução de Luís Greco. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara. (Orgs.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar*? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 179-210.

RUDOLPHI, Hans Joachim. Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico. Tradução do alemão de Enrique Bacigalupo. *Nuevo pensamiento penal:* revista de derecho y ciencias penales, Buenos Aires, v. 4, 5/8, p.329-347, 1975.

_____. El fin del derecho penal del estado y las formas de imputación jurídico-penal. In: SCHÜNEMANN, Bernd (coord.). *El sistema moderno del Derecho Penal*: cuestones fundamentales. Estudios em honor de Claus Roxin em su 50º aniversario. Tradução do alemão de Jesús-María Silva Sánchez. Madrid: Tecnos, 1984, p. 79-97.

SANCINETTI, Marcelo A. Por qué un concepto de ilícito penal sin desvalor de resultado permite una dogmática más racional. *Revista peruana de ciencias penales*, Lima, n. 15, p.431-452, 2004.

_____. Responsabilidad por acciones o responsabilidad por resultados. *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal,* Buenos Aires, v. 2, 1/2, p.51-72, abr. 1996.

SANTIAGO NINO, Carlos Santiago. *Ética y derechos humanos:* un ensayo de fundamentación. Barcelona, Espanha: Ariel, 1989.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. 4. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SARMENTO, Daniel. Interesses públicos v. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: _____ (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados*: descontruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SCHAFFSTEIN, Friedrich. Disvalor de acción, disvalor de resultado y justificación en los delitos imprudentes. Tradução do alemão de Marcelo A. Sancinetti. In: SANCINETTI, Marcelo A. (Comp.). *Causalidad, riesgo e imputacion*: 100 aos de contribuciones críticas sobre imputación objetiva y subjetiva. Buenos Aires: Hammurabi, 2009, p.217-244.

SCHÜNEMANN, Bernd. Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva. Tradução do alemão de Mariana Sacher. In: _____. *Temas actuales y permanentes del Derecho Penal después del milenio.* Madrid: Tecnos, 2002, p. 70-96.

_____. A crítica ao paternalismo jurídico-penal: um trabalho de Sísifo? Tradução de Luís Greco. *Revista brasileira de filosofia*, São Paulo, 232, p. 107-132, 2009.

_____. Direito Penal é a *ultima ratio* da proteção de bens jurídicos: sobre os limites invioláveis do direito penal em um estado de direito liberal. Tradução de Luís Greco. *RBCCrim*, São Paulo, v. 13, n. 53, p.9-37, mar./abr. 2005.

SCHÜNEMANN, Bernd. Introducción al razonamiento sistemático en Derecho Penal. In: _____ (coord.). *El sistema moderno del Derecho Penal*: cuestones fundamentales. Estudios em honor de Claus Roxin em su 50º aniversario. Tradução do alemão de Jesús-María Silva Sánchez. Madrid: Tecnos, 1984, p. 1-77.

_____. El papel de la víctima dentro del sistema de justicia criminal: un concepto de tres escalas. Tradução do alemão de Luis M. Reyna Alfaro. In: _____; PRITTWITZ, Cornelius. *La víctima en el sistema penal:* dogmática, proceso y política criminal. Lima: Grijley, 2006, p. 17-37.

_____. O princípio da proteção de bens jurídicos como ponto de fuga dos limites constitucionais e da interpretação dos tipos. Tradução de Luís Greco. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara. (Orgs.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar*? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 25-56.

_____. El sistema del ilícito jurídico-penal: concepto de bien jurídico y victimodogmática como enlace entre el sistema de la parte general y la parte especial. Tradução do alemão de Mariana Sacher. *Revista de Derecho Penal*, Buenos Aires, n. 1, p.97-133, 2003.

_____. La teoría de la protección del bien jurídico como base del Derecho Penal en la época de la globalización. In: _____. *Obras*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2009. V. 2, p. 65-83.

SEHER, Gerhard. La legitimación de normas penales basada en principios y el concepto de bien jurídico. Tradução do alemão de Rafael Alcácer Guirao. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La teoría del bien jurídico:* fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático? Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 69-94.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do Direito*: os direitos fundamentais na relação entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2011.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximacion al Derecho Penal contemporâneo*. Barcelona: Bosch, 1993.

_____. Causación de la propia muerte y responsabilidad penal de terceros: a propósito de la STS 8 julio 1985, ponente Cotta y Márquez de Prado. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, v. 40, n. 2, p. 451-477, mai./ago. 1987.

_____. La consideración del comportamiento de la víctima en la teoria jurídica del delito. *RBCCrim*, São Paulo, ano 9, n. 34, p. 163-194, 2001.

_____. *A expansão do Direito Penal*: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. Innovaciones teorico-prácticas de la Victimologia en el Derecho Penal. In: BERISTAIN IPIÑA, Antonio. *Victimologia*. San Sebastian: Universidad Del Pais Vasco, 1989, p. 75-84.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. La posición de la víctima en el marco general de la función del Derecho Penal. In: GARCIA ITURBE, Arnoldo (coord.). *Libro Homenaje a José Rafael Mendoza Troconis*. Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1998. T. 2, p. 401-428.

_____. La víctima en el futuro de la dogmática. In: BERISTAIN IPIÑA, Antonio. *Victimologia*. San Sebastian: Universidad Del Pais Vasco, 1989, 229-234.

_____. La "victimo-dogmatica" en el Derecho Extranjero. In: BERISTAIN IPIÑA, Antonio. *Victimologia*. San Sebastian: Universidad Del Pais Vasco, 1989, p. 105-112.

_____. La Victimología desde la Política Criminal y el Derecho Penal: introducción a la victimodogmática. *Revista peruana de ciencias penales*, Lima, v. 2, n. 4, p. 595-633, jul./dez. 1994.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Curso de Direito Penal*: parte geral. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

STRATENWERTH, Günther. *Derecho Penal:* parte general. Tradução do alemão de Manuel Cancio Meliá e Marcelo A. Sancinetti. Cizur Menor: Aranzadi; Thomson; Civitas, 2005. V. I.

_____. *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el derecho penal*. Tradução do alemão de Marcelo A. Sancinetti e Patricia S. Ziffer. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2006.

_____. Heteropuesta en peligro consentida en conductas imprudentes. Tradução do alemão de Albert Estrada i Cuadras. *Revista InDret*, n. 1, 2013. Disponível em: <www.indret.com> Acesso em 05 maio 2013.

_____. Sobre o conceito de "bem jurídico". Tradução de Luís Greco. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda (Orgs.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar*? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 101-116.

STRUENSEE, Eberhard. Acerca de la legitimación de la imputación objetiva como categoría complementaria del tipo objetivo. Tradução do alemão de Fabricio Guariglia. *Revista peruana de ciencias penales,* Lima, v. 3, n. 6, p.751-772, jun. 1998.

_____. Atribución objetiva e imprudencia. Tradução do alemão de José Luis Serrano González de Murillo. *Revista de Derecho Penal*, Buenos Aires, n. 2, p.195-206, 2002.

STUCKENBERG, Carl-Friedrich. The constitutional deficiencies of the german Rechtsgutslehre. In: *Oñati Socio-legal Series* [online], 3 (1), pp. 31-41. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2200870> Acesso em 25 mar. 2013.

TAMARIT SUMALLA, Josep M. *La víctima en el Derecho Penal:* de la víctimo-dogmática a una dogmática de la víctima. Pamplona: Aranzadi, 1998.

TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo.* 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. *Teoria do injusto penal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

TEN, C. L. Mill on self-regarding actions. *Philosophy*, Cambridge, v. 43, n. 163, p. 29-37, jan. 1968.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*. 5. ed., Saraiva, 2002.

WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán:* parte general. Tradução do alemão de Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez. 4. ed. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997.

_____. *O novo sistema jurídico-penal*. Tradução de Luiz Regis Prado. 2. ed. rev. e at. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

WESSELS, Johannes. *Direito Penal:* parte geral. Tradução de Juarez Tavares. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1976.

WOLTER, Jürgen. Imputación objetiva y personal a título de injusto. In: SCHÜNEMANN, Bernd (coord.). *El sistema moderno del Derecho Penal*: cuestones fundamentales. Estudios em honor de Claus Roxin em su 50º aniversario. Tradução do alemão de Jesús-María Silva Sánchez. Madrid: Tecnos, 1984, p. 121-158.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal*: parte geral. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.

ZIELINSKI, Diethart. *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito:* análisis de la estructura de la fundamentación y exclusión del ilícito. Tradução do alemão de Marcelo A. Sancinetti. Buenos Aires: Hammurabi, 1990.