

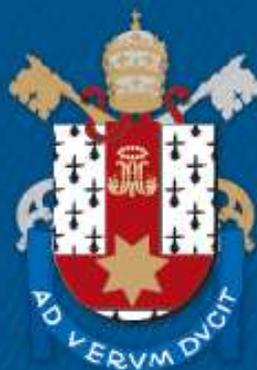
ESCOLA DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS
MESTRADO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS

MARCOS AFONSO JOHNER

IMPUTAÇÃO OBJETIVA E CONDUTA DA VÍTIMA

Porto Alegre
2021

PÓS-GRADUAÇÃO - *STRICTO SENSU*



Pontifícia Universidade Católica
do Rio Grande do Sul

MARCOS AFONSO JOHNER

IMPUTAÇÃO OBJETIVA E CONDUTA DA VÍTIMA

Dissertação de Mestrado apresentada junto ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais (Mestrado e Doutorado) da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS, como requisito parcial para a obtenção do Título de Mestre em Ciências Criminais.

Área de Concentração: Sistema Penal e Violência
Linha de Pesquisa: Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos

Orientador: Prof. Dr. Paulo Vinicius Sporleder de Souza

Porto Alegre

2021

Ficha Catalográfica

J65i Johner, Marcos Afonso

Imputação objetiva e conduta da vítima / Marcos Afonso Johner.
– 2021.

223 f.

Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em
Ciências Criminais, PUCRS.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Vinicius Sporleder de Souza.

1. Imputação objetiva. 2. Autonomia. 3. Autorresponsabilidade. 4.
Conduta da vítima. I. Souza, Paulo Vinicius Sporleder de. II.
Título.

MARCOS AFONSO JOHNER

IMPUTAÇÃO OBJETIVA E CONDOTA DA VÍTIMA

Dissertação de Mestrado apresentada junto ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais (Mestrado e Doutorado) da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS, como requisito parcial para a obtenção do Título de Mestre em Ciências Criminais.

Área de Concentração: Sistema Penal e Violência
Linha de Pesquisa: Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos

Aprovada em 25 de fevereiro de 2021.

BANCA EXAMINADORA

Orientador: Prof. Dr. Paulo Vinicius Sporleder de Souza
PPGCCRIM/PUCRS

Prof. Dr. Fabio Roberto D'Avila
PPGCCRIM/PUCRS

Prof. Dr. Pablo Rodrigo Alflen da Silva
PPGD/UFRGS

Porto Alegre

2021

AGRADECIMENTOS

As últimas linhas que desta dissertação escrevo se corporificam logo nas primeiras páginas, materializando-se em gesto de agradecimento pelo trajeto até aqui percorrido. Agradeço às circunstâncias da vida, que me possibilitaram cursar o mestrado com saúde, principalmente num ano tão conturbado como o de 2020.

Agradeço aos meus pais, Elizeu e Jussara, pelo apoio incondicional, por me propiciarem as condições necessárias para correr atrás dos meus objetivos. Por todo o zelo e amor recebido, que só as lágrimas que escorrem ao redigir este texto podem explicar.

Agradeço às minhas amigas antigas e às amigas que cultivei ao decorrer do mestrado. O convívio com os colegas tornou o dia a dia do primeiro ano de mestrado mais alegre e ameno, sobretudo nas idas pós-aula ao Pé de Manga e nas discussões que ali se originavam. Ao citar nomes assumo o risco de injustiças, mas não poderia deixar de agradecer aos colegas Juan, Thales, Roger, Alexandre, Andersson, Lucas, Alana, Lívia, Jéssica, Anna, Juliana, Tamara, Esther e ao Ramiro, com quem tive preciosos debates e pela revisão do texto, trazendo contribuições deveras importantes para a escrita. Foi um privilégio conviver com todos vocês!

À coordenação do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, em nome da Prof. Ruth Gauer e do Prof. Nereu José Giacomolli. Do mesmo modo, aos funcionários do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, em especial à Marcia, sempre solícita em atender e sanar as nossas dúvidas.

Ao Prof. Paulo Vinicius Sporleder de Souza, que me orientou ao decorrer deste trabalho. Agradeço pelos ensinamentos, pela presteza, gentileza e disponibilidade em sempre atender-me, pela humildade no trato com as pessoas e por acreditar no meu potencial. Serei eternamente grato.

Aos Professores Fabio Roberto D'Avila e Pablo Rodrigo Alflen da Silva, pelas preciosas contribuições e críticas lançadas por ocasião da banca de defesa da dissertação, que muito ajudaram ao aprimoramento do trabalho.

Da mesma forma, aos professores do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, pelas lições não só acadêmicas, mas principalmente de humanidade, pelas dúvidas que nos faziam e ainda fazem pensar a respeito da nossa posição no mundo e da tarefa que assumimos ao cursar o mestrado. Agradecimento especial aos professores Marcelo Almeida Ruivo, Rodrigo Moraes de Oliveira e Aury Lopes Jr.

RESUMO

A presente dissertação verifica de que forma a conduta da vítima pode influenciar na responsabilidade penal do autor, no âmbito da imputação ao tipo objetivo. Para alcançar o objetivo proposto, por intermédio do método de abordagem hipotético-dedutivo, realiza-se uma incursão nas diversas questões que envolvem a imputação em caso de lesões a bens jurídicos individuais, principalmente a vida, a integridade física e a saúde. Num primeiro momento, aborda-se o fundamento e as categorias de imputação ao tipo objetivo, definindo a sua estrutura e os respectivos critérios. Na sequência, a pesquisa expõe alguns dos aspectos da vitimologia e da vitimodogmática, além de categorias que oferecem respostas aos casos de intervenção da vítima no curso lesivo. Espaço em que também se procura demonstrar o porquê de levar em conta a conduta da vítima, a partir dos aspectos da autonomia e da autorresponsabilidade. Por fim, o trabalho propõe concretizar os fundamentos até então demarcados, de modo a definir os critérios de imputação nos casos em que a conduta da vítima contribui para a ocorrência do fato. A dissertação se concentra na área de Sistema Penal e Violência, e na Linha de Pesquisa Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos.

Palavras-chave: Imputação objetiva. Autonomia. Autorresponsabilidade. Conduta da vítima.

ABSTRACT

This dissertation verifies how the victim's conduct can influence the criminal responsibility of the author, within the scope of imputation to the objective type. In order to achieve the proposed objective, using the hypothetical-deductive approach method, is held an incursion into the various issues involving imputation in the event of lesions to individual legal assets, mainly life, physical integrity and health. At first, the fundament and the categories of imputation to the objective type are approached, defining its structure and the respective criteria. Following, the research exposes some aspects of victimology and victimodogmatic, as well as categories that offer answers to cases of victim intervention in the harmful course. Space in which if you're looking for also to demonstrate why the victim's conduct should be into account, from the aspects of autonomy and self-responsibility. Finally, the work proposes to concretize the foundations hitherto demarcated, in order to define the imputation criteria in cases where the victim's conduct contributes to the occurrence of the fact. The dissertation focuses on the area of Criminal System and Violence, and the Contemporary Legal-Criminal Systems Research Line.

Keywords: Objective imputation. Autonomy. Self-responsibility. Victim's conduct.

RESUMEN

Esta disertación verifica cómo la conducta de la víctima puede influir en la responsabilidad penal del autor, en el ámbito de la imputación al tipo objetivo. Para lograr el objetivo planteado, utilizando el método del enfoque hipotético-deductivo, se hace una incursión en las diversas cuestiones que involucran la imputación en caso de daño a los bienes jurídicos individuales, principalmente vida, integridad física y salud. En un primer momento se abordan el fundamento y las categorías de imputación al tipo objetivo, definiendo su estructura y los respectivos criterios. A continuación, la investigación expone algunos aspectos de la victimología y la victimodogmática, así como categorías que ofrecen respuestas a los casos de intervención de la víctima en el curso lesivo. Espacio donde también se busca demostrar por qué se tiene en cuenta la conducta de la víctima, desde los aspectos de autonomía y autorresponsabilidad. Finalmente, el trabajo propone concretar los fundamentos hasta ahora demarcados, a fin de definir los criterios de imputación en los casos en que la conducta de la víctima contribuya a la ocurrencia del hecho. La disertación se concentra en el área de Sistema Penal y Violencia, y en la Línea de Investigación Sistemas Jurídico-Penales Contemporáneos.

Palabras-clave: Imputación objetiva. Autonomía. Autorresponsabilidad. Conducta de la víctima.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 FUNDAMENTO E CATEGORIAS DA IMPUTAÇÃO AO TIPO OBJETIVO	16
2.1 O BEM JURÍDICO COMO FUNDAMENTO DA IMPUTAÇÃO	16
2.1.1 O primeiro nível de valoração	18
2.1.2 O segundo nível de valoração	22
2.1.3 O terceiro nível de valoração	29
2.2 A DIVISÃO ESTRUTURAL DA IMPUTAÇÃO AO TIPO OBJETIVO.	30
2.3 CRITÉRIOS DE DELIMITAÇÃO DO COMPORTAMENTO DIRETAMENTE PERIGOSO AO BEM JURÍDICO.....	39
2.3.1 O juízo de idoneidade ou de adequação da conduta	40
2.3.2 Os limites de autorização ou de tolerância para a prática da conduta. As normas redutoras de perigo.....	51
2.4 A IMPUTAÇÃO DO RESULTADO	65
2.4.1 A relação de causalidade.....	67
2.4.2 A relação de realização.....	72
3 VITIMOLOGIA, VITIMODOGMÁTICA E A CONDUTA DA VÍTIMA NO SISTEMA DE IMPUTAÇÃO JURÍDICO-PENAL.....	80
3.1 VITIMOLOGIA E VITIMODOGMÁTICA.....	80
3.2 A CONDUTA DA VÍTIMA NO SISTEMA DE IMPUTAÇÃO JURÍDICO-PENAL: PROPOSTAS DE ADEQUAÇÃO DOGMÁTICA	86
3.2.1 A doutrina da concorrência de culpas	86
3.2.2 A contribuição à autocolocação em perigo e a heterocolocação em perigo consentida.....	90
3.2.2.1 Contribuição à autocolocação em perigo.....	90
3.2.2.2 Heterocolocação em perigo consentida	92
3.2.2.3 Análise crítica da distinção entre contribuição à autocolocação em perigo e heterocolocação em perigo consentida	94
3.2.2.3.1 <i>O argumento a maiori ad minus</i>	94
3.2.2.3.2 <i>A proposta de distinção pelo domínio do fato</i>	96
3.2.3 A necessidade de uma categoria específica: a imputação ao âmbito de responsabilidade preferente da vítima	98
4 A CONDUTA DA VÍTIMA NA ESTRUTURA DE IMPUTAÇÃO AO TIPO OBJETIVO	107
4.1 GRUPOS DE CASOS	108
4.1.1 Atividades praticadas em contexto de organização conjunta.....	108
4.1.2 Atividades praticadas em contextos organizados de forma independente.....	112
4.2 A IMPUTAÇÃO AO ÂMBITO DE RESPONSABILIDADE PREFERENTE DA VÍTIMA. CONTEXTOS DE ORGANIZAÇÃO CONJUNTA DA ATIVIDADE PERIGOSA	115
4.2.1 As particularidades do direito positivo brasileiro	119
4.2.2 Os requisitos da organização conjunta da atividade.....	124

4.2.2.1 O controle dos fatores de perigo.....	124
4.2.2.2 Os desníveis de conhecimento.....	129
4.2.2.3 A existência de deveres de garantia.....	141
4.2.3 Os defeitos de responsabilidade da vítima	149
4.2.3.1 Semelhanças e diferenças entre o consentimento do ofendido e a imputação ao âmbito de responsabilidade preferente da vítima	152
4.2.3.2 A (in)disponibilidade do bem jurídico	154
4.2.3.3 Limitações à capacidade decisória	158
4.2.3.3.1 <i>Incapacidade em razão da idade</i>	159
4.2.3.3.2 <i>Incapacidade em razão de doença mental ou de desenvolvimento mental incompleto ou retardado</i>	164
4.2.3.3.3 <i>Incapacidade em razão de embriaguez</i>	166
4.2.3.3.4 <i>Ausência de vícios da vontade</i>	170
4.3 CONDOTA DA VÍTIMA E COMPORTAMENTO TÍPICO EM CONTEXTOS ORGANIZADOS DE FORMA INDEPENDENTE	172
4.4 CONDOTA DA VÍTIMA E IMPUTAÇÃO DO RESULTADO	182
4.5 CONDOTA DA VÍTIMA E DOSIMETRIA DA PENA	186
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	188
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	197
REFERÊNCIAS LEGISLATIVAS, NORMATIVAS, JORNALÍSTICAS E JURISPRUDENCIAIS.....	218

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

- ABNT – Associação Brasileira de Normas Técnicas
- BGH – Bundesgerichtshof
- CADH – Convenção Americana de Direitos Humanos
- CC – Código Civil
- CEM – Código de Ética Médica
- CF – Constituição Federal
- CFM – Conselho Federal de Medicina
- Cf. – Conferir
- CLT – Consolidação das Leis do Trabalho
- CP – Código Penal
- CSJ – Corte Suprema de Justicia da Colômbia
- CTB – Código de Trânsito Brasileiro
- LCP – Lei das Contravenções Penais
- LJECC – Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais
- ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente
- E.g. – *Exempli gratia*
- NBR – Norma Brasileira
- NR – Norma Regulamentadora
- RC – Recurso de casación
- SIT – Subsecretaria de Inspeção do Trabalho
- STJ – Superior Tribunal de Justiça
- STF – Supremo Tribunal Federal
- STS – Sentencia del Tribunal Supremo
- TJMG – Tribunal de Justiça de Minas Gerais
- TJMS – Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul
- TJRJ – Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro
- TJRS – Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul
- TJSC – Tribunal de Justiça de Santa Catarina
- TS – Tribunal Supremo da Espanha
- V.g. – *Verbi gratia*

1 INTRODUÇÃO

A imputação de um fato a quem o praticou é um dos problemas caros ao Direito Penal. Imputar algo a alguém significa dizer que este alguém é responsável por aquele algo.¹ Noutras palavras, a prática de um fato que contraria a norma penal exige comprovar a relação objetiva e subjetiva desse fato a quem o cometeu. Desse modo, a imputação, compreendida, num sentido mais amplo, pela valoração conjunta dos elementos analíticos do crime (um fato típico, ilícito e culpável), é um pressuposto para a aplicação da pena. Horizonte que nos explica o porquê da importância dos critérios de imputação, os quais permitem divisar as fronteiras do lícito e do ilícito e, ademais, verificar se quem praticou o fato estava em condições de entender o seu caráter ilícito e de determinar-se conforme esse entendimento. Realizando um corte, a fim de delimitar o nosso objeto de análise, centrar-nos-emos na dimensão da tipicidade objetiva, a envolver questões de imputação ao tipo objetivo.

A relação de causalidade foi um dos primeiros e importantes critérios de delimitação do tipo objetivo. Por mais que a sua relevância seja alvo de críticas, a causalidade rompeu com a imputação de fatos mediante práticas mágicas e supersticiosas e de juízos metafísicos.² Na teoria do delito, ela influenciou principalmente o sistema causal-naturalista, que dividia a imputação em dois polos distintos. No primeiro deles, buscava-se comprovar a relação causal entre a ação e o resultado, o que permitia imputar objetivamente o fato ao autor e encerrar o exame da tipicidade. Depois disso, procurava-se, ao nível da culpabilidade, a vinculação psicológica do fato ao autor, por meio da imputação dolosa ou culposa. A tipicidade era bastante limitada e se contentava, em grosso resumo, com o desvalor de resultado, entendido como modificação do mundo exterior.

No entanto, a causalidade, segundo Welzel, seria cega, já que a sua direção não almejaria um objetivo ou um fim. O finalismo propôs um redimensionamento da causalidade, complementando-a com a finalidade. Dessa maneira, o homem, ao ter o conhecimento causal, poderia dirigir a sua ação para alcançar o objetivo planejado.³ Diante disso, além da relação de causalidade, o tipo passou a exigir, em apertada síntese, o dolo ou a culpa. Entretanto, não

¹ Com semelhança, cf. GRECO, Luís. *Imputação objetiva: uma introdução*. In: ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 10. Kant afirmava que “a imputação (*imputatio*), no sentido moral, é o *juízo* pelo qual alguém é considerado como o autor (*causa libera*) de uma ação, que é então chamada de um *feito* (*factum*) e se submete a leis” [grifos do autor] (KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. Tradução de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2003, p. 70).

² FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal: parte geral*. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 323-324.

³ WELZEL, Hans. *Derecho penal: parte general*. Tradução para o espanhol de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956, p. 39 et seq.

parece ter havido uma alteração substancial do tipo objetivo com o finalismo, sem considerar, por ora, outras contribuições que intercalaram os sistemas causal-naturalista e finalista.

Foi a partir do funcionalismo, com o resgate do método neokantiano referido a valores, que o tipo objetivo foi redimensionado em importância; noutras palavras, foi (re)normativizado. Nesse contexto, surgiu a “filha querida do funcionalismo”: a (moderna) teoria da imputação objetiva.⁴ Além da relação causal, o tipo objetivo passou a demandar o acréscimo de outros dois requisitos: a criação de um risco juridicamente desaprovado e a realização desse risco no resultado. São diversos os critérios propostos pelas – pluralizemos a expressão – teorias da imputação objetiva, como, exemplificativamente, o risco permitido, o fim de proteção da norma e o âmbito de alcance de tipo, não havendo, contudo, ponto de acordo a respeito da localização sistemática e da (im)prescindibilidade de cada um deles na estrutura de imputação.

As teorias da imputação objetiva contêm diversas ramificações. Nesse horizonte de coisas, pretendemos nos debruçar acerca das questões que envolvem a intervenção da vítima no fato perigoso, o que nos coloca perante o plano dos bens jurídicos individuais, sobretudo a vida, a integridade corporal e a saúde, e dos crimes de resultado material, notadamente os de homicídio e de lesões corporais. Não estamos diante de um problema novo na *práxis* penal,⁵ o que não significa que não seja atual.⁶ Aliás, encontramos-nos perante “[...] um dos discursos problematicamente mais densos e inseguros da dogmática penal”⁷. Esta, no entanto, prostra-se num vai e vem contínuo, que, mesmo nos colocando diante de problemas antigos, dá-nos a missão de reinterpretá-los e resolvê-los de maneira diversa e com roupagem distinta.

No cenário projetado, propomos o seguinte problema: de que forma a conduta da vítima pode influenciar na imputação ao tipo objetivo? Assumiremos, doravante, as seguintes hipóteses: 1. Existem contextos em que a atividade perigosa é organizada em conjunto entre o autor e a vítima, a exigir o recurso a uma categoria específica, denominada de imputação ao âmbito de responsabilidade preferente da vítima. Nestes casos, o comportamento da vítima poderá excluir o desvalor objetivo de ação, desde que a atividade se mantenha no âmbito da

⁴ GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 32, p. 120-163. São Paulo. Outubro/Dezembro de 2000, p. 144-145.

⁵ FRISCH, Wolfgang. *Tipo penal e imputación objetiva*. Traducción de Manuel Cancio Meliá, Beatriz de la Gándara Vallejo, Manuel Jaén Vallejo e Yesid Reyes Alvarado. Madrid: Editorial Colex, 1995, p. 120, que menciona o caso do barqueiro do Rio Memel.

⁶ MAIER, Julio B. J. La víctima y el sistema penal. P. 183-249. In: MAIER, Julio B. J. [compilador]. *De los delitos y de las víctimas*. Buenos Aires: Ad Hoc, 1992, p. 188 [ainda que não em referência expressa ao problema específico que estamos a tratar].

⁷ COSTA ANDRADE, Manuel da. *Consentimento e acordo em direito penal*. Contributo para a fundamentação de um paradigma dualista. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 276 [em referência à autocolocação em perigo].

organização conjunta e não concorram desníveis de conhecimento, deveres especiais de garantia ou defeitos de responsabilidade da vítima. 2. Por outro lado, o comportamento da vítima pode advir de um contexto de organização independente, no qual não houve a delimitação de um âmbito conjunto de organização da atividade entre ela e o autor. Neste caso, o comportamento da vítima poderá excluir a imputação, mediante a análise dos critérios gerais de imputação ao tipo objetivo. Se não excluir a imputação, a conduta da vítima poderá influir na dosimetria da pena.

Para confirmar ou refutar as hipóteses, desenvolveremos a pesquisa em quatro capítulos. No primeiro deles, abordaremos os aspectos gerais da imputação ao tipo objetivo. Inicialmente, procuraremos fundamentar a imputação a partir da ideia de exclusiva proteção de bens jurídicos em Direito Penal. Na sequência, apresentaremos as categorias e os critérios que permitem concretizar o fundamento delineado. Em vez da criação de um risco juridicamente desaprovado, partiremos do comportamento típico como a categoria que expressa o desvalor objetivo de ação. Diante disso, buscaremos definir os critérios de determinação da conduta típica, representados, basicamente, pelo juízo de adequação, pelas normas redutoras de perigo e pelo princípio da confiança. No mesmo capítulo, definiremos os critérios de imputação do resultado, representados, em linhas gerais, pela relação de causalidade e pela relação de realização.

No segundo capítulo, esboçaremos um panorama da vítima no Direito Penal, além de um breve incursão nos aspectos da vitimologia e da vitimodogmática, de forma a demonstrar a desnecessidade de recorrer à segunda para resolver os problemas de intervenção da vítima no fato perigoso. Em seguida, analisaremos a proposta da doutrina da compensação e da concorrência de culpas, diferenciando-as e verificando que ambas costumam ancorar os argumentos de um setor doutrinal e da jurisprudência brasileira. Logo após, discorreremos acerca da contribuição à autocolocação em perigo e da heterocolocação em perigo consentida, com o escopo de distingui-las, de apresentar os seus critérios operativos e, ao final, demonstrar o porquê de ambas não constituírem o melhor caminho para resolver os problemas de imputação relacionados à conduta da vítima. Diante disso, constataremos que é preciso uma categoria específica para abranger as hipóteses de intervenção da vítima. Entretanto, antes de construí-la, procuraremos encontrar um fundamento que sirva de alicerce. Encontrá-lo-emos na autonomia individual e no princípio de autorresponsabilidade.

No quarto e derradeiro capítulo, operacionalizaremos os fundamentos da autonomia individual e da autorresponsabilidade na categoria dogmática da imputação ao âmbito de responsabilidade preferente da vítima e nos seus respectivos critérios. Portanto, analisaremos

de que forma a conduta da vítima influenciará na estrutura de imputação ao tipo objetivo. Em primeiro lugar, aludiremos às hipóteses em que há uma organização conjunta da atividade perigosa entre o autor e a vítima, estabelecendo os critérios que lhe conferirão validade. Posteriormente, abordaremos as atividades perigosas desenvolvidas em contextos de organização independente, além dos modos pelos quais a conduta da vítima poderá influir no exame do comportamento típico, da imputação do resultado e da dosimetria da pena.

2 FUNDAMENTO E CATEGORIAS DA IMPUTAÇÃO AO TIPO OBJETIVO

2.1 O BEM JURÍDICO COMO FUNDAMENTO DA IMPUTAÇÃO

O bem jurídico-penal constitui elemento axiológico e referencial necessário não apenas para o processo de tipificação de uma conduta, mas também para determinar, enquanto *telos* interpretativo, o processo de atribuição de responsabilidade jurídico-penal ao autor. Tal afirmação, ao mesmo tempo em que diz tudo, nada diz. Diz tudo, pois projeta o âmbito de legitimidade e limitação do Direito Penal,⁸ de modo a significar a fundamentalidade da proteção de bens jurídicos em âmbito criminal. E nada diz, pela possibilidade de revelar-se, na ausência de um substrato material que a corporifique como limitadora do poder de punir, como mero argumento retórico, a justificar a tipificação arbitrária de condutas puníveis, bem como a desarrazoada atribuição de responsabilidade em situações não ofensivas.⁹

⁸ Aquilo que Hassemer chama de “individualização das condições necessárias (e/ou suficientes) da produção de normas penais (função de legitimação e/ou de limitação)” (citado por BARATTA, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do Direito Penal. Lineamentos de uma teoria do bem jurídico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 5, p. 5-24. São Paulo. Janeiro/Março de 1994, p. 6). Importante notar, ainda, que “a teoria da legitimação do direito penal, ou, vista da perspectiva inversa, dos limites impostos ao legislador na formulação do direito penal, está fundada nas condições fundamentais suprapositivas de qualquer poder estatal legítimo e constitui, portanto, a premissa tácita de qualquer Estado de Direito Democrático-liberal, pouco importando se um tal Estado a consagrou na constituição de modo expresso ou não” (SCHÜNEMANN, Bernd. O direito penal é a *ultima ratio* da proteção de bens jurídicos! – Sobre os limites invioláveis do direito penal em um Estado de Direito liberal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 53, p. 9-37. São Paulo. Março/Abril de 2005, p. 14). Essa projeção da legitimidade e da limitação também é anotada por RIGHI, Esteban. *Derecho penal: parte general*. 1. ed. Buenos Aires: Lexis Nexis Argentina, 2008, p. 97.

⁹ Não nos deteremos à complexa tarefa de conceituar bem jurídico. Afinal, de acordo com Figueiredo Dias, a noção de bem jurídico não pôde ser determinada, até o presente momento, com nitidez e segurança, de forma a convertê-la em conceito fechado e capaz de delimitar a fronteira daquilo que legitimamente pode vir a ser criminalizado; cf. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Derecho penal: parte general*. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 114, ressaltando que o autor reconhece haver, apesar disso, um consenso acerca do núcleo essencial da noção de bem jurídico, definindo-o “como a expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integração de um certo estado, objeto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso”. Assim sendo, não parece viável, segundo Orts Berenguer e González Cussac, elaborar um conceito geral de bem jurídico, que inclua todos e cada um dos bens jurídicos tutelados pelo ordenamento jurídico. As múltiplas e variadas noções de bem jurídico são tão diferentes, que resultaria impossível fixar ou encontrar um núcleo material ou formal em comum para todas elas. Diante disso, teríamos de procurar um conceito *procedimental* de bem jurídico, em termos de justificação, argumentação ou raciocínio. Nesse sentido, o bem jurídico corresponderia àquilo cuja tutela legitimasse o castigo; cf. ORTS BERENGUER, Enrique; GONZÁLEZ CUSSAC, José L. *Compendio de Derecho Penal: Parte General*. 7. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, p. 249. No mais, cf. BRITO, Alexis Couto de. Concepto y función dinámica de la teoría del bien jurídico-penal. *Revista Penal México*, n. 6, p. 47-60. México. Março/Agosto de 2014, p. 49, para quem não existe um conceito material de bem jurídico, capaz de conferir segurança ao sistema penal, de forma que aquilo que pode ou não pode ser chamado de bem jurídico depende da respectiva sociedade, da Constituição, dos modelos e das condições sociais; FABRETTI, Humberto Barriouneo; SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Derecho penal: parte general* [recurso digital]. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 101, considerando que a dificuldade em conceituar o bem jurídico não deve ser vista como uma impossibilidade, mas como uma decorrência da própria natureza do direito, que é dinâmico e aberto; FERNÁNDEZ CABRERA, Marta. A vueltas con la función político criminal del bien jurídico. *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, vol. 19, n. 1, p. 173-202. Madrid. 2016, p. 180, que, comparando-se em Amelung,

Diante disso, para agregar o adjetivo penal ao substantivo bem jurídico, exige-se o comprometimento em estabelecer parâmetros capazes de racionalizar o processo de criação da lei penal (crítica legislativa). Parâmetros estes não apenas centrados no aspecto formal, mas, principalmente, no material, permitindo uma abertura em termos de valoração.¹⁰ De modo que o bem jurídico venha a assumir posição valorativa tríplice. Os dois primeiros níveis corresponderão à perspectiva *de lege ferenda*, enquanto instrumentais críticos e limitadores da atividade legislativa. O terceiro nível – que já pressupõe o reconhecimento do bem jurídico-penal – referir-se-á à perspectiva *de lege lata*, fornecendo o *telos* interpretativo dos tipos penais.¹¹ Subdivisão que parece denotar a coincidência entre o plano político criminal e o dogmático, respectivamente.¹²

afirma ser precisamente na indefinição do conceito de bem jurídico e na impossibilidade de enumerar, detalhadamente, todas as realidades que possam ser catalogadas, que reside a sua força e capacidade para adaptar-se a mudanças espaço-temporais. Por outro lado, para Wohlers, a falta de clareza conceitual já demonstraria o fracasso da concepção crítica ao sistema, atribuída à teoria do bem jurídico. No entanto, o autor reconhece que “o bem jurídico protegido pela norma continua a ser o ponto de partida para a determinação da legitimidade de tipos penais. A teoria do bem jurídico sozinha pode apenas, no entanto, filtrar os objetos de proteção ilegítimos a partir dos fundamentos no interior de determinada estrutura normativo-social”; cf. WOHLERS, Wolfgang. Teoria do bem jurídico e estrutura do delito. Tradução de Alaor Leite. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 90, p. 97-105. São Paulo. Maio/Junho de 2011, p. 99 e 105.

¹⁰ (A retomada de) Uma abertura valorativa é interessante e necessária, considerando que o seu abandono, que aconteceu com o positivismo jurídico formalista e tecnicista do século XX, possibilitou o emergir de uma legislação penal acrítica, atendendo a interesses punitivos irracionais. Assim, se se admitisse um Direito Penal fechado, autorreflexivo, tornar-se-ia desnecessária a indagação acerca de sua legitimação externa, justificando que a ele se recorresse para a persecução de quaisquer finalidades. Nesse sentido, cf. DUTRA, Bruna Martins Amorim. Os fundamentos do direito penal e sua relação com a racionalidade legislativa. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 96, p. 75-96. São Paulo. Maio/Junho de 2012, p. 83.

¹¹ Também em referência ao bem jurídico como limite, ponto de orientação da legislação e como modelo essencial de interpretação do fato típico (função exegética), cf. FIORE, Carlo. *Diritto Penale*, Parte Generale, I. Torino: UTET, 2000, p. 156; cf., também, D’AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios*. (Contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico). Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 49; MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo jurídico-penal*. 2010. 297 f. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010, p. 24; RAMACCI, Fabrizio; GUERRINI, Roberto. *Corso di diritto penale*. Torino: Giappichelli, 2015, p. 92. Referindo-se à perspectiva da antijuridicidade material como “ponto de orientação do legislador na elaboração dos tipos penais” e “pensamento diretor dos órgãos de persecução, quando buscam a disposição penal aplicável no caso em concreto”, possibilitando, além do mais, “a interpretação dos tipos penais de acordo com os fins e valores que lhes servem de base” [traduções livres], cf. JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal*. 5. ed. Tradução para o espanhol de Miguel Olmedo Cardenete. Granada: 2002, p. 251.

¹² Ou, na classificação de Paulo Vinicius Sporleder de Souza, entre política criminal extrassistemática legislativo-dogmática – que tem por objetivo propor recomendações, diretivas ou propostas legislativas *de lege ferenda*, em geral, e aprimorar a parte geral (teoria do delito) dos Códigos Penais, assim como constituir, suprimir, substituir ou reformar os tipos penais, em específico – e política criminal intrassistemática dogmática – entendida como a própria dogmática jurídico-penal; cf. SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. *Bem jurídico-penal e engenharia genética humana*: contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais (sic). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 31-33. Com classificação parecida, cf. BARATTA, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do Direito Penal. Lineamentos de uma teoria do bem jurídico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 5, p. 5-24. São Paulo. Janeiro/Março de 1994, p. 5 et seq. Reconhecendo um caráter político-criminal também na análise judicial do fato praticado, pois ao juiz é imposta a observância de uma situação de extrema necessidade para o uso do Direito Penal, cf. MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo jurídico-penal*. 2010. 297 f. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010, p. 24.

2.1.1 O primeiro nível de valoração

Nenhuma norma pode encontrar em si mesma a base da sua existência, tendo em vista que ela sempre se baseia num prévio juízo de valor.¹³ Noutras palavras, somente faz sentido afirmar que algo deve ser, se aquilo que se postula como devido é valioso.¹⁴ Por valor, entenda-se a qualidade atribuída a uma realidade – uma conduta, por exemplo – para expressar que, de algum modo, essa realidade é “como deve ser”.¹⁵ O reconhecimento primeiro parte, então, de uma *valoração positiva*.¹⁶ De acordo com Kaufmann, “a primeira valoração é sempre positiva: qualquer valoração negativa funda-se numa valoração positiva preexistente, mesmo que ambas coincidam sob o aspecto temporal”¹⁷.

Espaço em que dimana a própria noção de bem jurídico-penal, compreendido como um valor digno e necessitado de tutela penal.¹⁸ Ao legislador, com a devida atenção à realidade, cabe a tarefa de selecionar os valores, quando forem considerados, num dado contexto sociocultural, dignos e necessitados de proteção.¹⁹ Dessa maneira, a sociedade,

¹³ KAUFMANN, Armin. *Teoria da norma jurídica*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976, p. 102. Do mesmo modo, Gimbernat Ordeig afirma que a tipificação de ações tem lugar a partir de uma valoração; cf. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. La causalidad en Derecho penal. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 15, fasc. 3, p. 543-580. 1962, p. 558. Essa consideração é importante na medida em que, “dissociado de uma fundamentação valorativa, o Direito pode ser utilizado para a consecução de qualquer finalidade” (DUTRA, Bruna Martins Amorim. Os fundamentos do direito penal e sua relação com a racionalidade legislativa. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 96, p. 75-96. São Paulo. Maio/Junho de 2012, p. 79).

¹⁴ MAYNEZ, Eduardo García. *Introducción al estudio del derecho*. México: Editorial Porrúa, 2002, p. 7

¹⁵ LEGAZ Y LACAMBRA, Luis. Ser y deber ser en las concepciones del valor y de la validez. *Anuario de filosofía del derecho*, n. 13, p. 325-343. 1967-1968, p. 326.

¹⁶ “O conceito de bem encerra uma valoração positiva, e o conceito de bem jurídico-penal supõe uma valoração positiva por parte do Direito penal” [tradução livre] (MIR PUIG, Santiago. Valoraciones, normas y antijuridicidad penal. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 6, p. artigo 06:02. 2004. Disponível em: <https://bit.ly/3rBZp9F>. Acesso em: 30 mar. 2020, p. 5). Cf., também, D’ÁVILA, Fabio Roberto. Tipo, ilícito e valor. Notas conceituais e sistemáticas. P. 344-377. In: D’ÁVILA, Fabio Roberto; SANTOS, Daniel Leonhardt dos. *Direito Penal e política criminal*. Porto Alegre: Edipucrs, 2016, p. 371; JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal*. 5. ed. Tradução para o espanhol de Miguel Olmedo Cardenete. Granada: 2002, p. 7-8.

¹⁷ KAUFMANN, Armin. *Teoria da norma jurídica*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976, p. 98.

¹⁸ SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. *Bem jurídico-penal e engenharia genética humana: contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais (sic)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 139, ressaltando que o autor elenca a necessidade como elemento integrante da definição ampla de bem jurídico-penal, e não estrita. Além do mais, coincidiremos o exame da dignidade e da necessidade com o primeiro e o segundo nível de valoração, respectivamente.

¹⁹ “Portanto, além do meio social, a seleção dos bens jurídico-penais depende das condições culturais e do ambiente valorativo de cada sociedade em dada época histórica, pois os valores variam de acordo com o tempo e o lugar” (SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. *Bem jurídico-penal e engenharia genética humana: contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais (sic)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 141-142). Recurso ao meio social e às condições culturais que deve obedecer a um critério *negativo*: o legislador apenas está vinculado a não prever como crime um fato que a consciência social não considera digno de proteção. O contrário está excluído; noutras palavras, o legislador não está vinculado a tutelar penalmente determinado bem jurídico, ainda que a consciência social repute-o digno [ainda que tal perspectiva esteja mais

representada pelo legislador, ao dar-se conta da importância de determinada realidade, busca reunir esforços visando à sua continuidade. O que demonstra tratar-se o valor de um valor construído, tendo por base uma profunda referência histórico-comunitária.²⁰

Sem dúvidas, o meio sociocultural não pode ser ignorado como uma fonte inspiradora da valoração positiva. No entanto, precisamos ir além, o que nos leva a percorrer os caminhos do direito positivo, e, mais precisamente, da Constituição.²¹⁻²² Não é difícil perceber, lembra-

próxima dum exame de necessidade]. Nesse sentido, cf. CADOPPI, Alberto; VENEZIANI, Paolo. *Elementi di diritto penale*. Parte Generale. 2. ed. Padova: CEDAM, 2004, p. 91.

²⁰ D’AVILA, Fabio Roberto. Aproximações à teoria da exclusiva proteção de bens jurídicos no direito penal contemporâneo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 80, p. 7-34. São Paulo. Setembro/Octubre de 2009, p. 16. Substrato que pode ser encontrado na literatura penal pátria, de certo modo, já em Galdino Siqueira: embora não se refira propriamente a valores, afirma o autor que “nunca foi possível em these traçar a linha divisória entre o injusto punível e o não punível, pois muda conforme os tempos e os lugares, cada povo a traçando diferentemente, cada phase na historia do desenvolvimento da humanidade criando novos crimes e fazendo desaparecer os antigos”; cf. SIQUEIRA, Galdino. *Direito penal brasileiro*. Brasília: Conselho Editorial do Senado Federal, 2003, p. 30.

²¹ “Embora seja o meio sociocultural sua fonte inspiradora, é imprescindível ainda a filtragem constitucional para qualquer consideração acerca de bens estritamente jurídico-penais, pois só a Magna Carta é capaz de dar a legitimação e concretização necessárias ao objeto de tutela” (SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. *Bem jurídico-penal e engenharia genética humana: contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais* (sic). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 142). Cf., ainda, 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, p. 46; GRECO, Luís. “Princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstrato – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 49, p. 89-147. São Paulo. Julho/Agosto de 2004, p. 116, agregando que o conceito (político-criminal) de bem jurídico “não se limita a meramente refletir os valores que a Constituição consagra, uma vez que somente valores fundamentais podem justificar a gravidade da intervenção penal (princípio da subsidiariedade)”; MIR PUIG, Santiago. Valoraciones, normas y antijuridicidad penal. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 6, p. artigo 06:02. 2004. Disponível em: <https://bit.ly/3rBZp9F>. Acesso em: 30 mar. 2020, p. 4, reconhecendo que algumas valorações e princípios do Direito já se encontram explícitos na Constituição.

²² Paulo César Busato afirma, por outro viés, que não é recomendável a pretensão de fixar um conceito de bem jurídico-penal identificando-o com os bens constitucionalmente protegidos, “entre outras razões porque o texto constitucional não é um sinônimo de legitimação de garantias democráticas, como demonstram a existência de Constituições de Estados absolutamente totalitários. [...] A proteção de bens jurídico-penais não necessariamente se identifica com os bens jurídicos que são reconhecidos constitucionalmente. Não cabe falar, portanto, do conceito de bem jurídico penal como aquele que deriva da Constituição. A Constituição só serve como um limite negativo de valoração”; cf. BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 57 e p. 360. As palavras de Feijóo Sánchez soam em mesmo tom: não é estranho que, “apesar de uma inicial confrontação entre os teóricos de um Direito Penal totalitário como o do nacional-socialismo (escola de Kiel) contra o bem jurídico, ao identificá-lo com uma concepção individualista do mesmo na linha dos direitos subjetivos, enquanto o Direito Penal nacional-socialista se instaurou como Direito positivo absorveu, sem muitos problemas, o conceito de bem jurídico [...]” [tradução livre]; cf. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. El actual debate alrededor de la teoría del bien jurídico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 100, p. 89-139. São Paulo. Janeiro/Fevereiro de 2013, p. 104. De fato, um regime autoritário pode manipular conceitos e utilizá-los sob uma pretensa legitimação, como bem lhe convier. Entretanto, num Estado antidemocrático a liberdade não é a regra, mas a exceção. Aliás, o Estado Nazista substituiu a noção de liberdade individual pelas noções de violação ao dever e de obediência ao Estado; em outras palavras, pelos deveres morais do sujeito para com a comunidade (nesse sentido, cf. D’AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios*. (Contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico). Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 240). Desse modo, é certo que a Constituição pouco contribuiria e a ideia de bem jurídico apresentaria pouco rendimento – tanto é que os defensores do modelo de Direito Penal Nazista, como Dahm e Schaffstein, qualificaram o bem jurídico como um “conceito inútil”; nesse sentido, cf. BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 356. Este mesmo autor, à p. 360 da mesma obra, em continuação à crítica lançada à

nos Dias Pessoa, a intrínseca relação entre a Constituição e a teoria do bem jurídico em um Estado Democrático de Direito.²³ Afinal, nela estão compreendidas as escolhas políticas do poder constituinte, além de albergados os novos valores que paulatinamente nascem com o regular desenvolvimento da sociedade.²⁴

Dessa forma, acordes com Figueiredo Dias,²⁵ o bem jurídico político-criminalmente tutelável existe somente quando encontrar-se refletido num valor jurídico-constitucionalmente reconhecido e que, por assim ser, “preexiste”²⁶ ao ordenamento jurídico-penal. A demonstrar

filtragem constitucional, aduz que “não há referência expressa à liberdade sexual na Constituição de 1988 e, no entanto, não existe quem ponha em cheque que as lesões a esse bem jurídico inscrevem-se entre as essenciais para o desenvolvimento do ser humano em sociedade”. Não nos parece que o endereçamento específico constitua uma crítica convincente, até porque a liberdade sexual, a despeito da ausência de previsão expressa na CF, nada mais representa do que uma ampliação e concreção do direito geral de liberdade inscrito no *caput* do art. 5º. Além do mais, não há óbice à identificação de bens jurídicos fora do texto constitucional, desde que decorram hermeneuticamente da sua ordem de valores; nesse sentido, cf. SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. *Bem jurídico-penal e engenharia genética humana*: contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais (sic). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 144. De mais a mais, quando insistimos na importância do bem jurídico e do processo de analogia material com a Constituição, pressupomos um Estado Democrático, em que a liberdade é a regra; nesse sentido, cf. TOLEDO Y UBIETO, Emilio Octavio de. *Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos. Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 43, fasc. 1, p. 5-28. 1990, p. 8, para quem a viabilidade do conceito material de bem jurídico demanda certa classe de Estado, que é, para o autor, o Estado Social e Democrático de Direito (art. 1.1 da Constituição Espanhola). Dessa forma, a liberdade, enquanto bem jurídico constitucionalmente assegurado e protegido, somente pode ser restringida, por meio do Direito Penal, quando outro bem de igual magnitude assim justifique; portanto, quando se tratar de outro bem jurídico de natureza constitucional; nesse sentido, cf. D’AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios*. (Contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico). Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 70 et seq.; de certa forma, RAMACCI, Fabrizio; GUERRINI, Roberto. *Corso di diritto penale*. Torino: Giappichelli, 2015, p. 29; SILVA, Marcelo Rodrigues da. Fundamentos constitucionais da exclusão da tipicidade penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 45, p. 159-201. São Paulo. Outubro/Dezembro de 2003, p. 170.

²³ A exigir o necessário cuidado do recurso ao texto constitucional como limite de filtragem dos bens jurídico-penais, sobretudo pela amplitude da CF. De acordo com João Paulo Martinelli, “se todos os interesses previstos na Constituição brasileira receberem tutela penal, teríamos uma legislação contrária ao princípio da subsidiariedade. Portanto, quando se afirma que todos os bens jurídico-penais devem ter previsão constitucional não significa que todos os interesses previstos na Constituição são dignos de tutela penal”; cf. MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo jurídico-penal*. 2010. 297 f. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010, p. 27.

²⁴ DIAS PESSOA, Luíza Nívea. Análise sobre a constitucionalidade do Artigo 28 da Lei n. 11.343/06 à luz da teoria do bem jurídico. In: D’AVILA, Fábio Roberto et al. *Direito Penal e Constituição*: diálogos entre Brasil e Portugal. Porto Alegre: Boutique Jurídica, 2018, p. 244-245.

²⁵ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal*: parte geral. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 120.

²⁶ Com isso, pretendemos afirmar que o tipo penal não cria o bem jurídico, mas o *reconhece*. Vale dizer, a realidade apreendida pelo legislador e abstraída em termos de dever ser pelo comando normativo já existe como categoria ontológica. Em sentido contrário, parece-nos que não há sentido criar algo que, no aspecto da realidade, ainda não existe. Também consideram que a tarefa do Direito Penal é o reconhecimento, e não a produção de bens jurídicos, por exemplo, D’AVILA, Fabio Roberto. Aproximações à teoria da exclusiva proteção de bens jurídicos no direito penal contemporâneo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 80, p. 7-34. São Paulo. Setembro/Outubro de 2009, p. 21; MOURULLO, Gonzales Rodriguez. *Derecho penal*: parte general. Madrid: Civitas, [NI], p. 19; SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. *Bem jurídico-penal e engenharia genética humana*: contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais (sic). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 141, nota nº 8. Ao seu tempo, Galdino Siqueira – sem fazer referência ao bem jurídico, e adotando, em vez disso, critérios de legitimação morais, o que não compartilhamos – sustentava que o crime não é uma criação do legislador, mas, sim, uma *declaração* de que certa ação ou omissão, devido à moralidade intrínseca e aos efeitos prejudiciais à segurança pública e privada, e, ainda, em outros casos, por conveniência

uma relação de mútua referência entre a ordem axiológica jurídico-constitucional e a ordem jurídico-penal. Relação esta que o autor lusitano denomina de analogia material, fundada numa essencial correspondência de sentido e de fins. Assim sendo, os bens jurídicos protegidos pelo Direito Penal devem ser considerados, acrescenta Figueiredo Dias, como “concretizações dos valores constitucionais expressa ou implicitamente ligados aos direitos e deveres fundamentais e à ordenação social, política e económica”²⁷.

Portanto, ao deparar-se com valores como, exemplificativamente, a vida, a liberdade, a segurança, a igualdade e a propriedade (art. 5º, CF), o legislador os reconhece como pedaços da realidade, cuja proteção é digna de tutela penal. Idêntico raciocínio pode aplicar-se ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225, CF). Eis o porquê de a valoração ser positiva: trata-se de um juízo de importância, de reconhecer que a defesa de um determinado valor é imprescindível para a coexistência,²⁸ num dado contexto histórico-comunitário. Da referência histórico-comunitária e da analogia axiológico-material com a Constituição encontramos o substrato para confirmar a *dignidade penal* do bem jurídico. Dignidade esta que é, apenas, o primeiro passo, tendo em vista que o legislador não está obrigado a tutelar penalmente todo e qualquer ataque ao valor reconhecido.²⁹ O processo de tipificação da conduta exige, ademais, o exame da *necessidade*, correspondente ao segundo nível de valoração.

utilitária, precisa ser reprimida pela pena; cf. SIQUEIRA, Galdino. *Direito penal brasileiro*. Brasília: Conselho Editorial do Senado Federal, 2003, p. 35. Considerando uma aporia a discussão acerca do reconhecimento ou da criação do bem jurídico pela norma, cf. BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 361 et seq.

²⁷ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal: parte geral*. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 120.

²⁸ Coexistência que é, no entender de Cossio, “o substrato constante de todo valor jurídico; por isso os valores jurídicos sempre são coexistenciais em seu sentido [...]” [tradução livre]; cf. COSSIO, Carlos. Los valores jurídicos. *Anuario de filosofía del derecho*, n. 4, p. 27-92. 1956, p. 33. Leitura esta que parece aproximar-se da concepção kantiana de Direito, calcada na lei universal “*age externamente de modo que o livre uso de teu arbítrio possa coexistir com a liberdade de todos de acordo com uma lei universal*” [grifo do autor] (KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. Tradução de Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2003, p. 77). Segundo Maihofer, Kant “entende este direito de liberdade, não, acaso, existencialmente, como o direito do indivíduo fazer ou deixar de fazer o que queira, mas coexistencialmente, como ‘a independência da arbitrariedade constritiva de outro’, ‘na medida em que ela pode existir junto de outra liberdade, segundo uma lei geral’. Este direito inato, pois, jamais foi referido por Kant ao homem individual para a sua existência em si, mas ao homem em sua coexistência com os demais” [tradução livre]; cf. MAIHOFFER, Werner. *Estado de Derecho y dignidad humana*. Traducción de José Luis Guzmán Dalbora. Buenos Aires: Julio César Faira, 2008, p. 18.

²⁹ MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo jurídico-penal*. 2010. 297 f. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010, p. 27. Até porque “a função primordial da Constituição não é regular o comportamento dos cidadãos entre si, mas estabelecer as peças fundamentais do exercício do poder político” [tradução livre] (MIR PUIG, Santiago. *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*. Barcelona: Editorial Ariel, 1994, p. 163).

2.1.2 O segundo nível de valoração

Às valorações positivas segue, como consequência lógica, uma valoração negativa:³⁰ “tudo que ofenda a ‘situação jurídica’ que foi objeto duma valoração positiva, todo acontecimento que represente uma ‘ofensa ao bem jurídico’, será submetido a uma valoração negativa”³¹. O que nos move a tomar como referência o bem jurídico resultante da primeira valoração;³² afinal, é a partir dele que teremos o potencial crítico para condicionar a atividade legislativa a determinados parâmetros de racionalização. O degrau que agora pretendemos alcançar corresponde à *valoração negativa a nível legislativo*. Tomando como referência Miguel Reale, “o direito tutela determinados valores, que reputa positivos, e impede determinados atos, considerados negativos de valores”³³. Dessa forma, “até certo ponto, poder-se-ia dizer que o direito existe porque há possibilidade de serem violados os valores que a sociedade reconhece como essenciais à convivência”³⁴. Exemplificativamente, a vida é a expressão de um valor positivo; em termos de negação, ela pode ser destruída por meio de atos homicidas, ou, simplesmente, ser exposta a perigo. Diante disso, no intuito de protegê-la, o legislador recorre às diferentes técnicas de tipificação penal, ora proibindo o dano (art. 121, CP), ora o perigo (art. 132, CP).³⁵ Noutras palavras, o legislador exprime, no tipo penal, o juízo de

³⁰ Daí a bipolaridade do valor: “a um valor se contrapõe um desvalor; ao bom se contrapõe o mau; ao belo, o feio; ao nobre, o vil; e o sentido de um exige o do outro. Valores positivos e negativos se conflitam e se implicam em processo dialético” (REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 189).

³¹ KAUFMANN, Armin. *Teoria da norma jurídica*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976, p. 99-100. Nesse segundo momento, Kaufmann alude à valoração dos eventos que afetam os bens jurídicos e à valoração das ações que dão origem a tais eventos; cf. CURADO NEVES, João. *Comportamento lícito alternativo e concurso de riscos*. Contributo para uma teoria da imputação objectiva em Direito Penal. Lisboa: AAFDL, 2019, p. 30. Não realizaremos esta distinção, na medida em procuraremos mesclar ambos os níveis num só, para com isso nos referirmos a uma valoração negativa dúplice, situada nos planos legislativo e judicial.

³² KAUFMANN, Armin. *Teoria da norma jurídica*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976, p. 102.

³³ REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 189. De acordo com Fabio D’ávila, “ao considerar o bem jurídico um valor positivo, os fatos que lhe são ofensivos passam, enquanto negação de um valor positivo juridicamente reconhecido, a expressar um conteúdo de valor negativo. Encontram-se entre os acontecimentos que, relacionados com o valor situacional do bem jurídico, manifestam-se como positivos ou negativos, como afirmação ou negação. E que, nessa exata medida, permitem o que se pode denominar de segundo nível de valoração”; cf. D’ÁVILA, Fabio Roberto. Tipo, ilícito e valor. Notas conceituais e sistemáticas. P. 344-377. In: D’ÁVILA, Fabio Roberto; SANTOS, Daniel Leonhardt dos. *Direito Penal e política criminal*. Porto Alegre: Edipucrs, 2016, p. 372.

³⁴ REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 189.

³⁵ GRECO, Luís. “Princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstrato – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 49, p. 89-147. São Paulo. Julho/Agosto de 2004, p. 118, ainda mencionando o caso da rixa (art. 137, CP), crime de perigo abstrato proibido, conforme o autor, “não só no interesse da incolumidade pública, como, principalmente, porque essa conduta pode provocar mortes”. O que não quer dizer, frise-se, que o desenvolvimento aqui proposto coincida com o deste autor, principalmente pelo fato de ele considerar que o termo ofensividade confunde duas questões:

desvalor, i.e., o modo pelo qual uma conduta poderá lesar ou expor a perigo de lesão o bem jurídico tutelado.³⁶

Por conseguinte, devemos procurar um componente atento à realidade – até porque entendemos o valor como qualidade atribuída à realidade –, componente este que pode ser encontrado na exigência de *ofensividade*;³⁷ noutros termos, na demonstração de a conduta poder lesar ou pôr em perigo o respectivo bem jurídico.³⁸ Exigência que pode encontrar abrigo, em nosso Direito Positivo, na interpretação teleológica dos tipos penais.³⁹ No campo das ofensas à vida, o legislador pune mais severamente o homicídio, atribuindo um grau de censura menor ao perigo, tanto na modalidade tentada (art. 121, c/c art. 14, II, CP), quanto no crime subsidiário de perigo (art. 132, CP). Outro ponto de apoio legislativo tem a sua sede no art. 17 do CP, dispositivo que, ao conferir autonomia normativa ao crime impossível, estabeleceu, conseqüentemente, uma cláusula ou regra geral codificada/codificadora do

a do bem jurídico e a da estrutura do delito, optando, então, por não trabalhar com o princípio da ofensividade e focar na questão diferencial apontada.

³⁶ Ao que parece, as técnicas de tutela – lesão ou perigo – correspondem ao terceiro nível de valoração proposto por Kaufmann. De acordo com Paulo de Sousa Mendes, depois da primeira e da segunda valoração – respectivamente: valoração positiva, mediante a escolha e o reconhecimento dos bens jurídicos; e valoração negativa, relacionada aos acontecimentos – verifica-se “a valoração dos únicos acontecimentos que são susceptíveis de influência; isto é, aqueles que são obra da vontade humana ou controláveis por ela. Neste contexto, só as acções humanas que acarretam a lesão ou o perigo de lesão dos bens jurídicos são juridicamente inadmissíveis. Este terceiro nível é a origem da norma: o legislador confia que faz quanto pode para proteger os bens jurídicos delimitados no primeiro nível valorativo através da imposição de imperativos dirigidos à conduta humana. E assim se opera o salto de um dever-ser puro ou ideal para um dever-fazer (i.e., um comando) ou um dever-não-fazer (i.e., uma proibição)”; cf. SOUSA MENDES, Paulo de. Relevância negativa da causa virtual em sede de imputação objetiva. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 74, p. 133-169. São Paulo. Setembro/Outubro de 2008, p. 153.

³⁷ Por todos, cf. D’AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios*. (Contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico). Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 39 et seq. De acordo com García Caveró, o princípio da ofensividade – ou da lesividade, na nomenclatura que ele adota – é um desprendimento do princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos. O art. 12 do CP peruano incorpora, expressamente, o princípio da lesividade, dispondo, em seu art. 4º, que “a pena precisa, necessariamente, da lesão ou da colocação em perigo de bens jurídicos tutelados pela lei”; cf. GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho penal*. Parte general. 3. ed. Lima: Ideas Solución Editorial, 2019, p. 124.

³⁸ TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 254. Ao seu tempo, Galdino Siqueira, ao comentar a diferença entre delito e contravenção, entendia por ofensa “a lesão imediata, pela qual o bem é destruído ou sofre diminuição no seu valor, ou o perigo *in concreto*, ou damno potencial, e precisamente determinado pela lei, por exemplo, o perigo ‘para a vida ou para o corpo’”; cf. SIQUEIRA, Galdino. *Direito penal brasileiro*. Brasília: Conselho Editorial do Senado Federal, 2003, p. 51.

³⁹ O que não deixa de ser problemático. Basta visualizarmos a pena especialmente alta – reclusão, de dez a quinze anos – cominada ao crime de “envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal”, tipificado no art. 270 do CP. Por mais perigosa que seja a ação descrita, “ela não deixa de ser um mero crime de perigo abstrato, que jamais pode ser punido com pena mais alta que a do próprio delito de lesão. E os respectivos crimes de lesão, aqui, são punidos ou com reclusão, de dois a oito anos (tomemos unicamente a lesão corporal gravíssima), ou com reclusão, de seis a vinte anos (homicídio simples). O único ponto de vista que poderia justificar penas relativamente mais elevadas seria, aqui, o fato de que o perigo é gerado para um número indeterminado de pessoas. Mas ainda assim esse ponto de vista não poderia fazer a pena mínima começar acima do crime de homicídio” (GRECO, Luís. “Princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstrato – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 49, p. 89-147. São Paulo. Julho/Agosto de 2004, p. 125).

princípio da ofensividade.⁴⁰ Por fim, e não menos importante, a ofensividade é fruto hermenêutico da ordem axiológica jurídico-constitucional – para tomarmos de empréstimo a expressão de Figueiredo Dias. A restrição da liberdade (art. 5º, CF) somente pode acontecer em casos realmente necessários. Além disso, a dignidade da pessoa humana e a responsabilidade penal pessoal (art. 1º, III; art. 5º, XLV, ambos da CF) vedam a instrumentalização do ser humano e impossibilitam, conseqüentemente, a incriminação de meras desobediências.⁴¹

Diante disso, a valoração negativa a nível legislativo ancora-se num fundamento dúplice entre os aspectos *empírico* e *jurídico*. O primeiro é importante na medida em que permite demonstrar quando uma conduta humana pode ser considerada ofensiva a um bem jurídico, perante um contexto histórico-social, ou quando uma conduta não mais dispõe do juízo de desvalor que outrora lhe fora conferido. O segundo, por sua vez, filtra os pedaços da realidade, conforme a sua relevância jurídica, de forma a demonstrar que, devido ao grau de desvalor que o bem jurídico pode sofrer pela prática da conduta, ele necessita da tutela penal.⁴² Com efeito, a experiência sensorial, que dá origem ao conhecimento do mundo físico

⁴⁰ D’AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios*. (Contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico). Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 76 et seq. No âmbito de juridicidade italiano, referindo-se ao art. 49, § 2º, do CP, cf. FIORE, Carlo. Il principio di offensività. P. 61-72. In: ANGIONI, Francesco et al. (Orgs). *Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali*. Milano: Giuffrè, 1996, p. 63.

⁴¹ D’AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios*. (Contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico). Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 70 et seq. No âmbito de juridicidade italiano, Ramacci e Guerrini procuram, no art. 25 da Constituição Italiana, uma base constitucional para o princípio de ofensividade. O referido preceito, ao subordinar a punição à comissão de um *fato*, excluiria a punição por um simples estado subjetivo, ou seja, por uma inclinação interior ou, também, por uma intenção criminosa, que não poderia ser externada como um “fato”; cf. RAMACCI, Fabrizio; GUERRINI, Roberto. *Corso di diritto penale*. Torino: Giappichelli, 2015, p. 87-88. Não encontramos uma disposição semelhante na Constituição Brasileira, já que o inciso XXXIX, do art. 5º, limita-se a afirmar que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. No entanto, o art. 2º do CP estabelece que “ninguém pode ser punido por *fato* que lei posterior deixa de considerar crime [...]”, motivo pelo qual podemos nele identificar mais uma regra codificada da exigência de ofensividade. Dito isso, como afirma Wolter, o injusto não é, apenas, um injusto da vontade, mas, em primeiro lugar, um *injusto do fato*. Portanto, a ação não pode ser proibida por expressar uma desobediência ao Direito, mas pela possibilidade real de lesão ou de colocação em perigo concreto de um bem jurídico. Nesse comportamento perigoso é que Wolter encontra o *protótipo do injusto*; cf. WOLTER, Jürgen. Imputación objetiva y personal a título de injusto. A la vez, una contribución al estudio de la *aberratio ictus*. P. 108-133. In: SCHÜNEMANN, Bernd. *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*. Tradução para o espanhol de Jesus María Silva Sánchez. Madrid: Editorial Tecnos, 1991, p. 110-111.

⁴² De acordo com Baratta, “bens constitucionalmente relevantes, tais como a liberdade, a integridade pessoal, a honra, a saúde, o funcionamento dos órgãos do Estado e das instituições públicas, são objetos de tutela de praticamente todos os ramos do direito. No entanto deve-se destacar que a fragmentação das áreas de tutela em cada ramo do direito depende não tanto da natureza dos bens, mas principalmente da estrutura das situações que lhe são prejudiciais e da qual se incumbem os diversos ramos do direito, concorrendo, e ora sendo preferido um ou outro ramo do direito, com as técnicas próprias e específicas de tutela”. Acrescenta o autor, porém, que, por este motivo, “a questão dos conteúdos da tutela colocada em termos de qualidade intrínseca dos bens jurídicos é afinal, uma questão tão impossível de se resolver que acaba por tornar-se vã”; cf. BARATTA, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do Direito Penal. Lineamentos de uma teoria do bem jurídico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 5, p. 5-24. São Paulo. Janeiro/Março de 1994, p. 10

exterior, permite perceber algo – vemos uma árvore verde e enunciamos: esta árvore é verde. Este ato de apreensão sensorial – o ser-verde-da-árvore – constitui base para outro ato, “o de revestir esse dado numa estrutura de linguagem, na qual se exprime a relação conceptual denominada proposição (juízo, na terminologia clássica)”⁴³. Portanto, a conjugação de ambos os aspectos permite demonstrar *quando* uma conduta passa a ter importância penal – ou o contrário – e, por conseguinte, o *modo* pelo qual a prática dessa conduta ofenderá – lesando ou expondo a perigo de lesão – o bem jurídico objeto de tutela,⁴⁴⁻⁴⁵ identificada tal prática numa estrutura linguística – o tipo penal.

Contexto que atesta a importância do critério da *necessidade* de tutela penal, critério este que procura demonstrar, *v.g.*, a necessidade de proteção penal de um bem diante de algumas formas de ataque especialmente perigosas, e não diante de outras.⁴⁶ Dificilmente alguém questionará a necessidade de tutela da integridade corporal e da saúde e, doravante, a legitimidade do art. 129 do CP. Resposta que toma rumo diverso – pelo menos na perspectiva que perfilhamos – em se tratando do consumo pessoal de drogas, comportamento que, *de lege*

⁴³ VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo*. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 37.

⁴⁴ Com certa semelhança, mas em referência à *danosidade social* da conduta, cf. SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. *Bem jurídico-penal e engenharia genética humana: contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais (sic)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 145-147, que afirma: “Aqui o legislador verifica, seleciona e julga, de acordo com o desvalor efetivo ou potencial de determinadas condutas, quais as que se caracterizam concretamente como intoleráveis e reprováveis socialmente e quais as que são aptas a afetar bens jurídicos considerados dignos de tutela jurídico-penal. Embora seja imprescindível uma análise empírica sobre os efeitos sociais das condutas, a determinação da danosidade social tem que se reportar a um juízo sobre a perturbação grave dos bens jurídicos vitais para a vida em comum. [...] A danosidade social pressupõe averiguações empírico-criminológicas sobre os efeitos danosos de certas condutas e valorações à luz da Constituição. Condutas que se mostrem inofensivas a bens estritamente jurídico-penais não possuem danosidade social e por consequência não há dignidade penal para que sejam criminalizadas. [...] Neste sentido, conclui-se que para o juízo de dignidade penal são necessárias na realidade duas valorações por parte do legislador: uma sobre a dignidade penal do bem jurídico; e outra, sobre a dignidade penal da conduta, sendo que tal juízo tem que ainda ser depurado atendendo aos valores constitucionais e a critérios sociais”.

⁴⁵ Não só a modalidade de ofensa será enunciada, já que a maioria dos tipos penais está determinada pela *forma e modo* de execução da própria conduta. A propósito, a forma e o modo de execução, como elementos que caracterizam o fato punível, seriam incompreensíveis se a norma proibitiva somente pensasse no desvalor de resultado; nesse sentido, cf. JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal*. 5. ed. Tradução para o espanhol de Miguel Olmedo Cardenete. Granada: 2002, p. 257. Além do mais, de acordo com Maurach, mesmo que se acuda à distinção entre desvalor do resultado e desvalor da ação, não é conveniente incorrer na crença de que apenas o primeiro está referido ao bem jurídico. Desse modo, a norma, criada para proteger os bens das lesões [e dos perigos de lesões], traça certas distinções em relação ao “como” da lesão e da colocação em perigo, ou seja, em ordem ao desvalor da ação; cf. MAURACH, Reinhart. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo I. Traducción de Juan Cordoba Roda. Barcelona: Ediciones Ariel, 1962, p. 254.

⁴⁶ MIR PUIG, Santiago. *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*. Barcelona: Editorial Ariel, 1994, p. 166. Cf., também, ORTS BERENGUER, Enrique; GONZÁLEZ CUSSAC, José L. *Compendio de Derecho Penal: Parte General*. 7. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, p. 252-253, afirmando que existem, na realidade, diferentes graus de ofensa ao bem jurídico; noutras palavras, cada tipo delitivo requereria uma forma diferente de atacar o bem jurídico protegido; MAURACH, Reinhart. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo I. Traducción de Juan Cordoba Roda. Barcelona: Ediciones Ariel, 1962, p. 260.

ferenda, não necessita da tutela penal.⁴⁷ A proibição dessa conduta pode ser considerada paternalista, tendo em conta que tutela a saúde do indivíduo em desfavor da sua própria decisão, o que lhe é garantido pelo direito geral de liberdade, além de não atingir os bens jurídicos e a autonomia de terceiros, exigências que parecem alinhar-se ao princípio de ofensividade. Nesse caso, a valoração positiva reconhece a dignidade do bem jurídico (a saúde), mas a valoração negativa nos indica que a conduta específica não necessita de proteção penal. Em última análise, o critério da necessidade, assim pensamos, busca *selecionar as condutas efetivamente perigosas* para o bem jurídico, capazes de lesá-lo ou a expô-lo a perigo de lesão, o que parece corresponder à ideia de *fragmentariedade*.⁴⁸⁻⁴⁹

⁴⁷ *De lege ferenda*, anotemos, porque o art. 28 da Lei nº 11.343/2006 tipifica a conduta de consumo pessoal de drogas, *verbis*: “Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trouxer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas [...]”.

⁴⁸ Para Luzón Peña, associam-se fragmentariedade e Direito Penal porque este “não deve proteger todos os bens jurídicos, nem todas as condutas lesivas dos mesmos, mas apenas os ataques mais graves aos bens jurídicos mais importantes [...]” [tradução livre] (LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Curso de Derecho Penal*. Parte General I. Madrid: Editorial Universitas, 1996, p. 83). Para Paulo Vinicius Sporleder de Souza – que posiciona sistematicamente a fragmentariedade no âmbito da dignidade penal –, “[...] o direito penal apresenta um caráter fragmentário porque não deve proteger todos os bens jurídicos, mas somente aqueles considerados os mais fundamentais para a convivência em sociedade e diante dos m (sic) ataques mais intoleráveis que possam vir a ofendê-lo. [...] Ademais, significa um importante princípio para estabelecer uma hierarquia de bens jurídicos, de acordo com o grau de sua dignidade penal, ou para determinar a forma e as modalidades das condutas passíveis de criminalização. Assim, diferenciados modos de desvalor da conduta e do resultado, como, por exemplo, tentativa/consumação, dolo/culpa, perigo/dano, ação/omissão, são avaliados e ponderados com o fim de estabelecer uma correta composição dos tipos penais na legislação” (SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. *Bem jurídico-penal e engenharia genética humana: contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais* (sic). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 150-151). Além do mais, o autor também se refere à *danosidade social da conduta*, o que foi objeto de comentário em nota anterior.

⁴⁹ Não só à ideia de fragmentariedade, destaquemo-lo, mas também à de *subsidiariedade*: a suficiência de outros ramos jurídicos para a proteção do bem jurídico, como o civil ou o administrativo, torna a tutela penal desnecessária. Entre nós, Galdino Siqueira já manifestava a opinião de que o Estado encontra, na pena, o meio indispensável para alcançar o fim de proteção dos seus interesses jurídicos, *desde que sejam insuficientes outras sanções*. Ao comentar o pensamento da escola francesa, acrescenta que o emprego da pena só se justifica desde que cumpridas três condições essenciais: 1ª) deve ser um meio próprio para proteger a ordem social; 2ª) deve ser um meio de proteção necessário, cujo recurso deve ocorrer apenas na falta de outros meios menos onerosos; 3ª) a pena deve ser justa em si mesma e independente da sua utilidade social; cf. SIQUEIRA, Galdino. *Direito penal brasileiro*. Brasília: Conselho Editorial do Senado Federal, 2003, p. 24 e 31. No mais, cf. BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 59-60; MIR PUIG, Santiago. *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*. Barcelona: Editorial Ariel, 1994, p. 166; ROXIN, Claus. Dependencia e independencia del Derecho penal con respecto a la política, la filosofía, la moral y la religión. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 59, fasc. 1, p. 5-24. 2006, p. 8. Além do mais, os cânones hermenêuticos do princípio da proporcionalidade podem ser úteis à concreção do juízo de necessidade. A *adequação* “pressupõe a investigação e a prova de que o acto do poder público é *apto* para e *conforme* os fins justificativos da sua adopção” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 269-270). A necessidade envolve a verificação da existência de meios menos gravosos para a consecução do fim – o que parece um ponto de confluência com o ideal de subsidiariedade; sobre a necessidade e o princípio de proporcionalidade, cf. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 122. Além do mais, o *princípio de justa medida* – ou a *proporcionalidade em sentido estrito* – deve projetar-se na criminalização da conduta, espaço em que “meios e fim são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, com o objectivo de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina,

Disso tudo resultam limitações ao poder de punir. Em primeiro lugar, meras imoralidades (como, p. ex., o adultério) não conformam, como tais, a lesão de um autêntico bem jurídico,⁵⁰ tampouco proposições (ou imposição de fins) meramente ideológicas,⁵¹ da mesma forma que as condutas simplesmente contrárias ao politicamente correto.⁵² As atitudes internas não podem constituir objeto de incriminação.⁵³ A simples violação ao dever não é digna e necessitada de tutela penal, dada a sua incompatibilidade com os ideais de um Estado Democrático de Direito (art. 1º, CF), principalmente pelo fato de compatibilizar-se com modelos políticos autoritários, tal como ocorreu com o Direito Penal Nazista.⁵⁴ Estados ou condições existenciais não podem ser proibidos.⁵⁵ Meros desconfortos, que porventura ameacem o indivíduo, ou meras imperfeições de organização social, não podem ser considerados autênticos bens jurídicos.⁵⁶ A autolesão consciente, por fim, não é necessitada da proteção penal.⁵⁷⁻⁵⁸

2003, p. 270). Se bem vemos, as condições abordadas por Galdino Siqueira coincidem com a tríplice valoração do princípio de proporcionalidade.

⁵⁰ “A missão do Estado é garantir, portanto, a ordem externa, e não tutelar moralmente os seus cidadãos” [tradução livre] (MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal*. Parte General. 8. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 81). No julgamento acerca da constitucionalidade do incesto, “o Tribunal Constitucional Alemão acabou atribuindo ao direito penal a tarefa de manutenção e fortalecimento de convicções morais”, de modo a reservar, naquele espaço de juridicidade, mera atribuição teórica, num sentido pejorativo do termo, já que abriu a possibilidade de tutelar penalmente comportamentos imorais; cf. 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*). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 82, p. 165-186. São Paulo. Janeiro/Fevereiro de 2010, p. 171 et seq.

⁵¹ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal*: parte geral. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 124-125.

⁵² SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. *Bem jurídico-penal e engenharia genética humana*: contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais (sic). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 148.

⁵³ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 90.

⁵⁴ Na síntese de Cadoppi e Veneziani, o crime como ofensa contrapõe-se ao crime como violação de um dever. No mais, de acordo com Schünemann, “a substituição do princípio da proteção de bens jurídicos pelo princípio da violação de um dever era justamente um aspecto central da crítica nacional-socialista ao direito penal liberal”; cf., respectivamente, CADOPPI, Alberto; VENEZIANI, Paolo. *Elementi di diritto penale*. Parte Generale. 2. ed. Padova: CEDAM, 2004, p. 84; SCHÜNEMANN, Bernd. O direito penal é a *ultima ratio* da proteção de bens jurídicos! – Sobre os limites invioláveis do direito penal em um Estado de Direito liberal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 53, p. 9-37. São Paulo. Março/Abril de 2005, p. 15, nota n. 19).

⁵⁵ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 91.

⁵⁶ SCHÜNEMANN, Bernd. O direito penal é a *ultima ratio* da proteção de bens jurídicos! – Sobre os limites invioláveis do direito penal em um Estado de Direito liberal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 53, p. 9-37. São Paulo. Março/Abril de 2005, p. 18.

⁵⁷ ROXIN, Claus. El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen. Tradução de Manuel Cancio Meliá. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 15-01. Fevereiro de 2013 p. 11. Cf., também, BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 90; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Principio de alteridad o de identidad vs. principio de autorresponsabilidad. Participación en autopuesta en peligro, heteropuesta en peligro consentida y equivalencia: el criterio del control del riesgo. *Nuevo Foro Penal*, v. 6, n. 74, p. 58-80. Medellín. Janeiro/Julho de 2010. Disponível em: <https://bit.ly/38IEg4X>. Acesso em: 8 jul. 2020, p. 70-71, baseando-se no princípio de alteridade, a partir do qual, para ser delito, uma conduta tem que supor um dano alheio concreto, para outro ou para a comunidade, não bastando a sua imoralidade. De mais a mais, a legislação militar pune, com pena de detenção, de seis meses a dois anos, a conduta de “criar ou simular incapacidade física, que inabilite o convocado para o serviço militar”. Além do mais, é possível punir a autolesão quando ela constitua “crime-meio para a consecução

de um delito-fim, como acontece na amputação de membro para o recebimento de seguro”, caso em que “a autolesão passa a ser punida a outro título” (PIERANGELI, José Henrique. *O consentimento do ofendido na teoria do delito*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 101).

⁵⁸ Tudo o que dissemos poderia passar a impressão de que a teoria do bem jurídico não padece de controvérsias e negações. Impressão esta que, se porventura realmente houve, é apenas aparente. Afinal, assinala Luís Greco, “o conceito de bem jurídico pode ser tudo, menos amplamente aceito”; cf. GRECO, Luís. “Princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstrato – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 49, p. 89-147. São Paulo. Julho/Agosto de 2004, p. 97. Nesse sentido, cf., também, com atenção para as diferenças de escola, GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho penal*. Parte general. 3. ed. Lima: Ideas Solución Editorial, 2019, p. 113. A dissensão já começa no plano terminológico. Problema este (o que seria o bem jurídico?) que foi utilizado pelo Tribunal Constitucional Alemão para justificar a pretensão constitucionalidade do crime de incesto, de modo que, no entender da corte, a teoria do bem jurídico não forneceria qualquer parâmetro material de necessária acolhida pelo direito constitucional; cf. 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*). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 82, p. 165-186. São Paulo. Janeiro/Fevereiro de 2010, p. 169. No entanto, para Schünemann, em escrito anterior à decisão, a recusa do Tribunal “em reconhecer a limitação do direito penal por meio da proteção de bens jurídicos está entre as suas mais lamentáveis falhas, que não deve ser em caso algum tomada como modelo por outros Estados de Direito Democrático-Liberais”; cf. SCHÜNEMANN, Bernd. O direito penal é a *ultima ratio* da proteção de bens jurídicos! – Sobre os limites invioláveis do direito penal em um Estado de Direito liberal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 53, p. 9-37. São Paulo. Março/Abril de 2005, p. 14. Sem nos esquecermos, é claro, das posições teóricas críticas e relativistas ao conceito de bem jurídico. Para os defensores da Escola de Kiel, por exemplo, “a essência do delito não é apreciada na incidência típica sobre bens jurídicos, mas sim constituída pelo *espírito reprovável do autor* que viola os sentimentos e valores coletivos da comunidade”, o que representa um direito penal de autor e de vontade, calcado no senso de violação ao dever; cf. SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. *Bem jurídico-penal e engenharia genética humana: contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais (sic)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 96. Para Welzel, por outro lado, a missão precípua do Direito Penal reside não na proteção de bens jurídicos em si, mas no fato de assegurar a validade inviolável dos valores ético-sociais, mediante a cominação e a aplicação de pena para as ações violadoras aos referidos valores; cf. WELZEL, Hans. *Derecho penal: parte general*. Tradução para o espanhol de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956, p. 3. Acompanhamos a crítica de Martínez Escamilla, quando refere não ser apropriado atribuir, ao Direito Penal, a função única de defesa dos valores ético-sociais, “considerados em si mesmos dignos de proteção, pois, com isso, estar-se-ia desvanecendo as fronteiras entre Moral e Direito” [tradução livre]; cf. MARTINEZ ESCAMILLA, Margarita. *La imputación objetiva del resultado*. Madrid: Edersa, 1992, p. 63. Em outro extremo, Jakobs rechaça o bem jurídico, confundindo-o com a própria norma penal, ao argumento de que incumbe ao Direito Penal a manutenção da vigência dessa norma, enquanto modelo de orientação social; cf. JAKOBS, Günther. *Fundamentos do Direito Penal*. Tradução André Luís Callegari. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012; JAKOBS, Günther. O que protege o direito penal: os bens jurídicos ou a vigência da norma? Tradução André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli e Lúcia Kalil. In: CALLEGARI, André Luís et al. *Derecho penal e funcionalismo*. Coordenação: André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. Segundo Feijóo Sánchez, a proteção de bens jurídicos deixa de lado a referência à juridicidade, cuja lesão não residiria na ofensa, mas no uso ilegítimo da liberdade, além de considerar que a teoria do bem jurídico (a) não aporta nada de significativo para a (des)criminalização de uma conduta, para o que seria importante a “evolução social”, e (b) não apresenta outro ponto de controle que já não fosse propiciado pelo exame de constitucionalidade; cf. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. El actual debate alrededor de la teoría del bien jurídico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 100, p. 89-139. São Paulo. Janeiro/Fevereiro de 2013, ps. 101, 125 e 128, respectivamente. Colocamos o termo evolução social entre aspas, devido à ilusão que a sua carga semântica pode oferecer. Com efeito, a crença de evolução e de progresso está centrada na ideia do presente melhor do que o passado, e do futuro melhor do que o presente, numa linha contínua e de causalidades (o passado é causa do presente; o presente será a causa do futuro). Isso permitiu a retórica de que os Europeus fossem superiores aos africanos e aos índios. No entanto, o que realmente parece acontecer é que as elaborações científicas e os ideais de cientificidade são *diferentes e descontínuos*. Por exemplo, as físicas de Aristóteles, de Galileu-Newton e de Einstein não são apenas uma física, mas sim, físicas diferentes; nesse sentido, cf. CHAÚÍ, Marilena. *Convite à Filosofia*. São Paulo: Ática, 2002, p. 256 et seq. Do ponto de vista criminológico, Salo de Carvalho aponta que, apesar das críticas da sociologia criminal, o Direito Penal permanece atrofiado na crença da sua programação e funcionalidade próprias, o que reafirmaria o seu delírio de grandeza, expondo o que o autor denomina de segunda ferida narcísica do Direito Penal, constituída pela perspectiva da tutela de bens jurídicos (ofuscamento da realidade pela soberba em proteger a Humanidade de sua própria extinção); cf.

2.1.3 O terceiro nível de valoração

O terceiro nível de valoração também é negativo, terminologicamente definido como *valoração negativa a nível judicial*. Vinculamo-la à valoração judicial dos diversos tipos penais contidos na Parte Especial do CP e na legislação extravagante, sem, contudo, perder o caráter de generalidade, buscando, em sede de Parte Geral, um conjunto de pressupostos mínimos comuns.⁵⁹ A tarefa dessa valoração consistirá em verificar a ofensa no caso em concreto, ou seja, se a conduta praticada lesou ou expôs a perigo de lesão o bem jurídico tutelado. Por essa razão, o terceiro nível pressupõe a existência de um bem jurídico-penal, objeto de tutela da norma penal. Daí que, para Kaufmann, “a norma constitui o elemento de ligação que produz a confluência da axiologia e da teleologia”⁶⁰. Significa dizer que o valor expresso na norma deve ter sido negado pelo fato praticado, incumbência que ao juiz caberá verificar, ao julgar o caso penal. Eis o porquê de a operação ser negativa: ela expressa um juízo de *desvalor*, de contrariedade da conduta à norma jurídico-penal (perspectiva de desvalor apreciada *ex ante* ou simplesmente *desvalor objetivo de ação*) e da produção, por essa conduta, de um resultado juridicamente imputável (perspectiva de desvalor apreciada *ex post* ou simplesmente *desvalor de resultado*).⁶¹ O desenvolvimento deste capítulo procurará

CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 93-96. Crítica que também é exposta por Baratta, quando denuncia a escassa interdisciplinaridade e parcialidade autorreflexiva pelas quais se desenvolve a discussão acerca do bem jurídico em âmbito penal; cf. BARATTA, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do Direito Penal. Lineamentos de uma teoria do bem jurídico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 5, p. 5-24. São Paulo. Janeiro/Março de 1994, p. 10.

⁵⁹ De acordo com Paulo César Busato, “não se pode falar em uma teoria geral da imputação objetiva, mas sim meramente de critérios axiológicos, condicionados pelos tipos, derivados da violação dos limites de tolerabilidade de risco, tanto em sua criação quanto em sua realização”. Destarte, os níveis de perigos tolerados e a realização dos perigos desaprovados no resultado passariam a ser uma questão da Parte Especial, mediante um estudo de cada bem jurídico; cf. BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 340. Conquanto concordemos que cada tipo penal tenha as suas especificidades ao processo de imputação, nada impede, a nosso juízo, uma estrutura geral de imputação – ou certa “tipologia”, como nos fala FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal: parte geral*. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 332 [muito embora, à frente (p. 341), o professor português anote que os casos de contribuição da vítima tenham que constituir um problema de Parte Especial] –, especialmente se as normas da Parte Geral do CP assim permitam. É o que procuraremos demonstrar ao decorrer do trabalho. No que toca, em específico, à intervenção da vítima, cf. MAÑALICH, Juan Pablo. El derecho penal de la víctima. *Derecho y humanidades*, n. 10, p. 253-283. 2004. Disponível em: <https://bit.ly/34PMzLl>. Acesso em: 10 nov. 2020, p. 273, para quem “a exclusão da tipicidade de um fato em função da intervenção da vítima no desenvolvimento desse fato não parece depender de considerações diretamente associadas ao injusto específico do delito em questão, mas sim de considerações gerais acerca da afirmação ou da negação de qualquer injusto. Nesse sentido, resulta preferível a incorporação de um critério referido à intervenção da vítima na dogmática da Parte Geral” [tradução livre].

⁶⁰ KAUFMANN, Armin. *Teoria da norma jurídica*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976, p. 106.

⁶¹ “Da valoração positiva de um bem jurídico se desprendem valorações mais concretas. A lesão do bem jurídico suporá uma valoração negativa. Se dita lesão realiza a parte objetiva de um tipo de delito suporá, por uma parte, a valoração negativa da conduta perigosa que o cause e, por outra parte, a valoração negativa do resultado de lesão. [...] Quando a lesão é objetivamente imputável a um tipo de delito, tanto o desvalor objetivo da conduta

operacionalizar, em termos de acerto dogmático, o nível de valoração proposto, especificamente em relação aos crimes de resultado.

2.2 A DIVISÃO ESTRUTURAL DA IMPUTAÇÃO AO TIPO OBJETIVO.

A ciência moderna está baseada, nos dizeres de Boaventura de Sousa Santos,⁶² no ideal matemático de quantificação e de redução de complexidades. O conhecimento depende da divisão e classificação para a posterior determinação das relações sistemáticas do que se separou. A principal divisão se dá entre as condições iniciais – reino da complexidade – e as leis da natureza – reino da simplicidade e da regularidade. Trata-se de um conhecimento causal que aspira, a partir das regularidades observadas, à formulação de leis, tendentes à previsão do comportamento futuro dos fenômenos – ordem e estabilidade do mundo. Tais leis se identificam com a causa formal de Aristóteles,⁶³ privilegiando o como funciona das coisas, permitindo a intervenção no real – domínio da natureza pelo ser humano – e abandonando a intenção. Disso resultou uma concepção de mundo estática e eterna, cognoscível pela decomposição dos elementos que o constituem (cartesianismo). Um mundo determinável por intermédio de leis físicas e matemáticas – mundo-máquina newtoniano – que se transformou na grande hipótese universal da época moderna: o *mecanicismo*.

como o desvalor de resultado que ele requer, constituem valorações específicas do Direito penal. Também é jurídico-penal a valoração negativa que supõe, se se dá, o desvalor subjetivo da conduta correspondente à parte objetiva de um tipo de delito” [tradução livre] (MIR PUIG, Santiago. Valoraciones, normas y antijuridicidad penal. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 6, p. artigo 06:02. 2004. Disponível em: <https://bit.ly/3rBZp9F>. Acesso em: 30 mar. 2020, p. 11). Ressaltamos, ademais, que a valoração negativa aqui proposta situa-se no plano do tipo objetivo; o tipo subjetivo não será objeto de análise neste trabalho. Para uma aproximação, cf. BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 169 et seq.

⁶² SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um discurso sobre as ciências*. 7. ed. Porto: Edições Afrontamento, 1995, p. 14 et seq. O parágrafo foi desenvolvido de acordo com as lições do autor citado; as demais notas de rodapé dizem respeito a reflexões complementares.

⁶³ “De acordo com Aristóteles toda mudança, incluídas as que estão se produzindo, tem quatro causas: material, eficiente, formal e final. Isso esgota os tipos de respostas que poderiam se dar àquele que pedisse uma explicação das mudanças. No caso de uma estátua, por exemplo, a causa material de sua existência é o mármore; a causa eficiente, a força exercida sobre o mármore pelos instrumentos do escultor; a causa formal, a forma idealizada do objeto final, presente desde o princípio no espírito do escultor; enquanto que a causa final consiste em um aumento do acesso aos objetos belos pelos membros da sociedade grega” [tradução livre] (KUHN, Thomas. Las nociones de causalidad en el desarrollo de la física. In: BUNGE, Mário et al. *Las teorías de la causalidad*. Salamanca: Gráficas Ortega, 1977, p. 15). Dedutivamente, depreende-se que a causa material fornece a substância de constituição do objeto, a condição necessária para que ele seja causa ou efeito; a causa eficiente é o motivo de mudança ou de transformação do objeto; a causa formal consiste num conjunto de qualidades que tornam o objeto uno, completo e indivisível; a causa final é de natureza teleológica, determinante do processo causal, tendo como pergunta básica “para que isto serve?”. Aristóteles conferia maior importância à causa final: os movimentos naturais são determinados por causas finais, visando a reestabelecer a ordem do universo. Essa a distinção elaborada por PONZCEK, Roberto Leon. A ideia de causalidade na física clássica. *Caderno Brasileiro de Ensino de Física*, vol. 20, n. 1, p. 63-85. Florianópolis. Janeiro de 2003, p. 64-65.

Esse paradigma reverberou, também, em âmbito jurídico-penal, servindo de modelo para o sistema causal-naturalista da teoria do delito, em que se procurava “o máximo possível em termos de objetividade, ordem e segurança, e, para tanto, valia-se de conceitos limitados a realidades perceptíveis pelos sentidos, a realidades do mundo natural”⁶⁴. A tipicidade penal esgotava-se mediante a comprovação do nexos de causalidade – considerado o núcleo essencial do sistema causal-naturalista⁶⁵ – entre a ação e o resultado, este entendido numa acepção predominantemente naturalista. Não impressiona, portanto, que a ação fosse compreendida como o movimento corporal voluntário que causasse uma modificação no mundo exterior.⁶⁶ Voluntariedade esta não confundível com a vontade, tendo que ver, apenas, com a inexistência de coação física irresistível⁶⁷ – coadunando-se com o abandono da intenção pela ciência moderna. Da mesma forma o resultado naturalístico, produzido conforme as leis físicas da causalidade.⁶⁸

Entretanto, o paradigma dominante começou a entrar em declínio na medida em que o conhecimento aprofundou-se, o que permitiu visualizar a fragilidade dos pilares em que até então se fundava. O primeiro rombo decorreu com a teoria da relatividade de Einstein,⁶⁹ que,

⁶⁴ D’AVILA, Fabio Roberto. A realização do tipo como pedra angular da teoria do crime. Elementos para o abandono do conceito pré-típico de ação e de suas funções. *Revista de Estudos Criminais*, n. 54, p. 135-163. São Paulo. Julho/Setembro de 2014, p. 147.

⁶⁵ MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal: parte general*. 9. ed. Barcelona: Editorial Reppertor, 2011, p. 179.

⁶⁶ LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal alemão*, Tomo I. Tradução de José Hygino Duarte Pereira. Ed. fac-sim. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2006, p. 193 et seq.; BELING, Ernst von. *Esquema de derecho penal*. Tradução para o espanhol de Sebastián Soler. Buenos Aires: El Foro, 2002, p. 42 et seq.

⁶⁷ MONTT, Mario Garrido. *Derecho penal*. Parte General. Tomo II. 3. ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2003, p. 31. “De acordo com esta concepção de ação, configura-se a seguinte sistemática: há uma distinção entre o impulso volitivo e o conteúdo de vontade. O primeiro (impulso volitivo) é elemento integrante do conceito de ação, portanto, objeto do juízo de antijuridicidade. O segundo pertence unicamente à culpabilidade e não se valora, por conseguinte, ainda na antijuridicidade. Em princípio, todo o processo causal-objetivo desencadeado por um impulso voluntário pertence à antijuridicidade e todo o processo anímico-subjetivo - motivos, propósitos, fins perseguidos pelo autor - pertence à culpabilidade” (PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. *Manual de direito penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 217).

⁶⁸ MONTT, Mario Garrido. *Derecho penal*. Parte General. Tomo II. 3. ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2003, p. 31.

⁶⁹ Antes das descobertas de Einstein, os cientistas acreditavam que aquilo que lhes parecia verdadeiro, ao observarem o universo de sua posição, deveria ser verdadeiro para todos os demais que observassem o Universo em todos os outros pontos de vista. Para Einstein, essa verdade absoluta jamais poderia existir; afinal, figurativamente, a mesma paisagem pode ser uma coisa para o pedestre, e outra coisa totalmente diferente para o motorista. Desse modo, somente por intermédio da soma de todas as observações relativas seria possível chegar a uma verdade absoluta, o que parece ser impossível; cf. EINSTEIN. *Vida e pensamentos*. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 16-18. Sublinhemos, no entanto, que “a teoria especial da relatividade não afirma que tudo é relativo. Afirma apenas que algumas coisas que o mundo havia considerado absolutas, como o tempo e o espaço, são relativas e algumas coisas que o mundo havia considerado relativas, como a velocidade da luz, são absolutas. A teoria de fato sustenta que, para todos os quadros de referência, a velocidade da luz é constante e, se todas as leis naturais forem as mesmas, tempo e movimento se revelarão ambos relativos ao observador” (BRENNAN, Richard P. *Gigantes da física: uma história da física moderna através de oito biografias*. Tradução de Maria Luisa X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998, p. 72). Questão esta – a da relatividade – que parece encontrar eco em tempos bastante longínquos daqueles em que viveu Einstein. Ao afirmar que o homem é a

concluindo pela inexistência de simultaneidade universal, sufragou o mundo estático e absoluto de Newton. Outra ferida sucedeu com o princípio da incerteza de Heisenberg, princípio este que implicou profundamente o modo como vemos o mundo (basta pensarmos que a mecânica quântica – reformulação da mecânica baseada no princípio da incerteza – fundamenta quase toda a ciência e a tecnologia modernas). Com efeito, a mecânica quântica introduziu um elemento inevitável de imprevisibilidade ou aleatoriedade à ciência, de tal forma que “ninguém pode prever eventos futuros com exatidão se não é capaz sequer de medir de forma precisa o atual estado do universo!”⁷⁰. A acrescentar-se, ainda, o abandono do ideal de exatidão, já que “[...] as leis fundamentais exprimem agora possibilidades e não mais certezas. Temos não só leis, mas também eventos que não são dedutíveis das leis, mas atualizam as suas possibilidades”^{71 72}.

O declínio – ou superação – do mecanicismo newtoniano ecoou aos horizontes do Direito Penal, até porque, ao fim e ao cabo, todo conhecimento científico-natural acaba sendo científico-social.⁷³ Se, “sob a égide da biologia e também da microfísica, o causalismo, enquanto categoria de inteligibilidade do real, tem vindo a perder terreno em favor do finalismo”⁷⁴, parece não ter sido diferente na teoria do crime. Ao observar que a causalidade não está dirigida a um objetivo ou fim, antes configurando a resultante dos componentes

medida de todas as coisas, Protágoras sintetizou as duas ideias principais associadas aos sofistas: o *humanismo* e o *relativismo*. Desse modo, “as coisas são como nos parecem ser, como se mostram à nossa percepção sensorial, e não temos nenhum outro critério para decidir essa questão. Portanto, nosso conhecimento sempre depende das circunstâncias em que nos encontramos e pode, por isso mesmo, variar de acordo com a situação” [grifo nosso] (MARCONDES, Danilo. *Iniciação à filosofia: dos pré-socráticos a Wittgenstein*. 8. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004, p. 43).

⁷⁰ HAWKING, Stephen. *Uma breve história do tempo*. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2015, p. 77-78. Cf., também, BUSTOS RAMÍREZ, Juan. La imputación objetiva. In: *Teorías actuales en el Derecho Penal*. Buenos Aires: Ad Hoc, 1998, p. 211; SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 6. ed. Curitiba: ICPC, 2014, p. 117.

⁷¹ PRIGOGINE, Ilya. *O fim das certezas: tempo, caos e as leis da natureza*. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1996, p. 13. Em sua filosofia política, Stuart Mill afirmava não existir certeza absoluta, mas sim segurança suficiente para os propósitos da vida humana; cf.. STUART MILL, John. *Sobre a liberdade*. 2. ed. Tradução de Alberto da Rocha Barros. Petrópolis: Vozes, 1991, p. 62.

⁷² SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um discurso sobre as ciências*. 7. ed. Porto: Edições Afrontamento, 1995, p. 24 et seq. O parágrafo foi desenvolvido de acordo com as lições do autor citado – no sentido de exemplificar os pensadores que melhor contribuíram para a crise do paradigma dominante.

⁷³ “A distinção dicotômica entre ciências naturais e ciências sociais deixou de ter sentido e utilidade. Esta distinção assenta numa concepção mecanicista da matéria e da natureza a que contrapõe, com pressuposta evidência, os conceitos de ser humano, cultura e sociedade. Os avanços recentes da física e da biologia põem em causa a distinção entre o orgânico e o inorgânico, entre seres vivos e matéria inerte e mesmo entre o humano e o não humano. As características da auto-organização, do metabolismo e da auto-reprodução (sic), antes consideradas específicas dos seres vivos, são hoje atribuídas aos sistemas pré-celulares de moléculas. E quer num quer noutros reconhecem-se propriedades e comportamentos antes considerados específicos dos seres humanos e das relações sociais” (SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um discurso sobre as ciências*. 7. ed. Porto: Edições Afrontamento, 1995, p. 37).

⁷⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um discurso sobre as ciências*. 7. ed. Porto: Edições Afrontamento, 1995, p. 32.

causais circunstancialmente concorrentes, Welzel acentuou relevância à finalidade, ao atuar dirigido conscientemente em razão de um fim. Ou seja, sobre a base do conhecimento causal prévio – plano interno –, o autor está em condições de dirigir a sua ação, com vistas a atingir o objetivo pretendido – plano externo.⁷⁵ Não houve a substituição da causalidade, antes o seu complemento pela finalidade;⁷⁶ em outras palavras, um redimensionamento em sua importância. Isso porque foram agregados, ao tipo, elementos de natureza subjetiva, que exigiram algo a mais além da modificação do mundo exterior.⁷⁷

No sistema causal-naturalista, a imputação objetiva esgotava-se na causação do resultado. A limitação da causalidade física apenas ocorria na culpabilidade, ao analisar os então considerados elementos psicológicos do crime – dolo e culpa. O finalismo não propiciou caminho muito diverso, não, pelo menos, em se tratando do tipo objetivo.⁷⁸ A única diferença esteve na subjetivação do tipo de injusto (valorização do desvalor subjetivo de ação)⁷⁹ – o que não é totalmente positivo, considerando a supervalorização da perspectiva *ex ante*, chegando até mesmo a admitir a punibilidade da tentativa inidônea.⁸⁰ Foi a partir do

⁷⁵ WELZEL, Hans. *Derecho penal: parte general*. Tradução para o espanhol de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956, p. 39 et seq.

⁷⁶ “A tentativa de superação do modelo causal não se dava a partir de uma efetiva *substituição* dos seus pressupostos, entre os quais a causalidade, mas sim de uma *complementação* pelo elemento finalidade. O pretendido paradigma ontológico é, isto sim, erigido a partir da *combinação* desses dois elementos de natureza igualmente ontológica: causalidade e finalidade” (D’AVILA, Fabio Roberto. A realização do tipo como pedra angular da teoria do crime. Elementos para o abandono do conceito pré-típico de ação e de suas funções. *Revista de Estudos Criminais*, n. 54, p. 135-163. São Paulo. Julho/Setembro de 2014, p. 152).

⁷⁷ Segundo Mariano Silvestroni, a principal consequência sistemática do finalismo foi ter situado o dolo no tipo e excluir a consciência da ilicitude como elemento do dolo; cf. SILVESTRONI, Mariano H. *Teoría constitucional del delito*. 1. ed. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004, p. 193-194.

⁷⁸ Nesse sentido, cf. GALINDO, Jaqueline Mickaelly. Tipicidade objetiva e nexos de causalidade: a impotência da relação causal como fundamento de atribuição típica. In: CORDEIRO JÚNIOR, Adalberto de Oliveira (org.). *Temas atuais de direito penal e processual penal*. P. 87-103. Recife: FB da Silva Livros, 2018, ps. 89 e 92; PRAZAK, Maurício A. *Imputação objetiva e sua aplicação no direito penal brasileiro*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2009, p. 70.

⁷⁹ Cf. GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 19 et seq.

⁸⁰ Na realidade, talvez fosse mais correto atribuir essa afirmação não tanto ao finalismo em si, mas à escola que o sucedeu – a Escola de Bonn. De acordo com Martínez Escamilla, para os representantes dessa corrente – destacando-se Armin Kaufmann e Zielinski –, o injusto penal se esgota no desvalor de ação, relegando ao desvalor de resultado o *status* de mera condição objetiva de punibilidade. Além disso, o desvalor de ação identifica-se com o desvalor de intenção, definido a partir do elemento subjetivo da finalidade; cf. MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita. *La imputación objetiva del resultado*. Madrid: Edersa, 1992, p. 66 et seq. Para Armin Kaufmann, por exemplo, até mesmo a tentativa supersticiosa constitui um injusto; nesse sentido, cf. a exposição de JAKOBS, Günther. Representación del autor e imputación objetiva. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 44, fasc. 2, p. 493-514. 1991, p. 496. Retornando à crítica de Martínez Escamilla, se se aceitassem tais ideias, ao indivíduo seria concedida a capacidade de determinar, mediante a sua imaginação, a matéria de proibição, o conteúdo do injusto. Assim, bastaria que o sujeito atribuísse, com a sua imaginação ou superstição, capacidade de produção do resultado ao curso causal que colocou em marcha, para que o seu atuar fosse transformado em proibido. Entretanto, isso esbarra não só no juízo de inidoneidade da conduta (cf. *infra*, 2.3.1.1), como também na causalidade (cf. *infra*, 2.4.1), não encontrando qualquer amparo em nosso CP.

funcionalismo – com o resgate do método neokantiano referido a valores⁸¹ – que o tipo objetivo foi redimensionado em importância; noutras palavras, foi *(re)normativizado*. Nesse contexto, surgiu a “filha querida do funcionalismo”: a (moderna) teoria da imputação objetiva.⁸²⁻⁸³

⁸¹ “O sistema neokantiano ou neoclássico do delito é fruto da superação do paradigma positivista-naturalista dentro do direito. Com a filosofia de valores do sudoeste alemão (*Windelbrand, Rickert*), ao lado das ciências naturais são revalorizadas as agora chamadas ciências da cultura, que voltam a merecer a denominação de ciência, sobretudo por possuírem um método próprio: o método referido a valores. Enquanto as ciências naturais se limitam a explicar fatos, submetendo-se à categoria da causalidade, as ciências da cultura querem compreendê-los – são ciências compreensivas, e não só explicativas –, o que implica referi-los a finalidade e a valores” (GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 32, p. 120-163. São Paulo. Outubro/Dezembro de 2000, p. 124).

⁸² GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 32, p. 120-163. São Paulo. Outubro/Dezembro de 2000, p. 144-145. Não teremos como abordar todo o trilhar metodológico dos sistemas da teoria do delito e os caminhos percorridos até chegar à teoria da imputação objetiva. Basta referirmos as influências do próprio neokantismo [a quem talvez deva ser adjudicada a renormatização do tipo objetivo, e não propriamente ao funcionalismo], dos pioneiros estudos de Larenz e Honig e das teorias que podem ser consideradas como precursoras da moderna teoria da imputação objetiva, a exemplo da teoria da causalidade adequada, da relevância jurídica, das teorias social e final da ação e, acima de tudo, da teoria do crime culposo – afinal, a moderna teoria da imputação objetiva nada mais é do que a teoria do crime culposo, só que (a) com diverso nome: a violação ao dever objetivo de cuidado passa a ser chamada de criação de um risco juridicamente desaprovado, e o nexa de antijuridicidade, de realização do risco no resultado; e (b) com diverso alcance: abrange tanto o tipo culposo quanto o doloso. O percurso esboçado encontra-se em GRECO, Luís. Imputação objetiva: uma introdução. In: ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 14 et seq. O acobertamento nominal e a transposição de elementos do tipo culposo para o doloso são criticados por Eberhard Struensee. Para o autor, com o deslocamento dos elementos subjetivos da culpabilidade para o injusto, promovido pelo finalismo, também a fundamentação do crime culposo não poderia mais contentar-se com a simples causação do resultado. Diante disso, teriam sido descobertos e desenvolvidos, de maneira mais detalhada, a violação do cuidado e a relação de antijuridicidade. Para Struensee, a teoria da imputação objetiva altera esses nomes para criação de um perigo juridicamente relevante e realização desse perigo no resultado, respectivamente. Isso consiste, para Struensee, num disfarce terminológico, o que facilitaria transpor os elementos do crime culposo para o doloso; cf. STRUENSEE, Eberhard. Acerca de la legitimación de la “imputación objetiva” como categoría complementaria del tipo objetivo. Traducción de Fabricio Guariglia. P. 251-272. In: MAIER, Julio B. J.; BINDER, Alberto M. (orgs.). *El derecho penal hoy: homenaje al profesor David Baigú*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1995, p. 254-255.

⁸³ Talvez fosse mais correto pluralizar a expressão para teorias da imputação objetiva, pois, assim como não há apenas um funcionalismo, não há apenas uma teoria da imputação objetiva; nesse sentido, cf. GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 32, p. 120-163. São Paulo. Outubro/Dezembro de 2000, p. 131; PIERANGELI, José Henrique. Nexa de causalidade e imputação objetiva. *Direito e cidadania*, Ano V, n. 15, p. 23-44. 2002. Disponível em: <https://bit.ly/3hmq2uw>. Acesso em: 22 ago. 2020, p. 38. Não à toa, Frisch destacou que “a expressão ‘imputação objetiva’ costuma ser empregada com conteúdos consideravelmente diferentes, de maneira que existe, para cada uma das formas de entendê-la, um estado atual da discussão” [tradução livre]; cf. FRISCH, Wolfgang. La imputación objetiva: estado de la cuestión. In: ROXIN et al. *Sobre el estado de la teoría del delito*. Madrid: Civitas, 2000, p. 21. De acordo com Sancinetti, “a ‘teoria’ da imputação objetiva não é, propriamente, *uma teoria*, no sentido de configurar um corpo harmônico de proposições teóricas homogêneas. Mais bem, é o nome com o qual são aglutinados, hoje, os diversos princípios delimitadores ou corretivos da *tipicidade* de uma conduta punível” [tradução livre, grifos do autor]; cf. SANCINETTI, Marcelo A. Observaciones sobre la teoría de la imputación objetiva. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; FERRANTE, Marcelo; SANCINETTI, Marcelo A. *Estudios sobre la teoría de la imputación objetiva*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1998, p. 39. Para Busato, “[...] diferentes modelos teóricos puxados por distintos fundamentos funcionalistas levaram ao desenvolvimento de critérios distintos para a discussão do risco, em diferentes modelos de teorias da imputação objetiva”; cf. BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 334. Talvez o foco no critério do risco tenha levado Paulo de Sousa Mendes a afirmar que “melhor seria denominá-las de *teorias do risco*, pois que é nele que agora se fincam os múltiplos critérios de imputação objetiva”; cf. SOUSA MENDES, Paulo de. Crítica à idéia de “diminuição do risco” de

A teoria da imputação objetiva teria como conteúdo básico enunciar “o conjunto de pressupostos genéricos que fazem de causação uma causação objetivamente típica”⁸⁴. Ela não exclui, nem substitui a relação de causalidade.⁸⁵ Afinal, nenhum dos critérios da teoria da imputação objetiva está em condições de substituir o vínculo causal, fundamentalmente porque todos eles foram elaborados pressupondo a sua prévia comprovação.⁸⁶ Assim sendo, a tipicidade objetiva exigiria o acréscimo de outros dois requisitos: a *criação de um risco juridicamente desaprovado* e a *realização desse risco no resultado*.⁸⁷ Noutros termos, pretende-se demarcar o injusto de conduta (*ex ante*) do injusto de resultado (*ex post*), com vistas a constatar quando se está diante de um delito consumado. A “fórmula” encerrada por

Roxin. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 14, p. 102-118. São Paulo. Abril/Junho de 1996, p. 105. Nesse mesmo sentido, cf. CURADO NEVES, João. *Comportamento lícito alternativo e concurso de riscos*. Contributo para uma teoria da imputação objectiva em Direito Penal. Lisboa: AAFDL, 2019, p. 79, nota n. 34. Por isso, a imputação objetiva “é complicada não no sentido de ser contraditória, inconsistente e imprecisa, e sim no sentido de que cada uma de suas várias ramificações pode e deve ser objeto de investigação própria. Nos diversos planos da imputação objetiva, fala-se de uma série de subconceitos: princípio da confiança, nexos de violação de dever, fim de proteção da norma etc. – cada um dos quais já tem sido objeto de extensas e detalhadas monografias” (GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 25).

⁸⁴ GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 19. Nesse sentido, cf., também, ROXIN, Claus. *Derecho Penal - Parte General: Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Tradução espanhola de Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 363.

⁸⁵ Monteiro de Barros, por exemplo, chegou a afirmar – equivocadamente – que “[...] a teoria da imputação objetiva exclui o nexos causal, impedindo a responsabilidade penal do agente, porque o risco por ele criado não é contrário ao Direito. [...] A Teoria da Imputação Objetiva visa restringir a incidência do nexos causal e não propriamente imputar a conduta típica ao agente [...]. [...] Assim, quando não há imputação objetiva exclui-se o nexos causal, de modo que a conduta passa a ser atípica”; cf. BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. *Direito Penal*, v. 1. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 185-186. Ou como erroneamente sublinhou Walter de Lacerda Aguiar, ao dizer que “a Autocolocação da vítima [sic] em perigo representa um grande avanço no Direito Penal, dado abrangência mais complexas dos fatos, abandonando de vez o conceito tradicional da teoria da equivalência das condições [...]”, o que é no mínimo estranho, porque, linhas à frente, o autor afirma que a autocolocação da vítima em perigo “operará como excludente do nexos de causalidade” e que a imputação objetiva afasta o nexos de causalidade de um resultado; cf. AGUIAR, Walter de Lacerda. A autocolocação da vítima em perigo. *Revista Olhar Criminológico* [Associação Brasileira de Criminologia], ano 4, vol. 1, p. 104-110. Quixadá. 2020, p. 104-105, p. 107 e p. 110.

⁸⁶ MARTINEZ ESCAMILLA, Margarita. *La imputación objetiva del resultado*. Madrid: Edersa, 1992, p. 167. De acordo com Frisch, “[...] agora se trata de precisar, dentro desses cursos causais delimitados, quais são injustos e quais não são, com independência de eventuais causas de justificação” [tradução livre]; cf. FRISCH, Wolfgang. La imputación objetiva: estado de la cuestión. In: ROXIN et al. *Sobre el estado de la teoría del delito*. Madrid: Civitas, 2000, p. 26. O que parece ter sido o objetivo, desde já, das teorias que pretenderam limitar a causalidade, como a teoria da adequação e a teoria da relevância jurídica, as quais pressupõem a equivalência das condições; nesse sentido, cf. TORÍO LÓPEZ, Ángel. Cursos causales no verificables en Derecho penal. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 36, fasc. 2, p. 221-238. 1983, p. 223. No mais, cf. CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. Eficacia de la imputación “objetiva”. Su aplicación a la solución de casos tradicionales y actuales. *THEMIS: Revista de Derecho*, nº 68, p. 13-32. Lima. 2015, p. 14; PAGLIARO, Antonio. Imputazione obbiettiva dell’evento. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, ano XXXV, fasc. 3, p. 770-813. Milano: Julho/Setembro de 1992, p. 779.

⁸⁷ GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 21-22. Roxin acrescenta, ainda, o requisito do *alcance do tipo*; cf. ROXIN, Claus. *Derecho Penal - Parte General: Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Tradução espanhola de Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 386 et seq.

ambos os requisitos aparenta ter certo consenso na doutrina, ainda que varie o conteúdo que a preencha.⁸⁸ Procuraremos esboçar, na sequência, leves retoques, no afã de aproximar a teoria da imputação objetiva ao direito positivo brasileiro.

As normas procuram demarcar as zonas do lícito e do ilícito,⁸⁹ informando ao destinatário, por intermédio de modais deônticos, quais comportamentos estão proibidos, ordenados ou permitidos.⁹⁰ Em primeiro lugar, é preciso verificar se a conduta humana violou a norma jurídica, ou seja, a sua não correspondência ao dever-ser prescrito.⁹¹ Quanto a nós, a violação à norma apenas ocorre por meio de comportamentos idôneos e que ultrapassem os limites autorizados de perigo, processo este que chamaremos de *perigosidade da conduta*.⁹² A valorização da perspectiva *ex ante* é importante, p. ex., no terreno da tentativa, em que é

⁸⁸ Nesse sentido, cf. MARTINEZ ESCAMILLA, Margarita. *La imputación objetiva del resultado*. Madrid: Edersa, 1992, p. 39-40.

⁸⁹ Atribuindo esta demarcação ao princípio da legalidade, cf. BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*. Parte geral. Tomo I. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 134; cf., também, TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 41.

⁹⁰ Sobre os modais deônticos, cf. VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo*. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 74.

⁹¹ “Uma norma prescreve o que deve ser. Mas aquilo que *deve ser* não corresponde ao que *é*. Se a ação real não corresponde à ação prescrita, afirma-se que a norma foi *violada*. É da natureza de toda prescrição ser violada, enquanto exprime não o que *é*, mas o que *deve ser*” [grifos do autor] (BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru: EDIPRO, 2001, p. 152).

⁹² “Somente ações perigosas para um bem jurídico podem ser proibidas, porque tudo o mais seria uma intervenção inútil na liberdade dos cidadãos” (GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 34). “[...] o desvalor objetivo de conduta que aqui importa se funda na sua perigosidade para o bem jurídico. [...] O desvalor objetivo da conduta se deve à perigosidade para o bem jurídico que um espectador objetivo (homem médio) pode advertir na conduta no momento de realizar-se, *ex ante*. [...] Enquanto o desvalor de resultado expressa o estado de coisas que em último caso o Direito penal quer evitar (a lesão ou a colocação em perigo típica indesejável do bem jurídico), o desvalor objetivo da conduta exige que aquela situação indesejável se deva a uma conduta suficientemente perigosa (risco não permitido) para um expectador ideal situado *ex ante* na posição do autor” [tradução livre] (MIR PUIG, Santiago. Antijuricidad objetiva y antinormatividad en Derecho Penal. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 47, fasc. 1, p. 6-28. 1994, p. 12). Daí afirmar Curado Neves, em crítica à Escola de Bonn, que “o cerne da ilicitude de um certo comportamento, entendido como proibido, não pode estar na vontade que o anima, mas antes na perigosidade para determinados bens jurídicos de que se reveste”. Noutras palavras, “o que ameaça os bens protegidos não são as intenções, mas sim as acções que lhes dão corpo”; cf. CURADO NEVES, João. *Comportamento lícito alternativo e concurso de riscos*. Contributo para uma teoria da imputação objectiva em Direito Penal. Lisboa: AAFDL, 2019, p. 61-62. Cf., ainda, ALCÁCER GUIRAO, Rafael. El juicio de adecuación de la conducta. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 49, fasc. 3, p. 473-508. 1996, p. 483 e p. 506; MARTINEZ ESCAMILLA, Margarita. *La imputación objetiva del resultado*. Madrid: Edersa, 1992, p. 76; RUDOLPHI, Hans-Joachim. El fin del Derecho penal del Estado y las formas de imputación jurídico-penal. P. 81-93. In: SCHÜNEMANN, Bernd. *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*. Tradução para o espanhol de Jesus María Silva Sánchez. Madrid: Editorial Tecnos, 1991, p. 87 [ainda que se refira, posteriormente, à exceção contida no § 22 do CP Alemão, que admite a punibilidade da tentativa inidônea (p. 91)]; SOLA RECHE, Esteban. La peligrosidad de la conducta como fundamento de lo injusto penal. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 47, fasc. 2, p. 167-186. 1994, p. 179. Perigosidade que não se confunde, deixemos claro, com a periculosidade a que se referia a Escola Positiva Italiana. Trata-se, isto sim, de perigosidade da conduta em relação ao bem jurídico, nada tendo que ver com um modelo de direito penal de autor.

possível, apesar de faltar o resultado naturalístico, a punição pelo injusto de comportamento.⁹³ O desvalor objetivo de ação é compreendido, por conseguinte, a partir da categoria autônoma do *comportamento típico*.

Nesse contexto, a *imputação objetiva do resultado* tem por objetivo verificar se o autor pode ser punido por delito consumado,⁹⁴ o que demanda a análise de uma dúplici relação entre o comportamento e o resultado: a *relação causal* e a *relação de realização*.⁹⁵ Os requisitos positivos que afirmam ambas as relações constituem o núcleo da imputação do resultado.⁹⁶ O juízo para averiguá-las segue a perspectiva *ex post*, em momento posterior à ocorrência do fato e considerando todas as circunstâncias que concorreram para a sua produção.⁹⁷ Não basta o resultado naturalístico, assim pensamos, para encerrar o processo de imputação, demandando, ademais, uma *relação de ofensa* ao bem jurídico, o que toca na dimensão do *resultado jurídico*. O desvalor de resultado é compreendido, então, a partir da categoria da *imputação do resultado*.

As duas categorias que apresentamos encontram amparo normativo em nosso sistema penal. Em relação ao comportamento típico, o § 1º do art. 13 do CP estipula que a causa superveniente relativamente independente exclui a imputação quando, por si só, produz o resultado, permitindo, porém, a *imputação dos fatos anteriores a quem os tenha praticado*. Fatos anteriores que podem coincidir com o injusto de tentativa, lembrando que se considera tentado o crime quando, iniciada a execução, ele não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente (art. 14, II, CP). Além disso, nos casos de *desistência voluntária* e *arrependimento eficaz* (art. 15, CP), o agente *só responde pelos atos já praticados*.⁹⁸ A

⁹³ FRISCH, Wolfgang. *Comportamiento típico e imputación del resultado*. Traducción de Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 60.

⁹⁴ GRECO, Luís. Imputação objetiva: uma introdução. In: ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 133.

⁹⁵ Nesse sentido, cf. LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Curso de Derecho Penal*. Parte General I. Madrid: Editorial Universitas, 1996, p. 347; MARTINEZ ESCAMILLA, Margarita. *La imputación objetiva del resultado*. Madrid: Edersa, 1992, p. 40-41.

⁹⁶ FRISCH, Wolfgang. *Comportamiento típico e imputación del resultado*. Traducción de Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 64 et seq.

⁹⁷ FRISCH, Wolfgang. *Comportamiento típico e imputación del resultado*. Traducción de Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 550.

⁹⁸ A diferença entre a tentativa, a desistência voluntária e o arrependimento eficaz pode ser encontrada na própria disposição legal. Na tentativa, circunstâncias alheias à vontade do agente impedem que ele consuma o crime – ex.: sujeito que dispõe de revólver municiado com cinco cartuchos e, mesmo os disparando na totalidade contra a vítima, não consegue matá-la, por ter errado três e acertado os outros dois apenas de raspão. Na desistência voluntária – também chamada pela doutrina de *tentativa imperfeita* – o agente ainda dispõe de meios para consumir o crime, porém desiste durante a execução – ex.: o sujeito dispõe de revólver municiado com cinco cartuchos e, após disparar os dois primeiros, desiste de prosseguir na execução do crime. Neste caso, se não acertou nenhum dos projéteis no corpo da vítima, poderá responder pelo crime de perigo para a vida ou a saúde de outrem (art. 132, CP); se acertou um ou ambos os projéteis, poderá responder pelo crime de lesões corporais, a observar, ainda, a respectiva gravidade (art. 129, CP). No arrependimento eficaz – também chamado pela

possibilidade de imputar os *factos anteriores* ou os *atos já praticados* demonstra a independência normativa do comportamento típico, que contém um conteúdo específico de desvalor. A fundamentação é reforçada pela exigência de meio idôneo para a conformação do injusto de tentativa (art. 17, CP).

A imputação do resultado – ou imputação *stricto sensu* – encontra amparo na primeira parte do *caput* do art. 13 do CP, segundo o qual “o resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa” – *relação de causalidade*. O legislador não se contentou, apenas, com o nexo físico entre a ação e o resultado, razão pela qual incluiu o § 1º ao art. 13 do CP, determinando que a causa superveniente relativamente independente exclua a imputação quando, por si só, produza o resultado. Noutras palavras, o resultado deve ser uma consequência específica da conduta típica – *relação de realização*. Desse modo, a causalidade é condição necessária, mas não suficiente para o processo de imputação.⁹⁹ Foi o próprio legislador quem decidiu limitar a causalidade física, valendo-se de considerações valorativas no § 1º do art. 13 do CP. Cenário que passa a admitir uma segunda ordem de raciocínio – ordem esta distinta da causalidade – para que o autor seja considerado responsável pelo resultado.¹⁰⁰

Além do mais, a consumação do crime nem sempre se esgota com a ocorrência do resultado naturalístico, até por haver infrações penais que o dispensam. A imputação do resultado exige, ainda, a ofensa ao bem jurídico, centrada numa dimensão axiológica. O que nos move a (re)interpretar o sentido dado à palavra *resultado* pelo art. 13 do CP. Duas

doutrina de *tentativa perfeita* ou *acabada* – o agente esgota os meios de execução do crime e a sua conduta é idônea a produzir o resultado; no entanto, ele intervém e impede a sua produção – ex.: o sujeito envenena a comida da vítima e, depois da ingestão do alimento, leva-a a tempo para o hospital, impedindo que a morte se consuma. Neste caso, responderá pelas lesões corporais (BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Recurso em Sentido Estrito nº 1.0686.12.007595-3/001*. Quinta Câmara Criminal. Relator: Des. Pedro Vergara. Julgado em: 18/02/2020. Publicado em: 27/02/2020). Em todos os casos, a despeito da não consumação do crime, o agente poderá responder pelo injusto de conduta: na tentativa, pelo comportamento típico tendente a produzir o resultado pretendido pelo agente, mas que não se consumou por circunstâncias alheias à sua vontade; e, na desistência voluntária e no arrependimento eficaz, pelo comportamento típico dos atos já praticados – um *minus* em relação à vontade inicial do agente. Pode haver uma mistura entre objetivo e subjetivo nessa fundamentação. Afinal, principal e mais visivelmente nos casos de desistência voluntária e arrependimento eficaz, há uma mudança de propósito do agente, um redirecionamento de sua vontade inicial para impedir a ocorrência do resultado. Na tentativa, parece-nos, a vontade permanece a mesma, e somente circunstâncias que são alheias ao autor dos fatos interferirão para que o crime não se consuma. Mesmo assim, nota-se que o fato altera-se objetivamente, sendo essa realidade objetiva que determinará a imputação; noutras palavras, são os atos já praticados e, portanto, componentes de uma dada realidade, que serão imputados ao agente.

⁹⁹ Welzel já nos dizia que “em Direito penal nunca é relevante, por si só, o nexo de condição” [tradução livre], mesmo para a adequação típica, razão pela qual a responsabilidade do sujeito depende do preenchimento dos demais pressupostos do conceito de crime (adequação típica, nexo da ação, antijuridicidade e culpabilidade); cf. WELZEL, Hans. *Derecho penal: parte general*. Tradução para o espanhol de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956, p. 51-53.

¹⁰⁰ GRECO, Luís. Imputação objetiva: uma introdução. In: ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 170-172.

distinções nos parecem necessárias. A primeira delas diz respeito ao viés naturalístico do resultado, i.e., ao *efeito natural da conduta humana*.¹⁰¹ Nos crimes materiais, a ocorrência do resultado naturalístico é indispensável para a existência do crime, pelo menos em sua forma consumada (art. 13, c/c art. 14, I, CP); nos crimes formais, a produção do resultado naturalístico é indiferente para a consumação delitiva; os crimes de mera conduta, por sua vez, não contam com a ocorrência do resultado naturalístico.¹⁰² Por outro lado, todos os crimes exigem o *resultado jurídico*, entendido como o *efeito ofensivo da conduta*,¹⁰³ consubstanciado no dano ou no perigo de dano, seja ele concreto ou abstrato, ao bem jurídico tutelado.¹⁰⁴

2.3 CRITÉRIOS DE DELIMITAÇÃO DO COMPORTAMENTO DIRETAMENTE PERIGOSO AO BEM JURÍDICO

Referimos anteriormente que as normas jurídicas pretendem demarcar as zonas do lícito e do ilícito. Remodelando a afirmação – até para evitar confusões com o elemento analítico da ilicitude e melhor adequação terminológica ao tipo objetivo –, procura-se divisar as condutas autorizadas das não autorizadas, de acordo com o sentido da norma proibitiva. Desse modo, apenas as condutas não autorizadas conformam o tipo objetivo do injusto de conduta. A violação aos limites básicos de tolerância deve ser comprovada pela reconstrução cênica, o que é indispensável para a desaprovação jurídico-penal do comportamento. A separação das condutas autorizadas das não autorizadas ressoa com maior nitidez nos crimes culposos. Afinal, nos crimes dolosos, a ação é, na maioria dos casos, tão manifestamente desaprovada que torna desnecessárias ulteriores considerações.¹⁰⁵

O primeiro parâmetro de desaprovação da conduta consiste em verificar a sua idoneidade para produzir o resultado. O juízo de idoneidade ou de adequação é verificado

¹⁰¹ MANTOVANI, Ferrando. *Diritto Penale*. Parte generale. 9. ed. Padova: Cedam, 2015, p. 133.

¹⁰² Essa é a tradicional divisão proposta pela doutrina brasileira. Nesse sentido, cf., exemplificativamente, BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 316; JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Direito penal*. 13. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 65; QUEIROZ, Paulo. *Curso de direito penal*. Parte geral. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 208-209.

¹⁰³ MANTOVANI, Ferrando. *Diritto Penale*. Parte generale. 9. ed. Padova: Cedam, 2015, p. 134.

¹⁰⁴ Cf. D'AVILA, Fábio Roberto. *Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 54.

¹⁰⁵ JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no Direito Penal*. 5. ed. Tradução de André Luís Callegari. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 40; cf., também, FRISTER, Helmut. La imputación objetiva. Traducción de Marcelo Sancinetti. In: SANCINETTI, Marcelo A. *Causalidad, riesgo e imputación*. 1. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2009, p. 504; REYES ALVARADO, Yesid. *Imputación objetiva*. Bogotá: Editorial Temis, 2005, p. 82; SOUZA, Luylla Cavalcante de. O nexó de aumento do risco na teoria da imputação objetiva. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 66, p. 77-117. São Paulo. Maio/Junho de 2007, p. 85.

desde a perspectiva *ex ante*, ou seja, no momento da prática da conduta. Contudo, tal juízo é insuficiente. O comportamento praticado deve corresponder às razões que levaram o legislador, sobretudo a partir do critério da *necessidade*, a proibir a conduta; noutras palavras, deve corresponder à perigosidade que motivou, abstratamente, a proibição.¹⁰⁶ Para tanto, recorreremos a critérios que permitam divisar com nitidez o espectro autorizado do desautorizado e, assim, indicar se a conduta ultrapassou os limites que justificavam a restrição ao exercício da liberdade individual. Frisch distingue três grupos de casos de condutas perigosas para o bem jurídico, quais sejam: 1) condutas diretamente perigosas, nas quais não há a intermediação da vítima ou de terceiros, que incrementem ou favoreçam positivamente o perigo; 2) condutas que possibilitam ou favoreçam as autocolocações em perigo ou autolesões alheias; 3) condutas que possibilitam, favoreçam ou ocasionem o comportamento de terceiros.¹⁰⁷ As linhas a seguir terão como objetivo delimitar a conduta típica relativa ao primeiro grupo, no qual não concorre a conduta da vítima ou de terceiros (por isso *diretamente perigosa*). O segundo grupo será abordado no último capítulo. O terceiro, por questões de objetividade, não poderá ser analisado nesta investigação.

2.3.1 O juízo de idoneidade ou de adequação da conduta

O caminho para avaliar a perigosidade da conduta inicia em comprovar a sua idoneidade ou adequação à produção do resultado, o que passa por um juízo de base *ex ante*. Em relação aos crimes dolosos, essa exigência encontra amparo legal no art. 17 do CP. A tentativa pode ser considerada a figura geral do crime de perigo,¹⁰⁸ mas a sua punibilidade está condicionada à eficácia do meio empregado [além da propriedade do objeto], condição da

¹⁰⁶ “A proibição de comportamento, para que possa estar legitimada a restrição da liberdade a ela conectada, tem que ser apropriada e necessária para o fim perseguido ao estabelecê-la – isto é, antes de tudo para a proteção de determinados bens, condições de existência e de desenvolvimento – e não deve representar, além disso, uma intervenção inadequada e desproporcional” [tradução livre] (FRISCH, Wolfgang. *Comportamiento típico e imputación del resultado*. Traducción de Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 84-85). Cf., também, CURADO NEVES, João. *Comportamento lícito alternativo e concurso de riscos*. Contributo para uma teoria da imputação objectiva em Direito Penal. Lisboa: AAFDL, 2019, p. 73-74.

¹⁰⁷ FRISCH, Wolfgang. *Comportamiento típico e imputación del resultado*. Traducción de Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2004, primeiro esboço na p. 101, e maior desenvolvimento das alíneas *a*, *b* e *c* às ps. 105 et seq., 165 et seq. e 249 et seq., respectivamente. Ressalvando que os critérios que elaboraremos não coincidirão integralmente com a proposta de Frisch, apesar de tomá-la como parâmetro.

¹⁰⁸ Nesse sentido, cf. MANTOVANI, Ferrando. *Diritto Penale*. Parte generale. 9. ed. Padova: Cedam, 2015, p. 204.

qual resulta, se bem vemos, uma exigência de idoneidade da ação.¹⁰⁹ Nos crimes culposos, a idoneidade da conduta decorre da violação ao cuidado devido, implicitamente reconhecido nas assim chamadas modalidades da culpa – negligência, imprudência e imperícia.¹¹⁰ O art. 18, II, do CP, demanda que o resultado seja causado *pela* violação ao cuidado devido, permitindo concluir que a conduta a assinalar o injusto culposos deva ser idônea a produzir o evento lesivo.¹¹¹

¹⁰⁹ O CP português considera atos de execução os que forem *idôneos* a produzir o resultado típico, não sendo punível a tentativa quando for manifesta a *inaptidão do meio* empregado pelo agente ou a *inexistência do objecto* essencial à consumação do crime (art. 22, n. 2, al. *b* e art. 23, n. 3, respectivamente). Em comentário aos dispositivos, Curado Neves indica, com precisão, que a referência aos atos idôneos para a produção do resultado típico exclui “aquelas acções que, exteriormente consideradas, não aparentam possibilitar a verificação do resultado”. Por outro lado, quando o CP português se reporta à manifesta inaptidão e à inexistência do objeto, “está a indicar um critério para a interpretação da regra contida na disposição anteriormente referida: a idoneidade da acção para provocar o resultado será apreciada no momento da sua prática, e de acordo com um grau de reconhecibilidade objectiva (exterior ao agente)”. Portanto, “a idoneidade da acção para provocar o resultado típico é um elemento da tentativa dos crimes de evento; sendo um elemento da tentativa, é também um elemento do crime consumado”. Adiante, complementa: “A idoneidade referida implica uma consideração da perigosidade da acção, a qual terá que ser analisada no momento da prática do acto. [...] Quando se dispõe que a tentativa só deixa de ser punida quando a idoneidade do meio ou a inexistência do objecto forem manifestas, está a recorrer-se ao juízo de um observador exterior ao facto sobre a capacidade aparente da acção para provocar o resultado típico, ou seja, sobre a perigosidade daquela. Esta perigosidade terá que ser apreciada “*ex ante*”, na medida em que, sendo a tentativa impossível, a sua idoneidade se torna manifesta após a prática do acto”; cf. CURADO NEVES, João. *Comportamento lícito alternativo e concurso de riscos*. Contributo para uma teoria da imputação objectiva em Direito Penal. Lisboa: AAFDL, 2019, p. 64 e p. 99-100. Do mesmo modo, na óptica do CP espanhol, indica-nos Cerezo Mir que, “desde o momento em que, no novo Código penal, a tentativa inidônea é impune, torna-se obrigatório aceitar o critério de imputação objetiva do resultado, nos delitos dolosos de ação, de que o resultado fora objetivamente previsível *ex ante*, de que apareça como realização do perigo criado ou incrementado pela ação do sujeito. [...] Já não se proíbe toda ação finalista, dirigida à produção do resultado delitivo, mas apenas as ações finalistas que, ao mesmo tempo, são perigosas, é dizer, nas quais a produção do resultado apareça *ex ante* como uma consequência não absolutamente improvável” [tradução livre]; cf. CEREZO MIR, José. *Curso de derecho penal español*. Parte General II. Teoría jurídica del delito. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1997, p. 100. Daí que o perigo enquanto consequência da ação não se confunde com a perigosidade da conduta. Martinez Escamilla oferta-nos uma didática diferenciação: “[...] as diferentes noções de perigo ou de risco que são pensáveis desde o momento em que se inicia a ação, até o momento em que se produz o resultado, poderiam ser reduzidas a duas ideias fundamentais: a) O perigo como uma *característica da ação*, como um atributo do comportamento para o qual poderia reservar-se a expressão *perigosidade* da conduta; b) Perigo como uma situação a partir da qual é precedida a lesão do bem jurídico, como um *estado conceitualmente separável, diferenciável da ação à qual sucede: o perigo como estado ou ‘colocação em perigo’*. A perigosidade como característica da ação, como um elemento reconhecível e processável *ex ante*, constitui um *requisito básico do desvalor de ação*, e isso tanto nos delitos culposos quanto nos dolosos, cuja exigência deriva [...] da compreensão das normas penais como normas de determinação. [...] Quanto ao risco ou perigo como estado, [...] a sua presença ou ausência não influi em nada no desvalor do comportamento, integrando a outra parte do injusto penal: o *desvalor do resultado*, devendo ser constatado *ex post*, tendo em conta não só os dados reconhecíveis *ex ante*, mas também os descobertos depois da prática da conduta. [...] No julgamento da perigosidade da ação, como elemento do desvalor do comportamento, somente são relevantes aqueles dados reconhecíveis no momento da execução da conduta; impera, pois, um ponto de vista *ex ante*. Pelo contrário, no julgamento do perigo como estado que segue a execução da ação e que precede à lesão, são tomadas em conta todas as circunstâncias conhecidas depois da produção do resultado, ainda que irreconhecíveis *ex ante*. Impera, portanto, um ponto de vista *ex post*” [tradução livre; grifos da autora]; cf. MARTINEZ ESCAMILLA, Margarita. *La imputación objetiva del resultado*. Madrid: Edersa, 1992, p. 54-57.

¹¹⁰ Quanto ao reconhecimento implícito, cf. TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposos*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 283.

¹¹¹ Poderíamos ser questionados a respeito do acertamento dogmático da perspectiva de análise do juízo de adequação, se *ex ante* ou *ex post*, principalmente se levarmos em conta o crime tentado. Pois bem. A doutrina

O critério que nos permite verificar se a conduta é adequada à produção do resultado é o da *prognose póstuma objetiva*,¹¹² herdado da teoria da causalidade adequada, a qual é majoritariamente aceita, hoje, como uma teoria de imputação;¹¹³ ou melhor, “como um critério de formulação de regras de comportamento”¹¹⁴. Trata-se de um prognóstico, pelo fato

costuma distinguir entre a inidoneidade – ou ineficácia – absoluta e relativa do meio empregado. De acordo com Busato, “será absolutamente inidôneo o meio que jamais seria capaz de produzir o resultado, enquanto que aquele que apenas na ocasião concreta não produziu o resultado, mas que, de modo geral, seria apto para produzi-lo, é apenas relativamente inidôneo” (BUSATO, Paulo César. *Direito penal*: parte geral. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 682). Em se tratando de ineficácia absoluta, a responsabilidade penal seria afastada, tomando rumo diverso, a resposta, em caso de ineficácia relativa. A idoneidade está diretamente vinculada à possibilidade de criação de uma situação de perigo; afinal, como nos diria von Liszt [pelo menos na tradução que a nós chegou], *a razão da punibilidade da tentativa está no caráter perigoso da ação*; cf. LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal alemão*, Tomo I. Tradução de José Hygino Duarte Pereira. Ed. fac-sim. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2006, p. 340. Pensemos, por ora, no sujeito que pretende matar a vítima, mediante emprego de revólver completamente desmuniado – *meio absolutamente ineficaz*. Martínez Escamilla sustenta que a ação, em se tratando de tentativa inidônea, é perigosa e, portanto, adequada à produção do resultado. A impunidade dependeria de um exame *ex post*, “tendo em conta as circunstâncias conhecidas após a prática da conduta, ou no mesmo momento em que termina a execução, demonstrando-se a impossibilidade da real colocação em perigo do bem jurídico” [tradução livre]; cf. MARTINEZ ESCAMILLA, Margarita. *La imputación objetiva del resultado*. Madrid: Edersa, 1992, p. 155. No entanto, não nos parece que meios absolutamente ineficazes sejam adequados a produzir o resultado. Até porque, numa perspectiva *ex post*, toda tentativa seria considerada inidônea; nesse sentido, cf. ALCÁCER GUIRAO, Rafael. El juicio de adecuación de la conducta. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 49, fasc. 3, p. 473-508. 1996, p. 508. Nessas situações, parece impossível que a ação desencadeie um curso causal lesivo, tomando como ponto de referência o momento da prática da conduta. O juízo de adequação é “um juízo de probabilidade de caráter objetivo, é dizer, ele recorrerá ao critério do homem médio prudente, situado na mesma posição e com os *mesmos conhecimentos que tinha ou devia ter o autor*” [tradução livre; grifo nosso]; cf. CUESTA AGUADO, Paz M. de la. *Tipicidad e imputación objetiva*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995, p. 157 [a autora se refere aos crimes culposos]. Portanto, trata-se de um critério situado na perspectiva *ex ante*, que tem o objetivo de verificar a idoneidade da conduta em desencadear o processo causal e produzir o resultado. Segundo Pasquale Curatola, “é necessário considerar a *capacidade* da conduta em produzir um determinado evento, capacidade que não pode ser avaliada sem se reportar ao momento no qual essa conduta foi praticada” [tradução livre]. Em referência ao crime tentado, o autor afirma que o objeto de avaliação consiste na possibilidade daquilo que o comportamento humano era capaz de produzir; cf. CURATOLA, Pasquale *Del nesso oggettivo di causalità nel diritto penale*. Contributi applicativi della teoria della condizione pericolosa. Milano: Giuffrè, 1955, p. 121 [o autor se refere ao art. 49, § 2º, do CP Italiano, segundo o qual “a punibilidade é igualmente excluída quando, pela inidoneidade da ação ou pela inexistência do objeto da ação, é impossível o evento danoso ou perigoso” (tradução livre)]. Na redação original: “La punibilità è altresì esclusa quando, per la inidoneità dell'azione o per la inesistenza dell'oggetto di essa, è impossibile l'evento dannoso o pericoloso”.

¹¹² Adjudica-se a TRAEGER a formulação do critério da *prognose póstuma objetiva*, como lembra MARTINEZ ESCAMILLA, Margarita. *La imputación objetiva del resultado*. Madrid: Edersa, 1992, p. 81.

¹¹³ GRECO, Luís. Imputação objetiva: uma introdução. In: ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 27. De acordo com Luzón Peña, a teoria da adequação é rechaçada como teoria causal, “pois introduz considerações normativas e valorativas para decidir quando há ou não causalidade [...]. Por muito que um curso causal seja objetivamente imprevisível *ex ante*, ele não pode anular a real existência da causalidade material” [tradução livre]; cf. LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Curso de Derecho Penal*. Parte General I. Madrid: Editorial Universitas, 1996, p. 368. Com certa semelhança, cf., ainda, BUSATO, Paulo César. *Direito penal*: parte geral. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 328; MARTINEZ ESCAMILLA, Margarita. *La imputación objetiva del resultado*. Madrid: Edersa, 1992, p. 80. Por outro lado, Maurício Prazak considera equivocada classificar a teoria da adequação como uma teoria de imputação, “uma vez que não foi estabelecida, por parte de seus elaboradores, uma distinção clara entre o *plano da causalidade* e o *plano da imputação*. Isto se torna perceptível, sobretudo, devido à natureza causal dos requisitos estabelecidos pela teoria da adequação” [grifos do autor]; cf. PRAZAK, Maurício A. *Imputação objetiva e sua aplicação no direito penal brasileiro*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2009, p. 30-31 [nota nº 56].

¹¹⁴ CURADO NEVES, João. *Comportamento lícito alternativo e concurso de riscos*. Contributo para uma teoria da imputação objectiva em Direito Penal. Lisboa: AAFDL, 2019, p. 76.

de levar em consideração, apenas, os dados conhecidos no momento da prática da conduta – juízo formulado desde a perspectiva *ex ante*.¹¹⁵ O prognóstico é objetivo, tendo em vista que parte dos dados conhecidos pelo homem prudente, pertencente ao mesmo círculo social do autor.¹¹⁶ Os tipos de conhecimento a influenciarem o prognóstico são de duas naturezas: uma *ontológica*, que leva em consideração as condições conhecidas e cognoscíveis pelo homem prudente, agregando-se os conhecimentos específicos do autor; e outra *nomológica*, que incorpora as leis da natureza e as regras da experiência conhecidas ao tempo da ação.¹¹⁷ No entanto, apesar de recorrer aos conhecimentos do homem prudente, no instante da prática da conduta, a prognose não deixa de ser póstuma, i.e., realizada pelo juiz, depois da prática do fato.¹¹⁸ Em síntese, ajusta-se a adequação da conduta pela real possibilidade de dano que ela acarreta ao bem jurídico, o que deve ser aferido pelo juiz aos olhos do homem prudente, situado no momento da prática da conduta.¹¹⁹⁻¹²⁰

¹¹⁵ GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 35.

¹¹⁶ GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 35.

¹¹⁷ LARRAURI, Elena. Introducción a la imputación objetiva. *Nuevo Foro Penal*, n. 46, p. 425-439. Medellín. 1989. Disponível em: <https://bit.ly/3hoZuZG>. Acesso em: 24 nov. 2020, p. 225-226. Cf., também, CEREZO MIR, José. *Curso de derecho penal español*. Parte General II. Teoría jurídica del delito. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1997, p. 153; COSTA JR., Paulo José da. *Nexo causal*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 88 [este autor não menciona os dados cognoscíveis]; CURATOLA, Pasquale *Del nesso oggettivo di causalità nel diritto penale*. Contributi applicativi della teoria della condizione pericolosa. Milano: Giuffrè, 1955, p. 107-108 [adotando um conceito de perigo como *possibilidade de certa relevância* a produzir o resultado, afirma que o conhecimento nomológico constitui a premissa maior, ao passo que o conhecimento ontológico forma a menor]; JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal*. 5. ed. Tradução para o espanhol de Miguel Olmedo Cardenete. Granada: 2002, p. 306 [sem mencionar os conhecimentos nomológicos]; MOURULLO, Gonzales Rodriguez. *Derecho penal: parte general*. Madrid: Civitas, [NI], p. 338; PRADO, Luiz Régis; CARVALHO, Érika Mendes de. *Teorias da imputação objetiva do resultado: uma aproximação crítica a seus fundamentos*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 227 [desde uma perspectiva finalista]; RUEDA MARTÍN, María Ángeles. La concreción del deber objetivo de cuidado en el desarrollo de la actividad médico-quirúrgica curativa. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n. 4. Barcelona. Outubro de 2009, p. 20-21.

¹¹⁸ GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 35. Cf., também, JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal*. 5. ed. Tradução para o espanhol de Miguel Olmedo Cardenete. Granada: 2002, p. 306.

¹¹⁹ GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 35 e p. 39, com a advertência de que o autor utiliza a prognose póstuma objetiva como critério para aferir a criação de um risco. No original: “Em síntese: será perigosa aquela ação que, aos olhos de um observador objetivo dotado dos conhecimentos especiais do autor, situado no momento da prática da ação, gere real possibilidade de dano para um determinado bem jurídico”. Preferimos nos referir, por ora, à adequação ou idoneidade da conduta em produzir o resultado, e não adjetivá-la, ainda, de perigosa. Isso porque a perigosidade da conduta dependerá da concreção de critérios outros, que serão abordados nos tópicos subsequentes. Desse modo, vincularemos a desaprovação da conduta à sua perigosidade. Se somente ações perigosas podem ser proibidas, somente ações concretamente perigosas – por “concretamente” entenda-se o contexto concreto – podem ensejar a conformação do injusto de conduta. E o juízo de adequação – ou prognose póstuma objetiva – é, apesar de necessário, insuficiente para tanto.

¹²⁰ O critério apresentado parece coincidir com a já conhecida *previsibilidade objetiva*, tanto é que Welzel chegou a afirmar que o “critério de previsibilidade objetiva é idêntico ao da causalidade adequada”; cf. WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*. 4. ed. Tradução de Luiz Régis Prado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 98. Cf., também, CEREZO MIR, José.

Dissemos que os *conhecimentos específicos* – ou *conhecimentos especiais* – do autor interferem no juízo de adequação, o que nos coloca diante de uma das questões mais espinhosas no debate a respeito da imputação ao tipo objetivo. De acordo com Martinez Escamilla,¹²¹ a introdução dos conhecimentos especiais do autor, no juízo de adequação, teve o propósito de evitar resultados insatisfatórios nos casos em que, a considerarem-se apenas as circunstâncias reconhecíveis pelo observador objetivo, no momento da prática da conduta, não seria possível prever o resultado como consequência provável da ação. Noutras palavras,

Curso de derecho penal español. Parte General II. Teoría jurídica del delito. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1997, p. 60 e p. 153, momento em que determina a previsibilidade objetiva, no âmbito dos crimes culposos, de acordo com a prognose póstuma objetiva [ainda que não a mencione expressamente]; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Curso de Derecho Penal*. Parte General I. Madrid: Editorial Universitas, 1996, p. 367 e p. 378 et seq.; STRATENWERTH, Günther. *Derecho Penal*. Parte General. El hecho punible. Traducción de Manuel Cancio Meliá e Marcelo A. Sancinetti. Buenos Aires: Hammurabi, 2005, p. 506. Segundo Figueiredo Dias, se o juiz “entender que a produção do resultado era imprevisível ou que, sendo previsível, era improvável ou de verificação rara, a imputação não deverá ter lugar”; cf. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal*: parte geral. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 329. Considerando equivocada a equiparação entre a adequação e a previsibilidade, por se tratarem de categorias com conteúdos diversos – nem tudo o que é improvável é necessariamente imprevisível –, cf. REYES ALVARADO, Yesid. *Imputación objetiva*. Bogotá: Editorial Temis, 2005, p. 235. Nesse espaço de discussão, coloca-se em debate, ainda, o grau de possibilidade exigido, em se tratando de conduta dolosa ou culposa do agente. Problema este que assume certo relevo naqueles casos de *courses causais improbáveis*, como no já antigo exemplo, elaborado por Thyén, do atirador inexperiente que intenta matar alguém a vários metros de distância, distância esta que dificultaria o acerto do disparo, até mesmo, para um atirador experiente. De acordo com Alcácer Guirao, “a tese maioritária é a de que a presença de dolo faz com que baste um grau mínimo de possibilidades de produção do resultado, grau que não seria suficiente para fundamentar a responsabilidade a título de imprudência” [tradução livre]. Entretanto, o autor considera “que não existiu a criação de um risco tipicamente relevante, por não ser objetivamente previsível o resultado, requisito que deve concorrer igualmente e com o mesmo grau nos delitos dolosos e nos culposos” [tradução livre]; cf. ALCÁCER GUIRAO, Rafael. El juicio de adecuación de la conducta. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 49, fasc. 3, p. 473-508. 1996, p. 490 e p. 492. Mais cética é a postura assumida por Cuesta Aguado, para quem a previsibilidade objetiva não poderia ser considerada um elemento do tipo objetivo do crime doloso, sendo importante, apenas, a previsibilidade subjetiva; cf. CUESTA AGUADO, Paz Mercedes de la. La teoría de la imputación objetiva en la teoría del injusto en España. P. 49-87. In: ROXIN, Claus. *La imputación objetiva en el derecho penal*. Traducción e edición de Manuela A. Abanto Vásquez. Lima: Idemsa, 1997, p. 77. Por outro lado, Schünemann argumenta que o autor dos disparos, ao agir dolosamente, não pode alegar que a sua conduta está acobertada pelo risco permitido, diante da inexistência de fundamento digno de consideração desse comportamento, bem como pela necessidade de impedir a provocação dolosa do risco, por mais reduzido que ele seja, enquanto a vítima não possa autoprotoger-se; cf. SCHÜNEMANN, Bernd. Consideraciones sobre la imputación objetiva. P. 219-248. In: *Teorías actuales en el Derecho Penal*. Buenos Aires: Ad Hoc, 1998, p. 238. Panorama que nos remete, uma vez mais, aos conhecimentos nomológicos para estabelecer a perigosidade da ação. Nesse caso do tiro à longa distância, deveríamos considerar fatores como o alcance dos disparos da arma e a distância em que a vítima se encontrava do autor. Se a vítima estava a 500 metros de distância, mas o alcance dos disparos da arma se limitava a 400 metros, já não temos uma situação de perigo, objetivamente apreciável *ex ante*. Noutras palavras, o homem prudente, tendo este conhecimento, diria que a ação não gera uma possibilidade real de dano ao bem jurídico. Pouco importa, ademais, que o autor supunha estar a 300 metros de distância da vítima, diante da não punição da tentativa inidônea pelo nosso CP. No entanto, a solução é distinta caso a vítima se encontre a exatos 400 metros de distância, no raio de alcance da arma. Em todos os casos, será sempre importante a participação do perito para esclarecer se houve a possibilidade de dano ao bem jurídico. Afinal, em barreiras limítrofes, como um metro de distância a mais ou a menos, pode que os disparos alcancem ou não a vítima. Esclarecimento pericial que pode ocorrer via reprodução simulada dos fatos (art. 7º, CPP). Aproximação que nos foi possível a partir de CURADO NEVES, João. *Comportamento lícito alternativo e concurso de riscos*. Contributo para uma teoria da imputação objectiva em Direito Penal. Lisboa: AAFDL, 2019, p. 125.

¹²¹ MARTINEZ ESCAMILLA, Margarita. *La imputación objetiva del resultado*. Madrid: Edersa, 1992, p. 82.

o juízo não chegaria a afirmar a adequação da conduta a produzir o resultado. Dessa forma, o sujeito, ao ferir uma pessoa hemofílica, não pratica um comportamento adequado, no sentido do crime de homicídio, caso não tenha o conhecimento dessa particular condição da vítima. No entanto, com o acréscimo do conhecimento específico sobre a hemofilia à prognose póstuma objetiva, o homem prudente poderia considerar a conduta adequada a produzir o resultado morte. Além do mais, o resultado a que se refere o prognóstico não deve ser outro senão aquele ao qual o comportamento está direcionado, e não o resultado que efetivamente aconteceu. E isso fundamentalmente porque o juízo de adequação está situado na perspectiva *ex ante*, tendo que ver com a conformação da conduta típica.¹²²

As vozes críticas parecem advir de duas frentes. Para os finalistas, os conhecimentos especiais e a própria imputação objetiva seriam um problema de dolo, o que provaria o erro da teoria.¹²³ Kaufmann, por exemplo, considera que o dolo abarca a causação do resultado típico, de modo que a ação seria precisamente “perigosa” porque consistiria num meio conhecido (e eficaz) para produzir o resultado. A desaprovação jurídica, portanto, resultaria por si própria, pois, com o dolo de realizar o tipo objetivo, já existiria toda a tipicidade.¹²⁴ Por outro lado, Jakobs sustenta que a relevância jurídico-penal dos conhecimentos especiais limitar-se-ia aos conhecimentos efetivamente existentes, isto é, ao dolo. O conhecimento, sem o respectivo dever de conhecer, constituiria um elemento não jurídico do delito, ao estar definido de maneira totalmente psicológica. Dessa forma, a violação ao papel social é o que realmente importaria verificar. Só assim a imputação poderia ser chamada de objetiva.¹²⁵

¹²² MARTINEZ ESCAMILLA, Margarita. *La imputación objetiva del resultado*. Madrid: Edersa, 1992, p. 119. Questão a revelar-se importante no âmbito da tentativa. Afinal, se se tomasse em conta o resultado concreto, o juízo de adequação poderia ser afastado em hipóteses de causa superveniente relativamente independente. Assim, no exemplo do incêndio no hospital, dir-se-ia que a conduta de efetuar disparos de arma de fogo contra alguém não é adequada para produzir a morte em decorrência de um incêndio. Na estrutura que endossamos, tal constatação soaria contraditória, devendo ser, por isso, afastada. E, esclareçamo-lo, afirmar-se a tipicidade do comportamento – o juízo de adequação é um dos componentes desse processo – não significa a concomitante afirmação da imputação do resultado. Nesse sentido, cf. MARTINEZ ESCAMILLA, Margarita. *La imputación objetiva del resultado*. Madrid: Edersa, 1992, p. 120; ainda, CURADO NEVES, João. *Comportamento lícito alternativo e concurso de riscos*. Contributo para uma teoria da imputação objectiva em Direito Penal. Lisboa: AAFDL, 2019, p. 83-84.

¹²³ GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 37. Para um panorama de crítica dos finalistas, cf. PORCIÚNCULA, José Carlos. *Lo “objetivo” y lo “subjetivo” en el tipo penal*. Barcelona: Atelier, 2014, p. 291-293.

¹²⁴ KAUFMANN, Armin. ¿“Atribución objetiva” en el delito doloso? *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 38, fasc. 3, p. 807-827. 1985, p. 816. Cf., também, STRUENSEE, Eberhard. Acerca de la legitimación de la “imputación objetiva” como categoría complementaria del tipo objetivo. Traducción de Fabricio Guariglia. P. 251-272. In: MAIER, Julio B. J.; BINDER, Alberto M. (orgs.). *El derecho penal hoy: homenaje al profesor David Baigú*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1995, p. 265.

¹²⁵ JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no Direito Penal*. 5. ed. Tradução de André Luís Callegari. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 50-51. Cf. a breve remissão de GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 37.

O ponto comum de ambas as críticas parece residir na denúncia da *subjetivação do tipo objetivo* pela inclusão dos conhecimentos especiais. Lembremo-nos, com Roxin, que ao tipo subjetivo somente pertencem os elementos subjetivos, como o dolo e os elementos subjetivos do injusto. Assim sendo, os conteúdos de consciência, que não são elementares do tipo e têm, unicamente, a importância de fundamentar o juízo de perigo, dizem respeito à imputação ao tipo objetivo.¹²⁶ Do mesmo modo, Frisch reconhece que se pode (e deve) esperar daquele que conhece elementos de perigo, desconhecidos pelos demais, que os considere na orientação da sua conduta.¹²⁷ No mais, segundo Alcácer Guirao, “para determinar se uma conduta é perigosa, deverá contar-se com o próprio conhecimento da realidade na qual atuará o agente” [tradução livre]¹²⁸. Afinal, o conhecimento especial corresponde a um elemento de risco realmente existente.¹²⁹ Dessa forma, a informação proporcionada pelos conhecimentos especiais serve, justamente, para determinar as características relevantes da conduta e da sua valoração jurídico-penal, isto é, da sua potencialidade lesiva.¹³⁰ Portanto, a conduta será adequada ou idônea a produzir o resultado se

¹²⁶ ROXIN, Claus. *Estudios de derecho penal*. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 122. De acordo com Frisch, os conhecimentos especiais não se referem a uma parte subjetiva do fato, quando de sua realização, mas da *delimitação* do exigido, delimitação esta que opera mediante circunstâncias de caráter objetivo, se bem que, evidentemente, individuais; cf. FRISCH, Wolfgang. *Tipo penal e imputación objetiva*. Traducción de Manuel Cancio Meliá, Beatriz de la Gándara Vallejo, Manuel Jaén Vallejo e Yesid Reyes Alvarado. Madrid: Editorial Colex, 1995, p. 102. Desse modo, “[...] o fato de que alguém conheça ou era capaz de conhecer uma dada realidade não a transforma em algo subjetivo, mas significa que o direito, ao operar com normas dirigidas aos indivíduos, deve necessariamente partir daquela realidade (mundo de vida) de cada um dos sujeitos. Incluir, no juízo de desaprovção, o dado concreto do autor não converte em subjetiva a realidade incluída. E dado que esta valoração faz parte da própria ideia de normatividade, essa dependência é uma questão puramente normativa” (BRITO, Alexis Couto de. *Imputación objetiva: crimes de perigo e direito penal brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 195 [ressalvando que o autor não adere à figura do homem prudente]). No mais, segundo Donini, a imputação objetiva não se torna subjetiva pelo recurso à previsibilidade, já que a correta distinção entre elemento objetivo e subjetivo – e, portanto, do dolo e da culpa – está na *vontade*. Desse modo, ao nível da representação, dolo e culpa não seriam adequadamente diferenciáveis; cf. DONINI, Massimo. *Imputazione oggettiva dell’evento*. “Nesso de rischio” e responsabilità per fatto proprio. Torino: Giappichelli, 2006, p. 60.

¹²⁷ FRISCH, Wolfgang. La imputación objetiva: estado de la cuestión. In: ROXIN et al. *Sobre el estado de la teoría del delito*. Madrid: Civitas, 2000, p. 56. Do mesmo autor, cf. FRISCH, Wolfgang. *Tipo penal e imputación objetiva*. Traducción de Manuel Cancio Meliá, Beatriz de la Gándara Vallejo, Manuel Jaén Vallejo e Yesid Reyes Alvarado. Madrid: Editorial Colex, 1995, p. 101.

¹²⁸ ALCÁCER GUIRAO, Rafael. El juicio de adecuación de la conducta. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 49, fasc. 3, p. 473-508. 1996, p. 494. “Pense-se no clássico exemplo do sobrinho que faz o seu tio rico embarcar num avião, com a esperança de que nele encontra a morte. Como negar que a resposta à questão de saber se, ao fazê-lo, ele realiza uma ação adequada *ex ante* para matar, depende de se o sobrinho conhece ou não a presença de uma bomba no avião? Não se trata, apenas, de que o conhecimento condicione subjetivamente a ação, mas de que, *ex ante*, qualquer um consideraria que embarcar num avião, sabendo que há, nele, uma bomba, é uma ação objetivamente adequada para matar, embora não pareça uma forma objetivamente adequada para esse propósito, se a existência da bomba for desconhecida” [tradução livre] (MIR PUIG, Santiago. *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*. Barcelona: Editorial Ariel, 1994, p. 195).

¹²⁹ DONINI, Massimo. *Imputazione oggettiva dell’evento*. “Nesso de rischio” e responsabilità per fatto proprio. Torino: Giappichelli, 2006, p. 74.

¹³⁰ ALCÁCER GUIRAO, Rafael. El juicio de adecuación de la conducta. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 49, fasc. 3, p. 473-508. 1996, p. 495.

o observador objetivo, situado no instante da sua prática e dotado dos conhecimentos especiais do autor, verificar que tal conduta gera uma possibilidade real de dano ao bem jurídico.¹³¹

Além do mais, poderíamos situar, no âmbito do juízo de adequação, o critério da *diminuição do risco*, que costuma ser apresentado como um aspecto negativo da estrutura de imputação ao tipo objetivo, no sentido de afastá-la quando a ação do sujeito for benéfica ao bem jurídico da vítima, ou, pelo menos, atenuar a situação preexistente de perigo, quer este perigo decorra, em quaisquer dos casos, da ação de um terceiro, quer de um acontecimento fortuito.¹³² De acordo com Luís Greco, não estariam proibidas “aquelas ações que não são apenas inócuas, indiferentes, mas verdadeiramente benéficas para um bem jurídico, por não só não piorarem a sua situação, mas por a melhorarem de uma perspectiva *ex ante*”¹³³. Ilustremos: *A*, no exato instante em que *B* maneja uma arma para disparar em direção a *C*, consegue mover o braço de *B* levemente para cima; o tiro atinge *C* apenas de raspão. Sem a intervenção de *A*, provavelmente o projétil acertaria uma região mortal do corpo de *C*.¹³⁴ Portanto, a ação praticada por *A* não poderia ser considerada perigosa, tendo em conta que teria evitado a ocorrência de um prejuízo mais intenso ao bem jurídico da vítima. Além disso, o bem jurídico já deveria estar em perigo¹³⁵ e a ação do interveniente não poderia criar um risco novo.¹³⁶

¹³¹ Nesse sentido, cf. GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 38-39. Também admitindo os conhecimentos especiais no prognóstico, cf. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal*: parte geral. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 329-330; JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal*. 5. ed. Tradução para o espanhol de Miguel Olmedo Cardenete. Granada: 2002, p. 623 [ainda que em referência aos crimes culposos]; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Curso de Derecho Penal*. Parte General I. Madrid: Editorial Universitas, 1996, p. 378-379; PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. El tipo culposo – Preterintencionalidad. P. 321-368. In: LASCANO, Carlos Julio et al. *Derecho Penal*. Parte General. Libro de Estudio. Córdoba: Advocatus, 2005, p. 347.

¹³² SOUSA MENDES, Paulo de. Crítica à idéia de “diminuição do risco” de Roxin. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, n. 14, p. 102-118. São Paulo. Abril/Junho de 1996, p. 108.

¹³³ GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 40. No essencial, cf. ROXIN, Claus. *Derecho Penal - Parte General*: Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Tradução espanhola de Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 365-366. De acordo com o critério, cf. DÍAZ ARANDA, Enrique. Imputación normativa del resultado a la conducta. P. 47-108. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; DÍAZ ARANDA, Enrique. *La imputación normativa del resultado a la conducta*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2007, p. 67.

¹³⁴ Adaptado de ROXIN, Claus. *Derecho Penal - Parte General*: Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Tradução espanhola de Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 365.

¹³⁵ GALVÃO, Fernando. *Imputação objetiva*. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 118, que cita o exemplo do motorista imprudente que atropela um pedestre, causando-lhe lesões nas pernas, de modo a impedi-lo de realizar uma viagem de avião, avião este que, no entanto, veio a cair, acarretando a morte de todos os passageiros. Neste caso, o motorista responderia pelas lesões causadas, tendo em vista que não havia, no momento da conduta, outro perigo além daquele produzido pela ação imprudente.

¹³⁶ Nesse sentido, cf. FRISCH, Wolfgang. *Tipo penal e imputación objetiva*. Traducción de Manuel Cancio Meliá, Beatriz de la Gándara Vallejo, Manuel Jaén Vallejo e Yesid Reyes Alvarado. Madrid: Editorial Colex,

O critério da diminuição do risco não se confunde com os casos de *substituição do risco*. Partamos do exemplo de Jakobs: “uma pessoa salva a vítima de receber um forte golpe na cabeça, empurrando-a energicamente para o lado, de forma que o golpe não lhe atinge; mas, a vítima cai por causa do empurrão, ferindo-se”. Na situação apresentada, Jakobs afirma que, “em caso de risco novo, mas menos grave, aplica-se a justificação pelo estado de necessidade justificante ou pelo consentimento presumido”¹³⁷. Essa distinção implicaria duas consequências práticas: nos casos de diminuição do risco, a conduta não seria adequada à produção do resultado, pois, aos olhos do homem prudente, a ação não geraria uma possibilidade real de dano ao bem jurídico, melhorando, em vez disso, a sua situação, de modo a tornar o fato atípico. Por outro lado, nas hipóteses de substituição do risco, haveria um fato típico, acobertado, porém, por uma causa de justificação.¹³⁸

Entretanto, o critério da diminuição do risco parece confundir duas perspectivas distintas, uma vez que recorre ao resultado para delimitar o juízo de perigo, que é característico do comportamento típico; noutros termos, embaralha os pontos de vista *ex ante* e *ex post*. Como destaca Paulo de Sousa Mendes, “sob a designação enganosa de diminuição do risco, que deveria ser verificada *ex ante* (*i.e.*, considerando o momento da acção), o que se procura é averiguar, numa perspectiva *ex post* (*i.e.*, considerando o momento do resultado), se o perigo preexistente propendia, *de facto*, para a consumação de um evento juspenalmente mais grave do que aquele que se realizou efetivamente”¹³⁹. Diante disso, “a diminuição do risco (*ex ante*) somente valeria como critério negativo de imputação objectiva quando encontrasse tradução prática (*ex post*) numa lesão menos gravosa (*lato sensu*) do que aquela

1995, p. 35-36; TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 380, fornecendo o exemplo do agente que, “ao procurar evitar que a vítima seja alcançada por uma grande pedra, acaba por lançá-la em um buraco, onde tem a perna quebrada”.

¹³⁷ JAKOBS, Günther. *Tratado de Direito Penal: Teoria do Injusto Penal e da Culpabilidade*. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 276, nota de rodapé nº 242. Com semelhanças, cf. JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal*. 5. ed. Tradução para o espanhol de Miguel Olmedo Cardenete. Granada: 2002, p. 308; SOUSA MENDES, Paulo de. Crítica à idéia de “diminuição do risco” de Roxin. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 14, p. 102-118. São Paulo. Abril/Junho de 1996, p. 110; TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 380.

¹³⁸ Nesse sentido, cf. MARTINELLI, João Paulo Orsini; SCHMITT DE BEM, Leonardo. *Lições fundamentais de direito penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 503.

¹³⁹ SOUSA MENDES, Paulo de. Crítica à idéia de “diminuição do risco” de Roxin. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 14, p. 102-118. São Paulo. Abril/Junho de 1996, p. 111.

que teria ocorrido sem a intervenção do agente”¹⁴⁰. Portanto, o critério decisivo não parece estar na diminuição do risco, mas na *menor gravidade da lesão*.¹⁴¹

Busquemos clarificar a crítica, apresentando o exemplo que nos fornece Junqueira: “se ‘A’ desvia curso de pedra que vai atingir a cabeça da vítima, de forma que a mesma lesione sua perna, ainda que consciente do resultado, não responderá pelo crime”. Para o autor, “apesar de haver conduta dolosa, nexo de causalidade e resultado, não há imputação objetiva, pois o risco para o bem jurídico (integridade física – vida) foi diminuído (e não criado ou ampliado)”¹⁴². A debilidade do critério da diminuição do risco surge se considerarmos que a pessoa atingida pela pedra é um jogador de futebol. Ao redirecionar a pedra para a perna, membro do corpo sem o qual a vítima não pode exercer a sua ocupação, o autor realmente reduziu o perigo? Parece-nos que outra resposta além da negativa soaria, no mínimo, equivocada.¹⁴³ Afinal, “nada garante que uma acção *aparentemente* redutora do risco não venha por fim produzir, comparativamente, uma lesão de maior ou igual gravidade do que aquela que parecia apontar o risco inicial”¹⁴⁴.

No exemplo mencionado, somente um exame de perspectiva *ex post* nos permite saber, *v.g.*, se a lesão provocada na perna do jogador resultou incapacitação para as ocupações habituais, por mais de trinta dias (art. 129, § 1º, I, CP). Noutras palavras, com o conhecimento das informações disponíveis no momento da prática da conduta, o observador objetivo não teria como saber se o desvio do curso causal diminuiria o perigo ao bem jurídico.¹⁴⁵ O que nos coloca diante de outro problema da diminuição do risco, qual seja a sua indiferença à vontade

¹⁴⁰ SOUSA MENDES, Paulo de. Crítica à idéia de “diminuição do risco” de Roxin. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 14, p. 102-118. São Paulo. Abril/Junho de 1996, p. 111.

¹⁴¹ SOUSA MENDES, Paulo de. Crítica à idéia de “diminuição do risco” de Roxin. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 14, p. 102-118. São Paulo. Abril/Junho de 1996, p. 111. Cf., também, PORCIÚNCULA, José Carlos. *Lo “objetivo” y lo “subjetivo” en el tipo penal*. Barcelona: Atelier, 2014, p. 237.

¹⁴² JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Direito penal*. 13. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 97.

¹⁴³ Nesse sentido, cf. PORCIÚNCULA, José Carlos. *Lo “objetivo” y lo “subjetivo” en el tipo penal*. Barcelona: Atelier, 2014, p. 237-238.

¹⁴⁴ SOUSA MENDES, Paulo de. Crítica à idéia de “diminuição do risco” de Roxin. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 14, p. 102-118. São Paulo. Abril/Junho de 1996, p. 111.

¹⁴⁵ Para Luís Greco, no caso das lesões graves, “pode-se afirmar que desviar uma pedra da cabeça para a mão de um pianista não é diminuir um risco geral de lesão, e sim criar um risco específico de que se realize uma das formas de lesão corporal grave”. Porém, em nota de rodapé (a de nº 43), o autor acrescenta que, “caso a lesão não alcance, porém, a intensidade exigida pelo dispositivo – se por exemplo o pianista só precisa ficar 25 dias longe de seu piano – haveria de afirmar-se a diminuição do risco”; cf. GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 44. Parece-nos que o exemplo acaba justificando o nosso ponto de vista, já que o autor recorre aos efeitos produzidos pelo resultado (decorso de tempo necessário para configurar as lesões corporais de natureza grave) para verificar se houve diminuição do risco. Noutros termos, alude aos elementos fáticos conhecidos e provados, mas que não estavam disponíveis ao homem prudente, no momento da prática da conduta, o que gera certa confusão entre as perspectivas *ex ante* e *ex post*.

do sujeito lesado.¹⁴⁶ Em última análise, o critério da diminuição do risco não tem rendimento dogmático sem recorrer ao resultado ocorrido. Diante disso, parece-nos mais adequado situar tais casos – sem pretendermos encerrar a discussão – no âmbito da *ofensa ao bem jurídico*, de modo a avaliar se houve um desvalor de resultado que, atento aos parâmetros de intervenção mínima, justifique a punição.¹⁴⁷ Além disso, as particulares condições da vítima não podem ser negligenciadas. No caso do jogador de futebol, as lesões graves configuram uma ofensa ao bem jurídico. Entretanto, a ação daquele que desviou o objeto pode estar justificada, seja pelo consentimento presumido, seja pelo estado de necessidade.¹⁴⁸ O acerto do elemento subjetivo do tipo e da causa de justificação – p. ex., o desviador, tendo o conhecimento que a vítima era jogadora de futebol, quis produzir o resultado – demandaria uma análise mais minuciosa, análise esta que, por ora, omitiremos.¹⁴⁹

¹⁴⁶ PORCIÚNCULA, José Carlos. *Lo “objetivo” y lo “subjetivo” en el tipo penal*. Barcelona: Atelier, 2014, p. 238. Para Kindhäuser, nos bens jurídicos de titularidade da mesma pessoa, não é possível realizar uma ponderação com base em avaliações objetivas, mas apenas de acordo com as *preferências do próprio afetado*. Regeria, portanto, a regra do consentimento presumido, que não abrangeria, por exemplo, o desvio de uma pedra, direcionado às mãos de um pianista, à semelhança do nosso jogador de futebol; cf. KINDHÄUSER, Urs. Incremento del riesgo y disminución del riesgo. Traducción de Marcelo A. Sancinetti. In: SANCINETTI, Marcelo A. *Causalidad, riesgo e imputación*. 1. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2009, p. 592-593.

¹⁴⁷ Zaffaroni entende tratar-se de problema de *tipicidade conglobante*, já que a norma favorece a prática da conduta diminuidora do risco; cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de derecho penal: Parte General*, III. Buenos Aires: Ediar, 1996, p. 279.

¹⁴⁸ Para Cerezo Mir, por exemplo, o critério da diminuição do risco suporia incluir, no tipo, questões relativas à solução do conflito de interesses, cujo lugar sistemático é no âmbito das causas de justificação; cf. CEREZO MIR, José. *Curso de derecho penal español*. Parte General II. Teoría jurídica del delito. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1997, p. 104. Também Torío López questionava se, com o critério da diminuição do risco, não se produziria um esvaziamento das causas de justificação; cf. TORÍO LÓPEZ, Ángel. Fin de protección y ámbito de prohibición de la norma. *Estudios penales y criminológicos*, n. 10, p. 381-401. 1985-1986, p. 392.

¹⁴⁹ Outra proposta de solução, diversa dos critérios tradicionais, é-nos apresentada por SANTORO FILHO, Antonio Carlos. *Teoria da Imputação Objetiva – Apontamentos Críticos à luz do Direito Positivo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 43 et seq. Para o autor, trata-se, num primeiro momento, de um *problema de dolo*. “Isto porque a conduta humana tem por essência um caráter valorativo, de forma que, ao agir, o ser humano opta por um sentido à sua ação, não querendo apenas o resultado, mas, especialmente, o valor ou desvalor que este representa. A ação dolosa, portanto, é aquela orientada em função de um desvalor social – ou ao menos com desprezo ao valor –, isto é, no sentido de diminuição de um valor penalmente tutelado. Logo, se a ação for motivada por um valor socialmente relevante, estará excluído o dolo da conduta”. Desse modo, ao realizar uma ação diminuidora do risco, o sujeito agiria para *preservar o valor*, implicando uma “*carência de imputação subjetiva*”. Num segundo momento, Santoro Filho argumenta que, mesmo a admitir-se uma conduta dolosa, o problema deveria ser resolvido pela *adequação social*, tendo em conta que o legislador, ao elaborar o tipo penal, não pretende punir todas as condutas que, formalmente, nele se encaixem, mas apenas “aquelas afastadas das relações sociais que se inserem no campo da normalidade da vida em comum. Inexistindo o ‘desajuste social’ da ação, não será esta alcançada pelo tipo, por não haver, entre ambos, *similitude axiológica*”. O autor busca o reconhecimento da adequação social, salvo melhor juízo, no art. 5º da LINDB. Esse artigo, ao referir-se aos “fins sociais” e às “exigências do bem comum”, levaria à interpretação de que “aquilo que não seja socialmente danoso ou intolerável, não possa ser proibido ou alcançado pelo [...] direito penal”. Portanto, sempre “que a conduta, no contexto de sua realização, demonstrar-se eticamente aprovada ou ao menos tolerada, não se poderá pretender que seja alcançada por um tipo de injusto, pois ausente restará a finalidade, o elemento teleológico da norma penal proibitiva e prescritiva”. Não nos parece que as opções dogmáticas formuladas por Santoro Filho sejam as mais corretas, principalmente pela segunda via, que adere aos “fins sociais” e às “exigências do bem comum” para fundamentar a adequação social, pois, se bem vemos, elas configuram extratos muito voláteis e manipuláveis à mentalidade do juiz.

2.3.2 Os limites de autorização ou de tolerância para a prática da conduta. As normas redutoras de perigo

O juízo de idoneidade deve ser complementado pela concreta delimitação dos espaços autorizados de manifestação da liberdade. Nos crimes comissivos dolosos, o critério da prognose póstuma objetiva é, no geral, suficiente para demonstrar a perigosidade da conduta, diferentemente dos crimes culposos, que demandam maior rigor de concreção.¹⁵⁰ Efetuar disparos de arma de fogo, com a finalidade de matar alguém, é, em tese, uma conduta *ex ante* perigosa, e, portanto, desaprovada pelo direito penal.¹⁵¹ Na criminalidade culposa, a proibição começa a incidir no momento em que o agente excede os níveis autorizados do exercício da atividade. Daí a importância em divisarmos o autorizado do não autorizado, o tolerado do intolerável, o permitido do não permitido – expressões tomadas como sinônimas para o desenvolvimento do trabalho.

Nesse contexto, um questionamento inicial poderia ser-nos direcionado, embasado pela possível (in)adequação da conduta à produção do resultado, quando praticada de acordo com o padrão normativo. Precisamos considerar, no entanto, que as normas redutoras de perigos – como as normas gerais de circulação e de conduta do CTB – pressupõem que o exercício da atividade regulada detenha o mínimo de perigosidade;¹⁵² noutras palavras, que a ação ali ordenada revele-se, no geral, adequada à produção do resultado.¹⁵³ O trânsito de veículos automotores talvez seja o exemplo mais claro, diante do representativo número de mortes anuais nas diversas rodovias do país. Nem por isso o exercício da atividade está

¹⁵⁰ Nesse sentido, cf. TORÍO LÓPEZ, Ángel. *Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva*. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 39, fasc. 1, p. 33-48. 1986, p. 40.

¹⁵¹ Nesse sentido, cf. FRISCH, Wolfgang. *Comportamiento típico e imputación del resultado*. Traducción de Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 134 et seq.

¹⁵² A edição dessas normas ocorre, justamente, para reduzir o perigo; nesse sentido, cf. FRISCH, Wolfgang. *Comportamiento típico e imputación del resultado*. Traducción de Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 106.

¹⁵³ “Domínios como o da circulação rodoviária, o da produção e transporte de produtos perigosos, o das intervenções médicas arriscadas (se bem que necessárias), [...] colocam problemas de imputação que não podem ser resolvidos correctamente pela teoria da adequação, na medida em que, na generalidade destes casos, a ação se revela *adequada* à produção do resultado típico” (FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal: parte geral*. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 331). Daí que “[...] a exigência da previsibilidade objetiva serve para excluir aquelas ações inadequadas e o critério do risco permitido para excluir aquelas ações adequadas, nas quais o sujeito pratica uma ação lícita para produzir um resultado típico” [tradução livre] (LARRAURI, Elena. *Introducción a la imputación objetiva*. *Nuevo Foro Penal*, n. 46, p. 425-439. Medellín. 1989. Disponível em: <https://bit.ly/3hoZuZG>. Acesso em: 24 nov. 2020, p. 432). Cf., também, TORÍO LÓPEZ, Ángel. *Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva*. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 39, fasc. 1, p. 33-48. 1986, p. 39-40.

proibido.¹⁵⁴ Em singelas palavras, trata-se de um *perigo autorizado*.¹⁵⁵ O que incumbe ao ordenamento jurídico é elaborar diretrizes de comportamento.¹⁵⁶ Destarte, até mesmo as condutas praticadas conforme ao *standard* detêm um mínimo de perigosidade, pois, do contrário, elas não seriam objeto de regulação. Daí a importância da linha divisória entre o autorizado e o não autorizado, tendo em conta que, somente a partir da superação dos limites estabelecidos, há um indício da concreta perigosidade da conduta. Diante disso, o exercício das atividades perigosas, mas autorizadas, como é o caso do tráfego regular de veículos automotores, não precisa estar inscrito num contexto especial para ser tolerado socialmente. Diferente se dá no âmbito da justificação, em que é a singularidade do contexto que tolera a prática de um comportamento que é, *per si*, perturbador, como ocorre no caso de tráfego irregular de veículo automotor, em situação de estado de necessidade.¹⁵⁷

¹⁵⁴ “[...] determinadas atividades nos parecem tão importantes, devido à sua necessidade ou utilidade social, que estão permitidas (tem que ser permitidas) sob determinadas condições que minimizam o risco. Com isso, aceitam-se certos perigos residuais inevitáveis, ou que não podem ser eliminados completamente, mediante o cumprimento de medidas razoáveis que minimizam o risco dessas atividades [...]; as criações de risco persistentes, por conseguinte, não são desaprovadas” [tradução livre] (FRISCH, Wolfgang. *Tipo penal e imputación objetiva*. Traducción de Manuel Cancio Meliá, Beatriz de la Gándara Vallejo, Manuel Jaén Vallejo e Yesid Reyes Alvarado. Madrid: Editorial Colex, 1995, p. 42).

¹⁵⁵ “[...] existe numa sociedade qualquer um sem-número de ações perigosas, as quais, de uma maneira ou de outra, não podem ser prescindidas por essa comunidade. Resulta óbvio que não se pode evitar a existência, hoje em dia, do trânsito motorizado, da construção de edifícios, das explorações minerais, dos meios eletrificados de iluminação, e tantas outras atividades inimagináveis que, em maior ou menor medida, significam riscos, viabilidade de resultados muitas vezes tipificados pela lei penal. Quando se conclui, conforme um juízo *ex ante* sobre a conduta, que ações como as exemplificadas respondem a um devir histórico-cultural e a exigências gerais, apercebemo-nos que elas não podem estar proibidas, quaisquer que sejam as suas consequências, previsíveis ou não” [tradução livre] (MALAMUD GOTI, Jaime E. *La estructura penal de la culpa*. Buenos Aires: Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1976, p. 45-46). Identificando na *configuração social* a principal fonte para estabelecer a permissão de um risco, o que leva em consideração fatores como a utilidade social, a inevitabilidade do risco e a habitualidade geral do perigo, cf. LÓPEZ DÍAZ, Claudia. *La Teoría de la Imputación Objetiva*. P. 123-171. In: GONZÁLEZ, Mireya Bolaños. *Imputación Objetiva y Dogmática Penal*. Mérida (Venezuela): Universidad de Los Andes, 2005, p. 154.

¹⁵⁶ “[...] o legislador deve procurar tão só mantê-los [os riscos] dentro de certos limites, seja pela renúncia definitiva àqueles avanços tecnológicos que suponham, para a comunidade, mais inconvenientes do que benefícios, seja regulamentando o desenvolvimento das atividades perigosas, de tal maneira que os riscos a ela inerentes sejam reduzidos a limites que possam ser socialmente tolerados” [tradução livre] (REYES ALVARADO, Yesid. *Imputación objetiva*. Bogotá: Editorial Temis, 2005, p. 96). Cf., também, FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal: parte geral*. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 333; MONTT, Mario Garrido. *Derecho penal*. Parte General. Tomo II. 3. ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2003, p. 69.

¹⁵⁷ JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no Direito Penal*. 5. ed. Tradução de André Luís Callegari. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 40. “Por conseguinte, o limite entre risco permitido e estado de necessidade justificante insere-se, sem modificação alguma do limite geral, entre a exclusão da tipicidade e a justificação: aquilo que, sem consideração do contexto, não frustra expectativas, não realiza um tipo” (JAKOBS, Günther. *Tratado de Direito Penal: Teoria do Injusto Penal e da Culpabilidade*. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 293). De forma similar, cf. BOCKELMANN, Paul; VOLK, Klaus. *Direito penal: parte geral*. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 200; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Líneas básicas de la Teoría de la Imputación Objetiva*. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, p. 74; D’AVILA, Fabio Roberto. *Crime culposo e a teoria da imputação objetiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 49; JESUS, Damásio de. *Imputação objetiva*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 44-45 [diferenciando o risco permitido do exercício regular de direito]. Parece confundi-lo Miguel Reale Jr., ao afirmar que “o exemplo da ambulância é significativo,

Além do mais, nem sempre ao manter-se de acordo com os níveis abstratamente autorizados a conduta está juridicamente tolerada no caso em concreto, sendo a recíproca verdadeira. Da mesma forma que não importa o nome do mês, mas a temperatura reinante,¹⁵⁸ o desenrolar dos acontecimentos abre a possibilidade do comportamento extremamente arriscado não acarretar uma desautorização normativa concreta. Nesse caso, estamos diante de condutas que, pela experiência, se costumam socialmente tolerar como margem de erro aceitável.¹⁵⁹ Para seguir o exemplo de Juarez Tavares, não “poderá o médico ser responsabilizado pela morte de paciente em estado de câncer terminal, ao buscar, com seu consentimento, extirpar-lhe o tumor, ainda que a operação fosse manifestamente arriscada”¹⁶⁰. Nessa mesma categoria encontram-se as condutas que, conquanto praticadas sem desrespeitar o *standard*, criam uma situação concretamente não autorizada.¹⁶¹

permitindo-se que, no atendimento aos doentes, sejam desrespeitadas as normas de trânsito, malgrado o risco inerente à velocidade que se imprime e à ultrapassagem pela direita”; cf. REALE JÚNIOR, Miguel. *Fundamentos de direito penal* [recurso digital]. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 178. Se bem vemos, o exemplo abordado pelo autor corresponde a um risco não permitido, mas justificado pelo estado de necessidade. Incluindo o risco permitido como causa de justificação, cf. LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Curso de Derecho Penal*. Parte General I. Madrid: Editorial Universitas, 1996, p. 382 e, mais concretamente, p. 641 et seq.

¹⁵⁸ “De repente sentiu um calafrio, primeiro um, e logo depois diversos outros, em rápida sequência. Hans Castorp levantou-se de um pulo e correu para o termômetro suspenso na parede, como se se tratasse de apanhá-lo em flagrante delito. Segundo a escala de Réaumur havia nove graus no quarto. Hans Castorp apalhou o radiador e verificou que estava frio e apagado. Resmungou algumas palavras confusas, significando aproximadamente que, embora estivessem em agosto, era uma vergonha não se acender a calefação; pois o que importava não era o nome do mês, mas a temperatura reinante, e esta era de um frio de rachar” (MANN, Thomas. *A montanha mágica*. Tradução de Herbert Caro. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1980, p. 104).

¹⁵⁹ TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 399.

¹⁶⁰ TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 399. Quem parece ter desenvolvido este critério, pioneiramente, foi Exner, ao ressaltar que “nem o médico que empreende uma operação arriscada de vida ou morte, nem o fabricante que adota todas as medidas de segurança para proteger os seus empregados, no perigo da exploração industrial, atuam antijuridicamente” [tradução livre] (EXNER, *Wesen der Fahrlässigkeit* Apud MAURACH, Reinhart. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo II. Traducción de Juan Cordoba Roda. Barcelona: Ediciones Ariel, 1962, p. 231). O mesmo Maurach (p. 247), no contexto da culpa no Direito Penal Médico, sustenta que, “se uma operação é o único meio e, a saber, o meio imediatamente requerido para a salvação do paciente, sua execução não originará responsabilidade alguma, ainda que o tratamento escolhido – que, pela situação real, é o único que promete um resultado feliz – não tenha sido experimentado, não seja usual, ou encerre, conseqüentemente, riscos. Especialmente, a urgência e a importância vital do caso concreto podem provocar a retirada dos requisitos que integrariam as condições claras, numa situação normal, de uma intervenção conforme as regras médicas” [tradução livre].

¹⁶¹ Nesse sentido, cf. FRISCH, Wolfgang. *Comportamiento típico e imputación del resultado*. Traducción de Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 108; MARTINEZ ESCAMILLA, Margarita. *La imputación objetiva del resultado*. Madrid: Edersa, 1992, p. 136-137; SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. 4. ed. Curitiba: ICPC, 2005, p. 102. Como bem destacam Jescheck e Weigend, a observância das disposições existentes nem sempre é suficiente quando a especialidade da situação exige mais do que a norma prevê. Da mesma forma, Maurach adverte que o cumprimento das disposições de segurança prescritas na lei não acarreta, automaticamente, na observância do cuidado devido, em se tratando de crimes culposos. Destarte, para o autor, a medida das exigências de cuidado deve ser definida pela *esfera concreta de deveres* e pelas *circunstâncias da respectiva situação*; cf., respectivamente, JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal*. 5. ed. Tradução para o espanhol de Miguel Olmedo Cardenete. Granada: 2002, p. 626; MAURACH, Reinhart. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo II. Traducción de Juan Cordoba Roda. Barcelona: Ediciones Ariel, 1962, p. 244.

Pensemos no exemplo que nos brinda Jakobs,¹⁶² relativo ao condutor que trafega em rodovia com adversidades temporais, como neblina e estrada coberta por gelo. Não obstante respeitar as demais regras de circulação, como o limite de velocidade, a conduta pode violar o cuidado objetivo devido, ao superar o risco básico da atividade. Por outro lado, o motorista embriagado, ao adotar todas as cautelas exigidas para a boa condução, não cria, automaticamente, um perigo não tolerado. Desse modo, a conduta considerada abstratamente perigosa pode não sê-la no caso em concreto.¹⁶³ Ressalvadas as compatibilidades teóricas, Juarez Tavares parece abordar esses casos pelo critério do *risco habitual*,¹⁶⁴ e Frisch, pelo critério do *risco básico*.¹⁶⁵ Na companhia de Malamud Goti, podemos sintetizar que a norma proíbe realizar a ação que ponha o bem jurídico numa situação de perigo maior do que o exercício dessa mesma atividade normalmente criaria.¹⁶⁶

Desse modo, para verificar se o risco criado supera os limites básicos de tolerância, i.e., se se trata de um risco juridicamente desaprovado, precisamos recorrer, num primeiro momento, às *normas de segurança* ou *normas redutoras de perigo*, que disciplinam a prática das condutas em seus respectivos âmbitos de desenvolvimento. Dividimo-las em *normas jurídicas* e *normas não jurídicas*.¹⁶⁷ As primeiras emanam, em geral, do Poder Legislativo, e têm, portanto, natureza geral, o que implica em observância obrigatória pela generalidade das

¹⁶² JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no Direito Penal*. 5. ed. Tradução de André Luís Callegari. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 44, ressaltando que a conclusão do autor é diferente da adotada no trabalho.

¹⁶³ ROXIN, Claus. *Derecho Penal - Parte General: Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Tradução espanhola de Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 1002.

¹⁶⁴ TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 399.

¹⁶⁵ FRISCH, Wolfgang. *Comportamiento típico e imputación del resultado*. Traducción de Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 108.

¹⁶⁶ MALAMUD GOTI, Jaime E. *La estructura penal de la culpa*. Buenos Aires: Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1976, p. 62. Na nota de rodapé nº 62, o autor menciona que as condutas [aparentemente] prudentes, inclusive, podem infringir as regras de trânsito. Em complemento, “todo aquele risco que permanece ainda com o cumprimento das normas de cuidado, que devem acompanhar a execução de toda atividade perigosa socialmente admitida, recebe a denominação de risco permitido” [tradução livre] (REYES ALVARADO, Yesid. *Imputación objetiva*. Bogotá: Editorial Temis, 2005, p. 97).

¹⁶⁷ Nesse sentido, cf. GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 54. Percy Garcia Caveró divide as normas jurídicas em penais e extrapenais. As primeiras recorreriam, em geral, à técnica de tipificação própria dos crimes de perigo abstrato, como aconteceria com o crime de embriaguez ao volante (art. 306, CTB); as segundas decorreriam, por sua vez, de normas ou regulamentações administrativas, proibitivas da realização de certos comportamentos, considerados perigosos, a exemplo das normas gerais de circulação do CTB; cf. GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho penal. Parte general*. 3. ed. Lima: Ideas Solución Editorial, 2019, p. 427. Por outro lado, Reyes Alvarado distingue entre disposições derivadas da lei penal, normas não penais e “regulamentações” que, a despeito de não conterem uma verdadeira carga normativa, apresentam medidas de segurança que são reconhecidas como necessárias para a minimização dos riscos provenientes de certas atividades; cf. REYES ALVARADO, Yesid. *Imputación objetiva*. Bogotá: Editorial Temis, 2005, p. 125 et seq.

peessoas, como acontece com as normas de circulação do CTB.¹⁶⁸ Nada impede que o Poder Executivo edite decretos ou regulamentos que contenham normas redutoras de perigos, justamente para conferir a fiel execução da lei a que se refiram (art. 84, IV, CF).¹⁶⁹ O Decreto nº 20.931/1932, por exemplo, impõe ao médico o dever de “escrever as receitas por extenso, legivelmente, em vernáculo, nelas indicando o uso interno ou externo dos medicamentos, o

¹⁶⁸ Questão que pode apresentar dificuldades consiste em saber se as leis estaduais e as leis municipais podem servir como parâmetros de delimitação da conduta proibida. Problema que surge pelo fato de incumbir ao Congresso Nacional legislar em matéria penal. Desse modo, o recurso à lei estadual ou municipal, para delimitar o perigo autorizado nos crimes culposos, violaria o princípio de legalidade? Uma pergunta que demanda cautela, mas que, em princípio, pode ser respondida de maneira negativa. Ao conferirmos validade às normas não estatais para determinar o alcance da tolerância do risco, nada impede atribuir, em tese, a mesma função às leis estaduais e municipais. No estado de Santa Catarina, a Lei nº 13.621/2005 dispõe sobre regras mínimas de segurança para a prática de esportes de aventura, como canoagem, *rafting*, bóia cross, rapel, escalada e quejandos. O Capítulo III da lei é dedicado às condições de segurança, estabelecendo a obrigatoriedade de disponibilizar, na prática do *rafting*, por exemplo, “coletes salva-vidas que observem o prazo de validade e o peso do usuário, com proteção em todo o tórax, regulagens para ajuste de tamanho, fechamento e abertura tipo engate rápido e devida aprovação do INMETRO e/ou da Marinha do Brasil”, “capacetes que observem o prazo de validade, com resistência adequada a impactos, proteção para as orelhas, orifícios para escoamento de água, tamanhos diversos ajustáveis, alça jugular para fixação na região do queixo, e devida aprovação do INMETRO” e embarcação (art. 14, I, *a a c*). No município de Jaciara/MT, a Lei nº 1.784/2017 “dispõe sobre a regulamentação da prática da atividade do *rafting*”, condicionando a sua prática “ao uso das técnicas e dos equipamentos individuais e coletivos corretamente utilizados” (art. 22), como coletes, capacetes e remos (equipamentos individuais) (art. 23). A lei também dispõe sobre medidas de segurança (arts. 28 e 29), como “a presença obrigatória de pelo menos uma embarcação de segurança para cada seis botes em operação no trecho avançado e intermediário, e uma embarcação e segurança para cada dez botes no trecho básico, não sendo permitida a presença de clientes nessa embarcação”. Para conferir validade às normas de segurança demarcadas em leis estaduais e municipais, poderíamos aderir à técnica de remissão; ou seja, ambas devem encontrar respaldo em lei federal. Em relação à prática de atividades turísticas, *v.g.*, a Lei nº 11.771/2008 dispõe que “o Ministério do Turismo poderá delegar competência para o exercício de atividades e atribuições específicas estabelecidas nesta Lei a órgãos e entidades da administração pública, inclusive de demais esferas federativas, em especial das funções relativas ao cadastramento, classificação e fiscalização dos prestadores de serviços turísticos, assim como a aplicação de penalidades e arrecadação de receitas” (art. 44). Desse modo, o descumprimento das normas de segurança definidas nas legislações estaduais e municipais constitui indício da violação ao cuidado devido. Obviamente, elas têm a aplicabilidade restrita aos respectivos territórios, devendo prevalecer a lei estadual, caso também exista uma lei municipal que disponha em sentido diverso sobre o assunto. De mais a mais, cabe à parte que alegar o direito estadual ou municipal provar-lhe o teor e a vigência, se assim o juiz determinar (art. 376, CPC).

¹⁶⁹ É certo que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (art. 5º, II, CF), não havendo menção a decretos ou regulamentos na redação constitucional. Além disso, os atos administrativos não podem inovar o ordenamento jurídico, criando direitos ou obrigações inexistentes em lei. No entanto, como a dinâmica da vida em sociedade é, geralmente, mais veloz que a do Parlamento, o Poder Legislativo pode não conseguir acompanhar as multifacetadas mudanças do ritmo societário. Diante disso, os Regulamentos e os Decretos representam, enquanto ferramentas mais flexíveis e rápidas, uma forma bastante eficaz de a lei não se tornar anacrônica. Quanto a isso, leia-se a precisa lição de Celso Antônio Bandeira de Mello: “Nos termos do art. 5º, II, ‘ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei’. Aí não se diz ‘em virtude de’ decreto, regulamento, resolução, portaria ou quejandos. Diz-se ‘em virtude de lei’. Logo, a Administração não poderá proibir ou impor comportamento algum a terceiro, salvo se estiver previamente embasada em determinada lei que lhe faculte proibir ou impor algo a quem quer que seja. Vale dizer, não lhe é possível expedir regulamento, instrução, resolução, portaria ou seja lá que ato for para coartar a liberdade dos administrados, salvo se em lei já existir delineada a contenção ou imposição que o ato administrativo venha a minudenciar” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 102-103). Portanto, incumbe à lei conter o objeto de proibição e, ao ato administrativo, esmiuçá-lo e, com isso, delimitar as fronteiras do lícito e do ilícito.

nome e a residência do doente, bem como a própria residência ou consultório” (art. 15, b) e a vedação de “receitar sob forma secreta, como a de código ou número” (art. 16, b).¹⁷⁰

Por outro lado, as *normas não jurídicas* ou *normas técnicas* são criadas pela iniciativa privada, e não pelo Poder Público, tendo como objetivo regulamentar o exercício de uma atividade específica, de acordo com os padrões aceitos pela respectiva comunidade, a partir de conhecimentos empíricos e diante de possibilidades e graus de experiência usuais, a exemplo da medicina e da indústria.¹⁷¹ De acordo com a ABNT, a norma consiste no “documento estabelecido por consenso e aprovado por um organismo reconhecido, que fornece regras, diretrizes ou características mínimas para atividades ou para seus resultados, visando à obtenção de um grau ótimo de ordenação em um dado contexto”¹⁷². A partir dessas normas, procura-se enunciar, de acordo com o saber empírico, aquilo que deve ser feito para conseguir dominar certos perigos: a realização prévia de determinados testes sobre a idoneidade da anestesia tem que prevenir certos perigos de uma operação em que a anestesia será utilizada.¹⁷³ No Brasil, temos o exemplo das diversas normas técnicas da ABNT e, no âmbito da medicina, o CEM,¹⁷⁴ aprovado pela Resolução nº 2.217/2018 do CFM.

¹⁷⁰ Sobre os regulamentos na área do Direito Penal Médico, cf. TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 366.

¹⁷¹ FRISCH, Wolfgang. *Comportamiento típico e imputación del resultado*. Traducción de Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 117-118. Cf., também, FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal: parte geral*. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 876; REYES ALVARADO, Yesid. *Imputación objetiva*. Bogotá: Editorial Temis, 2005, p. 127 et seq. Lautaro Contreras prefere a expressão *regras extrajurídicas* em detrimento de *regra [da] técnica*. Segundo o autor, as regras técnicas constituem espécies de regras extrajurídicas, referindo-se unicamente às instruções relativas a formas de atuar no contexto da construção ou da utilização de equipamentos técnicos, máquinas, produtos, edificações ou similares. Desse modo, as regras técnicas não incluiriam disposições extrajurídicas tão transcendentais como as regras da arte médica; cf. CONTRERAS, Lautaro. Reglas extrajurídicas y creaciones de riesgos toleradas o desaprobadas en los delitos culposos de homicidio y lesiones. *Política criminal*, v. 13, n. 25, p. 387-444. Julho de 2018. Disponível em: <https://bit.ly/3aVqjmW>. Acesso em: 8 dez. 2020, p. 395-396.

¹⁷² ASSOCIAÇÃO Brasileira de Normas Técnicas. *Normalização*. Disponível em: <https://bit.ly/38Hhied>. Acesso em: 16 mar. 2020.

¹⁷³ FRISCH, Wolfgang. *Comportamiento típico e imputación del resultado*. Traducción de Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 119. Em sentido semelhante, Cadoppi e Veneziani afirmam que as regras cautelares nascem da experiência, cuja análise busca produzir conhecimento, numa dúplici direção, (1) enunciando quais são as possíveis consequências lesivas que o exercício de uma atividade (mais ou menos perigosa) pode acarretar, de modo a fornecer um juízo de *previsibilidade*; e (2) quais são as cautelas necessárias para evitar tais consequências, ou, pelo menos, para reduzir a probabilidade de lesões ao bem jurídico, de acordo com limites aceitáveis, de modo a fornecer um juízo de *evitabilidade*; cf. CADOPPI, Alberto; VENEZIANI, Paolo. *Elementi di diritto penale*. Parte Generale. 2. ed. Padova: CEDAM, 2004, p. 297. Cf., também, CONTRERAS, Lautaro. Reglas extrajurídicas y creaciones de riesgos toleradas o desaprobadas en los delitos culposos de homicidio y lesiones. *Política criminal*, v. 13, n. 25, p. 387-444. Julho de 2018. Disponível em: <https://bit.ly/3aVqjmW>. Acesso em: 8 dez. 2020, p. 405.

¹⁷⁴ Na realidade, O CEM corresponde a um corpo deontológico de normas, relacionado às boas práticas médicas. Mesmo assim, ele pode nos indicar parâmetros de atuação do médico, o que se infere do primeiro item do seu Preâmbulo: “O presente Código de Ética Médica contém as normas que devem ser seguidas pelos médicos no exercício de sua profissão [...]”. De todos os modos, de acordo com a crítica de Iberê Garcia, o CEM “consiste em um conjunto de normas pouco específicas e por isso mesmo difícil de serem aplicadas a casos concretos. Nele encontram-se disposições anacrônicas de cunho pretensamente ético, ao lado de disposições inócuas. [...]”

Uma das principais críticas endereçadas às normas técnicas está relacionada ao seu *déficit* de legitimação democrática, justamente pelo fato de serem elaboradas no âmbito da iniciativa privada.¹⁷⁵ Para Letícia Burgel, “essas normas emitidas no âmbito privado acabam buscando, algumas vezes, apenas atender interesses individuais e econômicos de quem as emite [...]”¹⁷⁶. Contudo, isso não impede que as normas técnicas forneçam parâmetros mínimos de diligência em espaços de atividades não regulamentadas juridicamente, possibilitando divisar, desse modo, o autorizado do não autorizado no respectivo exercício e fornecer, conseqüentemente, a medida do proibido em sentido jurídico-penal. Nesse contexto, as normas técnicas garantem um compromisso normativamente adequado entre interesses em conservar os bens e a liberdade de ação, do mesmo modo que as regulamentações jurídicas.¹⁷⁷ Dessa maneira, o Estado pode prescindir de regulamentações detalhadas e limitar-se a estabelecer princípios gerais ou proibições e mandatos que necessitem de complementação, devido ao fato de existir material técnico que auxilie na concreção das normas estatais de

Essas disposições que oscilam entre o paternalismo piedoso e o irrealismo não contribuem de forma efetiva ao balizamento da conduta do profissional”; cf. GARCIA, Iberê Anselmo. O risco permitido como critério de imputação do erro médico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 59, p. 37-89. São Paulo. Março/Abril de 2006, p. 71, ressaltando que a crítica foi realizada antes da aprovação do CEM em vigência. Além do mais, o nível das regras éticas não é o mesmo, falamos nos Bustos Ramírez e Hormazábel Malarée, que o das regras técnicas. Enquanto as primeiras surgem de um consenso sobre o seu valor e têm maior permanência, as segundas, consideradas formas de efetivar realizações concretas, podem estar sujeitas a uma maior contradição e depender da maior experiência do sujeito, do caso concreto e das recentes inovações. Por exemplo, não utilizar o paciente para um experimento pode consistir numa regra ética de cunho inquestionável, sendo diferente o problema a respeito da correção das técnicas empregadas numa operação; cf. BUSTOS RAMÍREZ, Juan; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Lecciones de derecho penal*. Vol. II. Madrid: Trotta, 1999, p. 178.

¹⁷⁵ GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 56. Cf., também, CONTRERAS, Lautaro. Reglas extrajurídicas y creaciones de riesgos toleradas o desaprobadas en los delitos culposos de homicidio y lesiones. *Política criminal*, v. 13, n. 25, p. 387-444. Julho de 2018. Disponível em: <https://bit.ly/3aVqjmW>. Acesso em: 8 dez. 2020, p. 398-399.

¹⁷⁶ BURGEL, Letícia. *O risco permitido em direito penal*. 2017. 128 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2017, p. 88. A autora reconhece, porém, que não se está a sustentar “a irrelevância e a inutilidade das normas técnicas, mas sim o perigo em considerá-las como parâmetro para determinar o que deverá ser reconhecido como proibido pelo Direito Penal. [...] De fato, essas regulamentações não possuem a mesma força que as leis, contudo servem como um indicador das condições mínimas de segurança que devem ser tomadas na prática de determinada atividade. O seu descumprimento não faz com que se presuma, de pronto, a criação de um risco proibido, consiste, no entanto, em um indício, ao passo que a sua observância acarreta uma presunção de que a atividade praticada não era arriscada”. Também reconhecendo que os órgãos de classe podem “muito bem editar normas administrativas que favoreçam ou prejudiquem desarrazadamente” os seus membros, devido à inexistência de qualquer participação popular neste processo, cf. SIQUEIRA, Flávia. *Autonomia, consentimento e direito penal da medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 145, ainda que em contexto de fala um pouco distinto da discussão acerca do risco permitido.

¹⁷⁷ FRISCH, Wolfgang. *Comportamiento típico e imputación del resultado*. Traducción de Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 124. Pérez Barberá reconhece que não há impedimento para que uma norma privada interna seja, no caso concreto, mais razoável do que uma norma jurídica geral, sancionada pelo legislador; cf. PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. El tipo culposo – Preterintencionalidad. P. 321-368. In: LASCANO, Carlos Julio et al. *Derecho Penal*. Parte General. Libro de Estudio. Córdoba: Advocatus, 2005, p. 348.

maneira adequada e confira à conduta orientação equivalente, ou, até mesmo, superior.¹⁷⁸ As normas técnicas também evitam catálogos normativos estatais inflados, que são, em parte, disfuncionais, além da maior facilidade de sua modificação, se comparadas às normas jurídicas.¹⁷⁹ Portanto, as normas técnicas aparecem como sucedâneos funcionalmente equivalentes às regulações estatais e a estas se comparam em relevância, ainda que lhes falte o caráter de norma jurídica.¹⁸⁰⁻¹⁸¹

¹⁷⁸ FRISCH, Wolfgang. *Comportamiento típico e imputación del resultado*. Traducción de Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 124. O que não deixa de ser problemático do ponto de vista dos princípios do Estado Democrático de Direito e também contraditório com as funções que assinalamos ao bem jurídico, sobretudo em relação ao princípio de ofensividade. Dispensando atenção à crítica de Lautaro Contreras, notamos que as remissões a catálogos não jurídicos podem convertê-los em Direito vinculante, modificável no tempo pela simples vontade das instâncias normativas não estatais, de modo a delegar à iniciativa privada a decisão de restringir a liberdade de ação; cf. CONTRERAS, Lautaro. Reglas extrajurídicas y creaciones de riesgos toleradas o desaprobadas en los delitos culposos de homicidio y lesiones. *Política criminal*, v. 13, n. 25, p. 387-444. Julho de 2018. Disponível em: <https://bit.ly/3aVqjmW>. Acesso em: 8 dez. 2020, p. 403. Portanto, não desconhecemos a problemática em conferir certa autonomia às regras não jurídicas de segurança, já que a restrição à liberdade de conduta, principalmente no âmbito da delinquência culposa, não ocorre pelas mãos do legislador, circunstância que pode implicar eventual violação ao princípio de legalidade. Desse modo, para que as regras não estatais de redução de riscos adquiram caráter vinculante, é preciso, segundo Lautaro Contreras (p. 404 do artigo recém-citado), que uma norma jurídica as incorpore ou permita incorporá-las ao direito positivo, além da exigência de a técnica de remissão atender aos princípios constitucionais do Estado Democrático de Direito. Para isso, uma possibilidade seria a de exigir que o Poder Público referendasse, via ato administrativo, a regulamentação. Como destaca Lautaro Contreras (p. 403-404 do artigo recém-citado), no direito chileno existe uma técnica particular para conferir força vinculante a programas não estatais de redução de riscos, que são as *normas chilenas* emanadas do Instituto Nacional de Normalização. Esta técnica consiste, segundo o autor, na declaração, realizada por ato administrativo, de que determinada norma chilena passa a chamar-se “*norma chilena oficial*” ou “*norma técnica oficial*”, de maneira a adquirir força obrigatória. Diante disso, o Poder Público não perderia o controle do conteúdo da regra extrajurídica, cuja elaboração, ainda que realizada pelo setor privado, somente adquire força vinculante por intermédio de ato administrativo, aprovando o texto da regulamentação e o qualificando como “oficial”.

¹⁷⁹ FRISCH, Wolfgang. *Comportamiento típico e imputación del resultado*. Traducción de Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 124.

¹⁸⁰ FRISCH, Wolfgang. *Comportamiento típico e imputación del resultado*. Traducción de Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 124.

¹⁸¹ Não desconhecemos que a tarefa de procurar, nas normas técnicas, um espaço de diminuição das normas estatais pode gerar um efeito reverso: a ampliação do catálogo das normas penais em branco, que têm o potencial de serem ainda mais restritivas à liberdade, devido ao contexto de instabilidade no qual estão inseridas. “A definição dos delitos e das penas só deve ser estabelecida por lei, como consequência da garantia formal contida no princípio de legalidade. Por isso se criticou que esse recurso [o das normas penais em branco] constitui uma infração ao princípio de legalidade ao permitir que o estabelecimento da descrição do fato dependa da vontade da Administração. O núcleo essencial do delito se torna instável, já que o conteúdo da lei penal pode ir variando segundo a simples vontade da Administração” (BUSATO, Paulo César. *Direito penal*: parte geral. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 183). Além do mais, a facilidade de modificação das normas penais em branco pode comprometer a própria orientação da conduta do destinatário, o que é o objetivo da norma de determinação. Portanto, anotemos que, apesar de aceitarmos as normas técnicas como medidas para delimitar o perigo tolerado, deve haver cautela em sua aplicação, privilegiando, sempre, a interpretação mais favorável à liberdade. Rememorando Fragoso, “essa integração [pelas normas penais em branco] deve ser feita nos precisos limites fixados pelo preceito genérico da norma em branco, não sendo possível que um ato administrativo, por exemplo, ultrapasse o claro da lei penal sem ferir o princípio de estrita legalidade dos crimes e das penas (art. 1º, CP)” (FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*: parte geral. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 93). Outra questão a interrogar é até que ponto as normas não jurídicas vinculam a conduta do destinatário, já que, por não serem normas jurídicas, elas não podem ser consideradas como fenômenos do Direito; noutras palavras, as normas extrajurídicas não compõem o direito positivo. Diante disso, Lautaro Contreras afirma que os programas não estatais de minimização de perigos apenas alcançam o caráter preceptivo na medida em que

Realcemos que a conduta contrária às normas jurídicas ou às normas técnicas não é autodeclarada típica. Cenário que nos coloca diante do problema em verificar se a norma de segurança era ou não suficiente e adequada a reduzir, no momento da prática da conduta, os perigos da atividade. Nesse sentido, pode acontecer que, no instante da prática da conduta, *havia o reconhecimento normativo da suficiência e da adequação da norma redutora de perigo*. O ajuste da conduta àquele *standard* considerado válido não acarreta, em tese, o surgimento de uma situação perigosa, independentemente do reconhecimento posterior da inadequação da norma em reduzir o perigo da atividade praticada.¹⁸² Exemplo: o médico operou um paciente em sintonia com as *leges artis* adequadas naquele estágio de desenvolvimento da medicina, contexto que confere relevância, sobretudo, aos *conhecimentos nomológicos*.¹⁸³ Mesmo que ocorra um resultado indesejado, o profissional não praticou um comportamento típico, ainda que, posteriormente, a comunidade médica invalide a técnica, pois, no momento da ação, ela era considerada válida. Por outro lado, é possível que, no instante da prática da conduta, *a norma redutora de perigos já era objeto de questionamentos*. Assim sendo, o prévio reconhecimento da inidoneidade da norma implica a necessidade de abandoná-la. O médico teria praticado uma conduta típica, p. ex., se operasse o paciente com uma técnica reconhecidamente inadequada. No entanto, o médico poderia ter realizado o procedimento numa situação de *estado de necessidade*, o que afastaria a ilicitude (art. 24, CP), ou poderia, também, desconhecer a nova orientação da comunidade científica a respeito da técnica, circunstância que repercutiria na *culpabilidade*.¹⁸⁴

requeiram a remissão do direito positivo, e sempre e quando tal remissão seja admissível de acordo com os princípios constitucionais do Estado Democrático de Direito; cf. CONTRERAS, Lautaro. Reglas extrajurídicas y creaciones de riesgos toleradas o desaprobadas en los delitos culposos de homicidio y lesiones. *Política criminal*, v. 13, n. 25, p. 387-444. Julho de 2018. Disponível em: <https://bit.ly/3aVqjmW>. Acesso em: 8 dez. 2020, p. 401.

¹⁸² FRISCH, Wolfgang. *Comportamiento típico e imputación del resultado*. Traducción de Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 126.

¹⁸³ Por isso a importância, na reconstrução cênica, da prova técnica e da oitiva de peritos médicos. De acordo com Iberê Garcia, “na determinação da conduta técnica correta ou desviante é fundamental o papel dos peritos médicos, já que, como visto, não está na competência do julgador aferir se a conduta do caso estava dentro da *lex artis* e assim, dentro do risco permitido. É o perito médico que poderá analisar de acordo com os princípios da *lex artis* a relevância do risco criado”; cf. GARCIA, Iberê Anselmo. O risco permitido como critério de imputação do erro médico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 59, p. 37-89. São Paulo. Março/Abril de 2006, p. 69.

¹⁸⁴ Nesse sentido, cf. FRISCH, Wolfgang. *Comportamiento típico e imputación del resultado*. Traducción de Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 127; GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho penal*. Parte general. 3. ed. Lima: Ideas Solución Editorial, 2019, p. 427-428. A inadequação ou a obsolescência da norma ocorre, segundo Lautaro Contreras, a partir do momento em que perde o seu *reconhecimento geral* como mecanismo de redução de perigos no âmbito do círculo de *experts*, ou seja, quando não mais expresse o consenso existente entre os especialistas a respeito do que aparece como idôneo para a conservação dos bens jurídicos; cf. CONTRERAS, Lautaro. Reglas extrajurídicas y creaciones de riesgos toleradas o desaprobadas en los delitos culposos de homicidio y lesiones. *Política criminal*, v. 13, n. 25, p. 387-444. Julho de 2018. Disponível em: <https://bit.ly/3aVqjmW>. Acesso em: 8 dez. 2020, p. 407. Para Reyes Alvarado, deve ser aplicado o *in dubio pro reo* nos casos em que não houver certeza a respeito da indicação de

Isso ocorre porque a infração à norma redutora de perigos tem, apenas, *caráter indiciário*,¹⁸⁵ a significar que mesmo a conduta aparentemente correta pode ser perigosa, e vice-versa. Espaço em que os conhecimentos ontológicos e nomológicos podem assumir, novamente, um papel importante na delimitação da norma de cuidado.¹⁸⁶ Variemos o exemplo anteriormente abordado: considera-se adequada a técnica X para uma específica operação cirúrgica; o médico Z, profissional responsável, sabe que, apesar disso, ela não basta para lograr êxito no procedimento. Parece-nos que, tendo o conhecimento especial desse fator de perigo, o médico deve empregar o máximo de diligência possível. Além do mais, o profissional pode ter *capacidades superiores* para o desenvolvimento das suas atividades, a exemplo do médico especializado em determinado setor da medicina.¹⁸⁷ Na companhia de Stratenwerth, não há razões para que, numa operação de risco, o cirurgião especialmente capacitado valha-se, tão só, das técnicas e habilidades que configuram o *standard* mínimo para a mediana cultura médica.¹⁸⁸⁻¹⁸⁹ Portanto, para verificar se a norma de cuidado foi

determinada atividade no meio social ou profissional em que ela seja praticada; cf. REYES ALVARADO, Yesid. *Imputación objetiva*. Bogotá: Editorial Temis, 2005, p. 112.

¹⁸⁵ Nesse sentido, cf. GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho penal*. Parte general. 3. ed. Lima: Ideas Solución Editorial, 2019, p. 428; D'AVILA, Fabio Roberto. *Crime culposo e a teoria da imputação objetiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 50; FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal: parte geral*. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 877; REYES ALVARADO, Yesid. *Imputación objetiva*. Bogotá: Editorial Temis, 2005, p. 123-124 [nota n. 36], que prefere usar, no entanto, a expressão “fato indicador”, pois o termo “indício” consistiria num meio de prova autônomo do risco criado, e de modo algum deveria ser considerado requisito suficiente para a sua demonstração.

¹⁸⁶ Em referência à liberdade de escolha do método de tratamento, Rueda Martín observa que o médico deve optar pelo método que é, *ex ante*, menos lesivo ou objetivamente mais eficaz e adequado ao tratamento. Essa escolha depende de seus saberes ontológicos (dados conhecidos não só por um médico prudente, mas também pelo responsável pelo tratamento, considerando os seus especiais conhecimentos na área) e nomológicos (experiência comum da época sobre as técnicas terapêuticas, cirúrgicas, efeitos dos fármacos etc.); RUEDA MARTÍN, María Ángeles. La concreción del deber objetivo de cuidado en el desarrollo de la actividad médico-quirúrgica curativa. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n. 4. Barcelona. Outubro de 2009, p. 28-29.

¹⁸⁷ Capacidade superior que, no âmbito da atividade médica, parece ter recepção pelas regras do CEM, ao disciplinar que “o alvo de toda a atenção do médico é a saúde do ser humano, em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo e o *melhor de sua capacidade profissional*”, além de competir “ao médico aprimorar continuamente seus conhecimentos e usar o melhor do progresso científico em benefício do paciente” [grifo nosso] (cap. 1, itens II e V).

¹⁸⁸ STRATENWERTH, Günther. *Derecho Penal*. Parte General. El hecho punible. Traducción de Manuel Cancio Meliá e Marcelo A. Sancinetti. Buenos Aires: Hammurabi, 2005, p. 505. Na perspectiva dos crimes culposos, também Welzel afirmava que, “em atividades especialmente difíceis (que supõem perigo para a vida), que somente podem ser realizadas por um especialista particularmente capacitado, este deve aportar não apenas uma diligência média, mas um máximo na diligência objetiva” [tradução livre]; cf. WELZEL, Hans. *Derecho penal: parte general*. Tradução para o espanhol de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956, p. 144. No mais, cf. GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho penal*. Parte general. 3. ed. Lima: Ideas Solución Editorial, 2019, p. 560; COSTA JUNIOR, Heitor. *Teoria dos delitos culposos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1988, p. 61-62; FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal: parte geral*. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 874; MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal: parte general*. 9. ed. Barcelona: Editorial Reppertor, 2011, p. 300 et seq.; SOLER, Sebastián. *Derecho penal argentino*. Tomo II. Actualizado por Guillermo J. Fierro. Buenos Aires: Tipografica Editora Argentina, 1992, p. 172 [ainda que situe a culpa como uma das formas de culpabilidade].

¹⁸⁹ O que pode comportar ressalvas. Imaginemos que o cirurgião especializado em determinado âmbito da medicina encontra-se de plantão no hospital em que trabalha, surgindo um caso de urgência para atendimento (p.

violada, devemos questionar o que teria feito o homem prudente, posicionado na *mesma* situação do cirurgião, ou seja, contando com o dado da sua preparação excepcional.¹⁹⁰

ex., um sujeito que se acidentou e apresentou hemorragia) e demandando a imediata realização de cirurgia, justamente em área diferente da especialização do plantonista. Além disso, outros fatores devem ser considerados, como a possível ausência de materiais suficientes, adequados e necessários para o sucesso do procedimento cirúrgico, bem como as condições de salubridade do local em que o atendimento deve ser realizado. A demandar a observância, em cada caso, das circunstâncias concretas em que a atividade teve que ser efetuada. Com semelhanças, cf. FIORE, Carlo. *Diritto Penale*, Parte Generale, I. Torino: UTET, 2000, p. 244; MAIWALD, Manfred. *De la capacidad de rendimiento del concepto de “riesgo permitido” para la sistemática del Derecho Penal*. Tradução para o espanhol de Marcelo Sancinetti. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 26-27; REYES ALVARADO, Yesid. *Imputación objetiva*. Bogotá: Editorial Temis, 2005, p. 135. Além disso, em tempos de pandemia, o médico pode encontrar-se em situação que o obrigue a realizar a internação de uma pessoa, e não a de outra, por não haver leitos hospitalares ou equipamentos suficientes para atender à demanda dos atendimentos. Consequentemente, a pessoa que não pôde ser internada falece. Surge o problema a respeito da (im)possibilidade de imputar o resultado morte ao médico, via omissão imprópria. Uma rápida virada de olhos no art. 13, § 2º, do CP, poderia nos passar a impressão de que, pela posição de garante que ocupa, ao médico poderia ser imputado o resultado, por não tê-lo impedido. No entanto, o dever de agir não implica automaticamente a imputação. Devemos ter em mente que o poder agir é o pressuposto do dever de agir. Desse modo, se a análise das circunstâncias empiricamente reconhecidas comprovar que o profissional não podia agir para evitar o resultado, este não lhe pode ser imputado. Na síntese de Marcelo Ruivo, “a equipe médica que não realiza tratamento salvador do bem jurídico quando não tinha poder de agir, não comete crime omissivo. O dever de agir dos tipos omissivo próprio e impróprio pressupõe lógica e ontologicamente a existência de destinatário capaz de agir na situação em concreto. Portanto o médico que não possui equipamentos para realizar a intervenção salvadora ou que não pode atender mais de um paciente por vez não está submetido ao dever penalmente típico de agir” (RUIVO, Marcelo Almeida. *Tratamentos médicos e conflito de deveres de salvamento*. In: GIACOMOLLI, Nereu José (org.). *Ciências criminais e Covid-19* [livro eletrônico]. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 181).

¹⁹⁰ MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal: parte general*. 9. ed. Barcelona: Editorial Reppertor, 2011, p. 300. Por outro lado, a questão das *capacidades inferiores* afigura-se mais problemática. O critério da *individualização da capacidade do agente* excluiria a imputação, também, nos casos em que o descuido sucedesse de uma inépcia pessoal do sujeito, decorrente, v.g., de reflexos lentos, capacidade intelectual inferior, idade mais avançada etc. No entanto, as capacidades inferiores não devem influenciar ao nível do injusto. Para nós, o dever de cuidado externo exige que, diante de situações em que o agente não tenha condições de executar uma atividade, ele simplesmente não a pratique – *abstenção da conduta perigosa*; sobre a abstenção da conduta perigosa como componente do dever de cuidado externo, cf. TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 320 [o que não significa que o autor compartilhe da posição que firmamos]. Para Francisco de Assis Toledo, “na dúvida, impõe-se o dever de abstenção da conduta, pois quem, nesta área, se arrisca a se transformar em causador imputável de danos previsíveis age com imprudência e se torna, por isso mesmo, agente de um crime culposo, caso concretize a realização do tipo”; cf. TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 293; cf., também, CERESO MIR, José. *Curso de derecho penal español*. Parte General II. Teoría jurídica del delito. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1997, p. 152; MASCARENHAS JR., Walter Arnaud. *Aspectos gerais do risco na imputação objetiva*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008, p. 115. Na síntese de Roxin, *quem não pode fazer algo, não deve fazê-lo*. Portanto, um modelo intermediário, tal e qual o proposto pelo próprio Roxin, parece ser o mais adequado: individualizar para cima e generalizar para baixo; cf. ROXIN, Claus. *Derecho Penal - Parte General: Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Tradução espanhola de Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 1010 e 1015. O que não significa que, na estrutura analítica do crime, as capacidades inferiores não tenham relevância. De acordo com Mir Puig, elas não podem excluir ou diminuir o injusto, mas, apenas, a *imputação pessoal*, ao nível da *culpabilidade*; cf. MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal: parte general*. 9. ed. Barcelona: Editorial Reppertor, 2011, p. 301. Para Reyes Alvarado, seria preciso analisar a conduta que era exigível a todas as pessoas que estivessem, num dado momento, nas mesmas circunstâncias enfrentadas pelo autor. Portanto, a avaliação do contexto não significaria que o juízo de desaprovação do risco deixasse de ser objetivo para depender de considerações exclusivamente individuais, já que a situação concreta deveria ser estandarizada para a valoração do risco. Entretanto, o autor não confere relevo aos conhecimentos especiais e às capacidades superiores. Seguindo uma linha parecida com a de Jakobs, Reyes Alvarado sustenta que a resposta a respeito *do que deve fazer* o indivíduo com base naquilo que conhece depende das expectativas de comportamento que dele se esperam na situação concreta. Desse modo, o médico não teria a obrigação de aplicar os conhecimentos especiais, já que lhe é exigida, apenas, uma conduta conforme

Do mesmo modo, a conduta praticada em direção oposta àquela indicada pela norma redutora de perigo não é necessariamente perigosa. Exemplo: uma pessoa não habilitada legalmente realiza o dimensionamento de um andaime e da sua estrutura de sustentação, o que contraria o item 34.11.2 da NR nº 34/2011, aprovada pela SIT.¹⁹¹ Não obstante, o responsável adota as demais medidas de precaução adequadas, como a de evitar a queda de objetos e de não haver empilhamento de material (item 3.3.1 da NBR 6494). Entretanto, um raio atinge e derruba o andaime, que se desprende e cai em cima de um transeunte, causando-lhe lesões corporais [ou a morte]. Nesse caso, a falta de habilitação legal não foi o *fator determinante* para a ocorrência do resultado, o que implica a ausência de conduta típica. Com efeito, a finalidade da habilitação legal, exigida pela NR, é a de evitar acidentes que normalmente decorram da inabilitação profissional, e não de um evento da natureza, que, no exemplo, pode ser considerado um *fator de perigo* diverso daquele que justifica a proibição. Portanto, até mesmo a conduta praticada por um profissional habilitado não teria evitado a situação de perigo, o que implica reconhecer a atipicidade do fato pela ausência do desvalor objetivo de ação.¹⁹²

as regras médicas vigentes [posição com a qual, de acordo com o que foi exposto no trabalho, não concordamos]; cf. REYES ALVARADO, Yesid. *Imputación objetiva*. Bogotá: Editorial Temis, 2005, p. 132 e p. 136-137. No mais, sobre a individualização da capacidade do agente, cf. MALAMUD GOTI, Jaime E. *La estructura penal de la culpa*. Buenos Aires: Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1976, p. 71 et seq.

¹⁹¹ Quando da aprovação da NR, a SIT pertencia à estrutura organizacional do Ministério do Trabalho e Emprego (art. 2º, II, b, Decreto nº 5.063/2004). Atualmente, a SIT pertence à estrutura organizacional do Ministério da Economia (art. 2º, II, c, 3.1, Decreto nº 9.745/2019). As competências da SIT encontram-se no art. 79 do Decreto nº 9.745/2019.

¹⁹² A tipicidade poderia ser afastada, nesse exemplo, pela *ausência de aumento do perigo*, já que a conduta do responsável pelo dimensionamento e sustentação do andaime não incrementou as possibilidades de ocorrência do resultado. Tanto é que Juarez Tavares nos brinda com um exemplo parecido, abordado, pelo autor, a partir da *ausência do aumento do risco*; vejamo-lo: “Um lojista resolve construir uma cobertura para o pátio interno de seu estabelecimento, sem atender às normas de segurança relativas a incêndio e desabamento. Alguém se atira pela janela do 10º andar do edifício contíguo e morre ao bater a cabeça nesta cobertura. Está claro que o fato de a cobertura ter sido construída pondo em risco todos aqueles que por debaixo dela circulassem não implicou, no caso concreto, um aumento do risco da morte do suicida, não se podendo, portanto, imputar esta morte ao lojista. À mesma conclusão se poderia chegar pela limitação imposta, na própria causalidade, pelo critério da causalidade típica ou do comportamento alternativo ou ainda segundo o critério do fim de proteção da norma”; cf. TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 380-381. Quanto a nós, o *aumento do perigo* aparece como um fator influente na perspectiva *ex ante*, de modo a compor a estrutura da conduta típica. No famoso *Caso do ciclista* ou *Caso do caminhoneiro*, houve o incremento do risco pela ultrapassagem, tendo em vista que a norma de segurança, ao estabelecer a distância mínima regulamentar para realizar a manobra, tem o objetivo de evitar situações perigosas no trânsito. O fator de perigo criado pelo caminhoneiro é um daqueles que a norma pretende evitar. A imputação do resultado, pela perspectiva do comportamento alternativo lícito, obedece a outra ordem de raciocínio, que adiante será esmiuçada. Nesse sentido, cf. CEREZO MIR, José. *Curso de derecho penal español*. Parte General II. Teoría jurídica del delito. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1997, p. 172, para quem “contemplada *ex ante*, toda ação que não responde ao cuidado objetivamente devido supõe um aumento do risco [...]” [tradução livre].

De mais a mais, nem todas as proibições dependem das normas redutoras de perigo para divisar os limites de autorização da prática da conduta.¹⁹³ Setor em que estão incluídas, por exemplo, as condutas evidentemente não toleradas, como em geral costuma verificar-se nos tipos comissivos dolosos.¹⁹⁴ Além delas, há as condutas que podem colocar em perigo bens alheios, devido à observância regular da experiência cotidiana.¹⁹⁵ Em se tratando do homicídio e das lesões corporais culposas previstas no CP (art. 121, § 3º; art. 129, § 6º), não

¹⁹³ Outro critério geralmente utilizado para delimitar o perigo tolerado e, portanto, o alcance da conduta típica [ou do risco juridicamente desaprovado], e que aqui mencionaremos apenas brevemente, é o *princípio da confiança*, cujo conteúdo informa que as pessoas, ao agirem, não precisam se preocupar “com a possibilidade de que outra pessoa possa se comportar erradamente e com isso concorrer para a produção de um resultado indesejável” (GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 59). O campo de incidência do princípio da confiança tem especial relevo no trânsito de veículos automotores e nas atividades em que há divisão do trabalho, como numa operação cirúrgica. O princípio da confiança vale desde que não haja *razão concretamente fundada* para pensar ou dever pensar que o interveniente venha a comportar-se de maneira incorreta; concretamente, afirma Figueiredo Dias, “e não sob a alegação geral de que ‘há sempre que contar com aquela gente descuidada’, isto é, sob a invocação de um ‘princípio da desconfiança’ [...]”; cf. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal: parte geral*. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 882. Desse modo, quando as circunstâncias fáticas demonstrarem que se está diante de alguém que não mereça a confiança (como uma criança ou um doente mental, p. ex.), ou que existem indícios concretos de que um terceiro agirá ilicitamente, ou, ainda, que o sujeito ostente uma posição de vigilância em relação aos demais intervenientes (um médico em relação aos assistentes, p. ex.), aquele que criou o risco que posteriormente se materializou no resultado não poderá eximir-se, em princípio, alegando o princípio da confiança, já que as circunstâncias concretas lhe impunham o dever de adotar as cautelas necessárias para reduzir e controlar o perigo; no essencial, cf. GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 62-63. Se o agente atuar incorretamente, ele também não poderá alegar, em tese, a aplicação do princípio da confiança. Em tese porque deve haver uma *relação entre a infração do sujeito e a conduta incorreta do terceiro*. A título de exemplo: o motorista conduz veículo automotor embriagado, mas respeitando, mesmo assim, todas as cautelas de diligência no tráfego; ao passar pelo semáforo aberto, ele é abalroado por outro condutor, que desrespeitou o sinal vermelho. Nesse caso, a embriaguez não foi um fator determinante para privar o condutor do princípio da confiança, cuja eventual exclusão implicaria puni-lo pela conduta inicial ilícita, de modo a reconhecer uma espécie de *versari in re illicita*; nesse sentido, cf. D’AVILA, Fabio Roberto. *Crime culposo e a teoria da imputação objetiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 52; MARÁVER GOMEZ, Mario. *El principio de confianza en Derecho*. Un estudio sobre la aplicación del principio de autorresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva. 2007. 481 f. Tese (Doutorado). Universidad Autónoma de Madrid, Facultad de Derecho. Madrid, 2007, p. 129-130; ROXIN, Claus. *Derecho Penal - Parte General: Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Tradução espanhola de Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 1005; SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. 4. ed. Curitiba: ICPC, 2005, p. 105-106. Na jurisprudência, cf. BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Apelação Criminal nº 1.0460.14.001498-2/001*. Sétima Câmara Criminal. Relator: Des. Marcílio Eustáquio Santos. Julgado em: 27/09/2017. Publicado em: 06/10/2017.

¹⁹⁴ Nesse sentido, cf. FRISCH, Wolfgang. *Comportamiento típico e imputación del resultado*. Traducción de Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 134. Cuesta Aguado critica a extensão das normas redutoras de perigo ao âmbito da criminalidade dolosa, considerando que essa transposição desvirtuaria a tipicidade nos delitos dolosos de resultado, sejam eles de lesão ou de perigo. Por isso, Frister ressalta que “a imputação objetiva do resultado apenas deve ser tratada quando existam dúvidas sobre se a forma que a ação causou o resultado típico justifique uma proibição dessa ação” [tradução livre]; cf., respectivamente, CUESTA AGUADO, Paz Mercedes de la. *La teoría de la imputación objetiva en la teoría del injusto en España*. P. 49-87. In: ROXIN, Claus. *La imputación objetiva en el derecho penal*. Traducción e edición de Manuela A. Abanto Vásquez. Lima: Idemsa, 1997, p. 76-77; FRISTER, Helmut. *La imputación objetiva*. Traducción de Marcelo Sancinetti. In: SANCINETTI, Marcelo A. *Causalidad, riesgo e imputación*. 1. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2009, p. 504.

¹⁹⁵ Nesse sentido, cf. FRISCH, Wolfgang. *Comportamiento típico e imputación del resultado*. Traducción de Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 136-137.

há um catálogo de diretrizes de comportamentos que devem ser acatados para evitar o perigo, como sói acontecer na delinquência de trânsito. Desse modo, o cuidado devido atrela-se à observância daquilo que pode originar, segundo os dados apreensíveis pela experiência cotidiana, uma situação de perigo para os bens jurídicos de terceiros.¹⁹⁶⁻¹⁹⁷ Percy García Caveró vincula o *standard* de atuação às regras de prudência, considerando “a prudência como a capacidade de pensar, diante de certos acontecimentos ou atividades, sobre os riscos possíveis que ambos carregam, e, assim, adequar ou modificar a conduta para não receber ou produzir prejuízos desnecessários” [tradução livre]¹⁹⁸. A partir dessa capacidade, atribuída a cada cidadão, é possível determinar qual a conduta a ser adotada na situação concreta.¹⁹⁹ Nesse sentido, é-nos intuitivo que a colocação de um vaso de flores no parapeito de uma janela, localizada no quinto andar de um prédio, sem a adoção de precauções para evitar a queda, viola a norma de prudência, norma esta que orienta a pessoa a não posicionar o vaso naquele lugar.²⁰⁰

¹⁹⁶ Nesse sentido, cf. TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 293. Parecendo referir-se a tais supostos, ainda que não expressamente, cf. KINDHÄUSER, Urs. Acerca de la fundamentación de las exigencias de cuidado. *Revista de estudios de la justicia*, n. 22, p. 15-29. 2015, p. 22, ao afirmar que “[...] a falta de cuidado sempre se refere a um *déficit*, a uma preocupação omitida, a algo que foi deixado sem atenção” [tradução livre]. Para Gustavo Junqueira, por sua vez, trata-se de “cuidados normalmente conhecidos, que não precisam estar determinados em lei”; cf. JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Direito penal*. 13. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 75.

¹⁹⁷ MARTINEZ ESCAMILLA, Margarita. *La imputación objetiva del resultado*. Madrid: Edersa, 1992, p. 138-139, valendo-se do critério do observador prudente. Cf., também, GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 62-65, que, além da prognose póstuma objetiva, inclui também o homem prudente no setor da desaprovação jurídica do risco criado, interessando, aqui, não mais se ele consideraria perigosa uma determinada ação, mas se, desse modo, ainda a praticaria, destacando, ademais, a maior segurança que a figura do homem prudente fornece aos delitos dolosos; afinal, di-lo, “talvez seja difícil encontrar uma norma técnica que vede, por exemplo, a utilização de um travesseiro para sufocar uma criança. O critério do homem prudente torna este questionamento desnecessário, porque é óbvio que um homem prudente não pressionaria um travesseiro contra a cabeça de uma criança, impedindo-a de respirar [...]”. Com certa semelhança, cf. GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho penal*. Parte general. 3. ed. Lima: Ideas Solución Editorial, 2019, p. 430; CEREZO MIR, José. *Curso de derecho penal español*. Parte General II. Teoría jurídica del delito. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1997, p. 158-159; FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal: parte geral*. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 876.

¹⁹⁸ GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho penal*. Parte general. 3. ed. Lima: Ideas Solución Editorial, 2019, p. 429.

¹⁹⁹ GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho penal*. Parte general. 3. ed. Lima: Ideas Solución Editorial, 2019, p. 429. Regra de prudência que deveria ser seguida no *Caso do arsênico*: “a esposa havia guardado arsênico numa garrafa de vinho. Seu marido, dado à embriaguez, supondo tratar-se de bebida alcoólica, ingeriu o líquido e morreu”. Nesse caso, segundo Damásio de Jesus, “se o autor expõe a falsa garrafa de refrigerante ou bebida alcoólica em local acessível a pessoas que com ele convivem, responde pelo evento”. O homem prudente diria que, “numa habitação onde moram várias pessoas, constitui conduta imprudente deixar uma garrafa, que aparenta ser de cerveja ou vinho, na verdade cheia de veneno”; cf. JESUS, Damásio de. *Imputação objetiva*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 61-62 [que não faz menção ao homem prudente].

²⁰⁰ A propósito, segundo o art. 938 do CC, “aquele que habitar prédio, ou parte dele, responde pelo dano proveniente das coisas que dele caírem ou forem lançadas em lugar indevido”.

2.4 A IMPUTAÇÃO DO RESULTADO

Nos crimes materiais, a ocorrência do resultado, separável espaço-temporalmente da conduta, é indispensável para a imputação a título de crime consumado. Nestas infrações, o resultado natural passa a constituir elemento de que depende a existência do crime, em sua forma consumada (art. 13, *caput*, c/c art. 14, I, ambos do CP). No homicídio, por exemplo, a morte é o resultado natural e, sem ela, não há delito consumado. Desse modo, nos crimes dolosos, o comportamento típico, no sentido do crime de resultado, pode fundamentar o injusto de tentativa (art. 14, II, CP), ou o injusto dos atos anteriores, nos casos de desistência voluntária ou de arrependimento eficaz (art. 15, CP). Em se tratando de delitos culposos, o resultado condiciona a punição. Dessa forma, por mais perigosa que seja a conduta, a ausência de resultado implica a atipicidade do fato. Portanto, o Direito Penal proíbe condutas consideradas perigosas e, conseqüentemente, adequadas a produzir resultados. Formulando de modo diverso, a proibição da conduta tem a finalidade de evitar a ocorrência do resultado. Isso explica o porquê da necessidade de ambos estarem enlaçados²⁰¹ e, doravante, da independência da imputação do resultado em sentido estrito como a segunda categoria da imputação ao tipo objetivo.

A independência normativa do desvalor de resultado decorre, em primeiro lugar, do art. 13 do CP: determinadas infrações apenas existem, no sentido da forma consumada do crime, quando ocorra um resultado naturalístico, a exemplo do homicídio. O resultado morte é elemento constitutivo do tipo penal (art. 121, c/c art. 14, I, ambos do CP), e a sua produção deve corresponder à projeção específica da conduta típica para consumir o delito. Além disso, o juízo de censura do desvalor de resultado é mais grave do que o juízo de censura do desvalor de ação.²⁰² Basta lembrarmos, *e.g.*, da cláusula de punição da tentativa.²⁰³ De mais a

²⁰¹ “[...] há uma *relatividade do desvalor do resultado*: o desvalor do resultado só existe em relação a um determinado desvalor da ação, porque a proteção de bens jurídicos que o Direito Penal almeja é uma proteção contra ações” (GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 98). Nas palavras da Malamud Goti, “a produção do resultado não pode modificar de maneira alguma o valor ou o desvalor da atividade precedente que o produziu” [tradução livre] (MALAMUD GOTI, Jaime E. *La estructura penal de la culpa*. Buenos Aires: Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1976, p. 41). No mais, cf. MARTINEZ ESCAMILLA, Margarita. *La imputación objetiva del resultado*. Madrid: Edersa, 1992, p. 165; MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal: parte general*. 9. ed. Barcelona: Editorial Reppertor, 2011, p. 166; RUDOLPHI, Hans-Joachim. El fin del Derecho penal del Estado y las formas de imputación jurídico-penal. P. 81-93. In: SCHÜNEMANN, Bernd. *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*. Tradução para o espanhol de Jesus María Silva Sánchez. Madrid: Editorial Tecnos, 1991, p. 92, para quem o “*injusto da ação* e o *injusto do resultado* estão estreitamente referidos um ao outro” [tradução livre; grifos do autor].

²⁰² “Se a ação proibida que atinge a sua meta, a lesão ao bem jurídico, recebesse tratamento idêntico ao da mera ação proibida, o direito estaria manifestando que ele pune pela mera desobediência” (GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 97).

mais, ao dispor que, no dolo, o agente quer ou assume o risco de produzir o resultado, o legislador entendeu, assim nos parece, que a ação dolosa deve ser praticada com o objetivo de desencadear um efeito prejudicial ao bem jurídico. Nos crimes culposos, o liame entre o resultado e o comportamento típico está explícito na preposição *por* (art. 18, II, CP), de modo a significar que o resultado deve ser causado *pela* violação ao cuidado devido, e não por circunstâncias que lhe são estranhas. Portanto, o legislador não se contentou, exclusivamente, com o desvalor de ação, exigindo, tanto nos crimes dolosos quanto nos crimes culposos, o resultado.²⁰⁴ Busquemos clarear, então, a estrutura da imputação do resultado.

²⁰³ “Art. 14. [...] Parágrafo único. Salvo disposição em contrário, pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços”.

²⁰⁴ Questão que pode acender controvérsias é saber a qual resultado o legislador pretendeu referir-se: se o resultado enquanto efeito natural da conduta (resultado material ou naturalístico) ou enquanto efeito ofensivo da conduta (lesão ou colocação em perigo do bem jurídico). Ao partirmos da noção de ofensividade, temos que o desvalor de resultado como ofensa indica a realização do estado de coisas típico que o Direito Penal deseja, em princípio, evitar; isto é, o dano ou o perigo de dano; nesse sentido, cf. MIR PUIG, Santiago. *Antijuricidad objetiva y antinormatividad en Derecho Penal. Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 47, fasc. 1, p. 6-28. 1994, p. 19. Com isso, pretendemos afirmar que a norma penal proíbe uma conduta (meio) com a finalidade de evitar resultados (fim). Nos assim chamados crimes de resultado material, em que o tipo exige um efeito separável espaço-temporalmente da ação (v.g., homicídio e lesões corporais), a imputação a título de crime consumado depende da produção desse resultado. Noutras palavras, o resultado naturalístico é elemento do qual depende a existência do crime consumado (art. 13, CP). Nos delitos de homicídio e de lesões corporais, o resultado natural é tão evidente que não demanda maiores problemas de concreção da particular forma de ofensa dessas modalidades típicas (lesão ao bem jurídico). No homicídio, p. ex., o efeito natural da conduta consiste no *dano ao objeto material* da ação, ao passo que o efeito ofensivo da conduta corresponde ao *dano ao bem jurídico*. Portanto, o resultado natural, que é a morte, implica a destruição do bem jurídico, que é a vida; nesse sentido, cf. MOURULLO, Gonzales Rodriguez. *Derecho penal: parte general*. Madrid: Civitas, [NI], p. 336; MESTIERI, João. *Manual de direito penal*, volume I. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 129. Por outro lado, a modalidade tentada do homicídio pode dispensar, inclusive, o resultado natural – basta pensarmos na tentativa branca, em que o autor dispara todos os projéteis armazenados no revólver em desfavor da vítima, mas sem acertar nenhum. Caso em que o grau de ofensa exigido é o de *perigo concreto* ao bem jurídico, a demandar o acerto numa perspectiva *ex post*. Desse modo, se o bem jurídico não for atingido em sua tranquilidade existencial, i.e., se ele não for alcançado pelo raio da ação (v.g., o disparo da arma de fogo passa a cem metros de distância, sem produzir uma situação concreta de perigo à vida), não é possível imputar o homicídio no grau da tentativa. Sobre os critérios de acertamento dos crimes de perigo concreto, cf. ALBRECHT, Diego Alan Schöfer. *Crimes de perigo concreto: critérios de acertamento e fundamentos materiais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. Horizonte de coisas que, no âmbito dos crimes de resultado material, leva-nos às seguintes conclusões: *a*) o art. 13 do CP faz menção ao resultado de que depende a existência do crime; *b*) o art. 14, I, do CP, dispõe que o crime é consumado quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal; *c*) a definição legal contém os elementos de que depende a existência do crime; *d*) o resultado natural pode ser elemento da definição legal do crime e condicionar a sua existência, no sentido da consumação delitiva; *e*) desse modo, somente existirá crime consumado quando ocorrer o resultado naturalístico; *f*) o resultado jurídico é elemento da definição legal de todos os crimes, ou seja, é o resultado de que depende a existência das infrações penais catalogadas na legislação penal; *g*) desse modo, o crime somente existirá, em sua forma consumada, se produzir a ofensa ao bem jurídico exigida pelo tipo. Aliás, quanto à importância do resultado jurídico, não nos deixa dúvida a Exposição de Motivos da Parte Geral de 1940, cuja orientação permanece válida, já que o dispositivo comentado [*in casu*, o relativo ao crime doloso e ao crime culposo (art. 15 do CP de 1940)] permaneceu com a mesma redação após a Reforma da Parte Geral de 1984; leia-se: “Com o vocábulo ‘resultado’, o citado artigo designa o efeito da ação ou omissão criminosa, isto é, o dano efetivo ou potencial, a lesão ou perigo de lesão de um bem ou interesse penalmente tutelado. O projeto acolhe o conceito de que ‘não há crime sem resultado’. Não existe crime sem que ocorra, pelo menos, um perigo de dano; e sendo o perigo um ‘trecho da realidade’ (um estado de fato que contém as condições de superveniência de um efeito lesivo), não pode deixar de ser considerado, objetivamente, como resultado, pouco importando que, em tal caso, o resultado coincida ou se confunda cronologicamente (sic), com a ação ou omissão”. Sendo certo, ademais, que as diversas modalidades

2.4.1 A relação de causalidade

O grande paradigma da ciência moderna está calcado no ideal matemático de quantificação e redução das complexidades. Até as primeiras décadas do século XX, essa forma de pensamento foi a predominante e, como visto, ecoou aos horizontes da ciência penal. Ao basear o conceito de ação nas ciências físicas, o sistema causal-naturalista trouxe para o campo do Direito Penal uma visão estritamente mecanicista, estruturada pela causação de um resultado. O grande mérito da exigência de causalidade para a responsabilidade penal esteve em “libertar o direito penal dos resquícios medievais do estabelecimento da imputação através de práticas mágicas e supersticiosas e de juízos metafísicos”²⁰⁵. Além disso, ela assinalou a passagem da responsabilidade por fato alheio à responsabilidade por fato próprio.²⁰⁶ A *relação de causalidade* pode ser entendida como o enlace ou o nexos de união, lógico e real, entre uma conduta, como causa ou origem, e um resultado, como efeito ou consequência daquela.²⁰⁷

típicas demandam diferentes modelos de acerto da ofensa, sobretudo no que toca aos crimes de perigo abstrato e aos crimes omissivos próprios, questão que, pelos estritos limites desta investigação, não poderá ser esmiuçada.

²⁰⁵ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal: parte geral*. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 323-324; cf., também, MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal*. Parte General. 8. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 227. O Código Penal de 1890, por exemplo, estava condicionado “a distinções medievais entre *causa lethalis absoluta* e *causa lethalis relativa* ou *causa per se* e *causa per accidens*, concedia *privilegium* ao homicídio doloso *concausal*, isto é, reduzia aprioristicamente a pena quando, para o resultado ‘morte’, tivessem concorrido as *condições personalíssimas* do ofendido ou a *inobservância*, por parte deste, do *regime médico-higiênico reclamado pelo seu estado*” [grifos do autor] (HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, vol. I, tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 63-64). No entanto, convém lembrar que já os primeiros filósofos, na Grécia Antiga, tinham por objeto de investigação o mundo natural, sendo que as suas teorias, segundo Danilo Marcondes, “buscam dar uma explicação causal dos processos e dos fenômenos naturais a partir de causas puramente naturais, isto é, encontráveis na natureza, no mundo natural, concreto, e não fora deste, em um mundo sobrenatural, divino, como nas explicações míticas. Segundo esse tipo de visão, portanto, a chave da compreensão da realidade natural encontra-se nesta própria realidade e não fora dela”. Portanto, na tentativa de superar a explicação mítica da realidade, os gregos parecem ter inserido a exigência da explicação causal dos fenômenos, a partir das leis da natureza. Explicar, para os primeiros filósofos, significava “reconstruir o nexos causal existente entre os fenômenos da natureza”, tomando um fenômeno como efeito de uma causa. “É a existência desse nexos” – afirma Marcondes – “que torna a realidade inteligível e nos permite considerá-la como tal”. Entretanto, os gregos também observaram que a explicação causal poderia levar ao inexplicável, diante do seu regresso ao infinito, e, portanto, ao mistério, tal como na explicação mítica. Para evitar que isso aconteça, “surge a necessidade de se estabelecer uma causa primeira, um primeiro princípio, ou conjunto de princípios, que sirva de ponto de partida para todo o processo racional. É aí que encontramos a noção de *arquê*” (MARCONDES, Danilo. *Iniciação à filosofia: dos pré-socráticos a Wittgenstein*. 8. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004, p. 24-25).

²⁰⁶ MANTOVANI, Ferrando. *Diritto Penale*. Parte generale. 9. ed. Padova: Cedam, 2015, p. 136.

²⁰⁷ LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Curso de Derecho Penal*. Parte General I. Madrid: Editorial Universitas, 1996, p. 360.

A relação causal, embora insuficiente para completar a tipicidade,²⁰⁸ permaneceu – e ainda permanece – necessária à responsabilidade jurídico-penal,²⁰⁹ pelo menos em se tratando de crimes com resultado naturalístico, isto é, separáveis espaço-temporalmente da ação.²¹⁰ Constituindo, assim, exigência mínima que, desde a perspectiva externo-objetiva, tem de (ou pode) fazer-se ao elo entre o comportamento humano e o resultado.²¹¹ Considera-se causa a ação ou a omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido (art. 13, CP).²¹² Pela sugestiva redação, o CP adotou a *teoria da equivalência dos antecedentes causais*,²¹³ originariamente atribuída à concepção filosófica de Stuart Mill e transportada para o Direito Penal por Julius Glaser e Von Buri, encontrando neste o seu desenvolvimento mais completo.²¹⁴ A teoria em questão sustenta que toda condição, ainda que secundária, é causa do resultado, e, portanto, para efeitos causais, todas as condições se equivalem, entendendo por condição todo o fator que condiciona o resultado [sem essa condição, o resultado não teria ocorrido].²¹⁵ Segundo Welzel, basta que a ação seja apenas *uma* condição do resultado, ainda que concorram outros

²⁰⁸ MANTOVANI, Ferrando. *Diritto Penale*. Parte generale. 9. ed. Padova: Cedam, 2015, p. 136.

²⁰⁹ Tanto é que, para Cláudio Brandão, a causalidade “foi o instituto penal que o legislador elegeu para iniciar o tratamento normativo do crime, o que demonstra a sua importância”; cf. BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 40. Além do mais, “[...] a controvérsia sobre leis causais ou probabilísticas da física nuclear não parece reduzir o poder explicativo do conceito de causalidade, como categoria filosófica e científica necessária para compreender os fatos da vida diária” (SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 6. ed. Curitiba: ICPC, 2014, p. 117). Nesse sentido, cf., também, ROXIN, Claus. *Derecho Penal - Parte General: Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Tradução espanhola de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 346-347. Não obstante a voz crítica de Bustos Ramírez, para quem “na tipicidade o problema não consiste em determinar a causalidade da ação, mas que o comportamento realizado possa ser atribuído ao tipo, conforme a perspectiva do bem jurídico. A causalidade não agrega nem tira nada a este problema da tipicidade, tratando-se de um problema alheio ao direito penal, metafísico, ético ou de ciência natural, mas em nenhum caso jurídico-penal” [tradução livre]; cf. BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Manual de derecho penal*. Parte General. 3. ed. Barcelona: Ariel, 1989, p. 150.

²¹⁰ Nesse sentido, cf. COSTA JR., Paulo José da. *Nexo causal*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 76.

²¹¹ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal: parte geral*. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 323. Em Mayrink da Costa, p. ex., temos que “o mérito da *teoria da equivalência* foi o de estabelecer o limite mais inferior da causalidade”; cf. COSTA, Álvaro Mayrink da. *Direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 402. No mais, cf. BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal*. Parte general. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 1999, p. 255; MARTINEZ ESCAMILLA, Margarita. *La imputación objetiva del resultado*. Madrid: Edersa, 1992, p. 168; VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho Penal*. Parte General. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2006, p. 322.

²¹² “Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido”.

²¹³ “O projeto adotou a teoria chamada da equivalência dos antecedentes ou da *conditio sine qua non*. Não distingue entre causa e condição: tudo quanto contribui, *in concreto*, para o resultado, é causa. Ao agente não deixa de ser imputável o resultado ainda quando, para produção deste, se tenha aliado à sua ação ou omissão uma concausa, isto é, uma outra causa preexistente, concomitante ou superveniente”. Essa é a redação da Exposição de Motivos do CP de 1940, válida para a Reforma da Parte Geral de 1984, tendo em vista que os dispositivos (art. 11 e art. 13, respectivamente) permanecerem substancialmente idênticos.

²¹⁴ BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 323.

²¹⁵ LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Curso de Derecho Penal*. Parte General I. Madrid: Editorial Universitas, 1996, p. 366.

fatores.²¹⁶ Nota-se a influência do mecanicismo à elaboração da teoria da equivalência causal, estampada na ideia de regularidade dos acontecimentos – a um antecedente deve suceder um consequente –, além de relacionar-se intimamente com o conceito de ação do sistema causal-naturalista.²¹⁷

O critério para comprovar se a ação é causal obedece a um *proceso hipotético de eliminación*:²¹⁸ considera-se causa a ação que implicar, depois de suprimida mentalmente, o desaparecimento do resultado; contudo, se o resultado não desaparecer, a ação perde a sua qualidade causal. Noutras palavras, a ação será causal quando não possa ser eliminada mentalmente sem que desapareça o resultado.²¹⁹ Exemplo: com a intenção de praticar o crime de homicídio, o agente adicionou veneno com potencial lesivo à comida da vítima; esta ingeriu o alimento rápido demais e sem mastigá-lo de maneira adequada, razão pela qual se engasgou e morreu em decorrência da obstrução da via respiratória. Portanto, o veneno colocado no alimento não foi causa do resultado, porque, mesmo suprimindo essa condição, o resultado ainda teria acontecido. Além do mais, em casos de difícil comprovação do liame causal, nos quais a obtenção de um grau seguro de confirmação da qualidade causal da ação permanece em contexto de incerteza, deve prevalecer o benefício da dúvida (*in dubio pro reo*).²²⁰⁻²²¹

²¹⁶ WELZEL, Hans. *Derecho penal*: parte general. Tradução para o espanhol de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956, p. 49.

²¹⁷ Cf. D'AVILA, Fabio Roberto. *Crime culposo e a teoria da imputação objetiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 34-35; MAURACH, Reinhart. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo I. Traducción de Juan Cordoba Roda. Barcelona: Ediciones Ariel, 1962, p. 221-222.

²¹⁸ Costuma-se atribuir a Thyrén a origem do método de eliminação hipotética. No entanto, de acordo com Pierangeli, foi Galileu Galilei quem esboçou, primeiramente, esse método, considerando causa aquela que, uma vez introduzida, segue-se um efeito, e, suprimida, o efeito é eliminado; cf. PIERANGELI, José Henrique. Nexos de causalidade e imputação objetiva. *Direito e cidadania*, Ano V, n. 15, p. 23-44. 2002. Disponível em: <https://bit.ly/3hmq2uw>. Acesso em: 22 ago. 2020, p. 26

²¹⁹ PUPPE, Ingeborg. Causalidad. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 45, fasc. 2, p. 681-694. 1992, p. 683 – o que não quer significar que a autora compartilhe dessa fórmula; utilizamos a referência devido à clareza expositiva do conceito. No mais, cf. JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal*. 5. ed. Tradução para o espanhol de Miguel Olmedo Cardenete. Granada: 2002, p. 298-299; STRATENWERTH, Günther. *Derecho Penal*. Parte General. El hecho punible. Traducción de Manuel Cancio Meliá e Marcelo A. Sancinetti. Buenos Aires: Hammurabi, 2005, p. 148.

²²⁰ Sobre causalidade e *in dubio pro reo*, cf. PÉREZ DEL VALLE, Carlos. La causalidad, ¿una solución procesal para un problema dogmático? *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 49, fasc. 3, p. 979-1004. 1996, p. 995 et seq. Um caso que parece retratar a aplicação do *in dubio pro reo*, nos casos de dúvida acerca da relação causal, refere-se à condenação do jornalista Xavier Vinader, que publicou, no final de 1979 e início de 1980, numa revista espanhola de grande difusão, informações minuciosas sobre grupos antiterroristas. Nessas informações, foram divulgados dados pessoais e fotos de supostos extremistas de direita. Dias depois, as pessoas mencionadas na reportagem foram assassinadas por membros do ETA. Diante disso, Vinader foi processado e condenado como autor de homicídio culposo, aceitando, o tribunal (inclusive o Tribunal Supremo), a existência de relação de causalidade entre as informações publicadas e os assassinatos ocorridos. Como afirma Abanto Vásquez – de quem retiramos os dados recém-lançados –, “neste caso, a causalidade poderia resultar, no mínimo, duvidosa (*in dubio pro reo*), já que não era realmente seguro que os assassinos tivessem lido as informações jornalísticas” [tradução livre]; cf. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. A manera de presentación: nociones preliminares. P. 13-47. In: ROXIN, Claus. *La imputación objetiva en el derecho penal*. Traducción e

O fato de situarmos a relação de causalidade como subcategoria da imputação do resultado, e não como primeiro requisito da imputação objetiva em sentido amplo, antes mesmo da análise do comportamento típico, tem a sua razão de ser. Com efeito, é possível comprovar, em primeiro lugar, se a conduta, no sentido do crime de resultado, é uma conduta típica. Esse processo tem consequências relevantes no âmbito dos crimes dolosos, tendo em vista a possibilidade de conformar o injusto de tentativa. Uma conduta pode ser típica, mas não necessariamente causal.²²² Tomemos o exemplo do envenenamento, anteriormente abordado: nesse caso, o autor praticou uma conduta idônea a produzir o resultado. Contudo, o resultado, tal como ocorreu, não foi condicionado pelo comportamento típico, pois, estivesse ou não envenenado o alimento, a vítima teria morrido de qualquer forma. Entretanto, devido à aptidão em alcançar o resultado, a conduta conformou o injusto de tentativa (art. 121, c/c 14, II, ambos do CP).

Em síntese, a categoria da causalidade é uma herança do mecanicismo newtoniano, paradigma de pensamento que percebia o mundo a partir de uma concepção de sucessões de acontecimentos estáveis e regulares. Ainda que o surgimento de novas teorias – sobretudo a da relatividade, de Einstein, e a da incerteza, de Heisenberg – tenham posto em xeque o ideal de causalidade, até então dominante, ele permanece necessário em âmbito jurídico-penal. A teoria causal com maior aceitação, elaborada a partir do paradigma mecanicista, é a da teoria da equivalência dos antecedentes causais, que considera causa toda condição que contribui para a ocorrência do resultado, sendo a teoria adotada pelo direito positivo brasileiro (art. 13,

edición de Manuela A. Abanto Vásquez. Lima: Idemsa, 1997, p. 33-34. No mais, cf. WESSELS, Johannes. *Direito penal*. Parte Geral (aspectos fundamentais). Tradução de Juarez Tavares. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1976, p. 43; GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho penal*. Parte general. 3. ed. Lima: Ideas Solución Editorial, 2019, p. 464, para quem o *in dubio pro reo* se aplica quando o juiz não tiver a certeza da relação de causalidade, admitindo o autor, porém, a possibilidade de o magistrado realizar o juízo de causalidade a partir de uma lei causal que não goze de um absoluto consenso científico, proibindo-se, unicamente, o recurso a leis causais extravagantes ou pouco plausíveis.

²²¹ Jescheck e Weigend, assim nos parece, procuram resolver alguns dos problemas probatórios a partir da *teoria da condição adequada às leis naturais*. Segundo os autores, “resulta necessário investigar as *relações regulares* do caso concreto para, desse modo, perguntar se, de acordo com a experiência, a classe de ação desenvolvida origina, geralmente, o tipo de consequências acontecidas no suposto em que se analisa. Desse modo, a causalidade, no sentido da teoria da condição, apenas depende de *se as modificações no mundo exterior, temporalmente consecutivas a uma ação e com ela conectadas*, aparecem como consequências que *estavam vinculadas à ação de modo necessário, segundo as leis da natureza que nos são conhecidas*, apresentando-se, desse modo, como resultado típico”. Nos casos em que a causalidade não puder ser afirmada de modo absoluto bastaria uma probabilidade próxima da certeza. Porém, reconhecem que é “duvidosa a verificação da relação de causalidade quando não está provada uma lei causal que clarifique a relação entre a ação e o resultado, e que obriga a fundamentar tal conexão unicamente no fato de que não existe outro motivo evidente que explique o aparecimento do resultado típico” [tradução livre; grifos dos autores]; cf. JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal*. 5. ed. Tradução para o espanhol de Miguel Olmedo Cardenete. Granada: 2002, p. 303-304.

²²² Nesse sentido, cf. DONINI, Massimo. *Imputazione oggettiva dell'evento*. “Nesso de rischio” e responsabilità per fatto proprio. Torino: Giappichelli, 2006, p. 69, para quem o risco deve preceder à causa, tendo em vista que um fator, antes de ter causado algo, era um fator de risco, uma causa em potência.

CP). Dessa forma, parte-se de um processo hipotético de eliminação, tendo como objetivo verificar se, suprimida mentalmente a ação, o resultado teria ou não acontecido. A resposta positiva – depois de eliminada a ação, desapareceu o resultado – significa que a ação é causa.²²³

²²³ A teoria da equivalência dos antecedentes, como sói acontecer com qualquer teoria, não escapou das críticas – na realidade, como afirma Torío López, a história do problema da causalidade consistiu, no essencial, em buscar critérios de delimitação do pensamento da equivalência das condições; cf. TORÍO LÓPEZ, Ángel. Cursos causales no verificables en Derecho penal. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 36, fasc. 2, p. 221-238. 1983, p. 222. A começar pela sua demasiada extensão, atribuindo qualidade causal a todas as condições concorrentes para o resultado (*regressus ad infinitum*). Diante disso, surgiram as *teorias individualizadoras da causalidade*, “que conferem hierarquia diversa aos antecedentes necessários, diferenciando-os entre si” (COSTA JR., Paulo José da. *Nexo causal*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 77). Entre elas, destacam-se a *teoria da adequação* – atualmente aceita como teoria de imputação, e não de causalidade (cf. *supra*, 2.3.1.1) – e a *teoria da relevância jurídica* (sobre ela, cf. MEZGER, Edmund. *Derecho Penal: parte general*. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1958, p. 113). Considerando tratar-se de teorias generalizadoras, “porque não comparam individualmente as diversas condições, estabelecendo uma gradação ou hierarquia entre elas, antes restringem de modo geral a causalidade em todas as condições que não cumprem certos requisitos” [tradução livre], cf. LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Curso de Derecho Penal*. Parte General I. Madrid: Editorial Universitas, 1996, p. 367. Também considera a teoria da adequação uma teoria generalizadora, por exemplo, MAURACH, Reinhart. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo I. Traducción de Juan Cordoba Roda. Barcelona: Ediciones Ariel, 1962, p. 235. Outra proposta de possível enquadre neste grupo diz respeito à *teoria da causa como condição conforme as leis naturais* (sobre ela, cf. JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal*. 5. ed. Tradução para o espanhol de Miguel Olmedo Cardenete. Granada: 2002, p. 303; D’AVILA, Fabio Roberto. *Crime culposos e a teoria da imputação objetiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 34) e à *causalidade científica* (sobre ela, cf. MANTOVANI, Ferrando. *Diritto Penale*. Parte generale. 9. ed. Padova: Cedam, 2015, p. 140). Entre nós, Juarez Tavares propôs quatro critérios de delimitação normativa da causalidade, representados pelas categorias da causalidade típica, do comportamento alternativo, da causalidade funcional e da cláusula *ceteris paribus*; cf. TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposos*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 348 et seq. De todos os modos, a crítica da extensão do nexos causal era compreensível, recorda-nos Luzón Peña, à época em que as categorias da imputação objetiva não tinham sido desenvolvidas. Desse modo, as restrições à amplitude do nexos causal têm lugar a partir dos critérios de imputação objetiva, da distinção entre autores e partícipes e da exigência de dolo ou culpa; cf. LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Curso de Derecho Penal*. Parte General I. Madrid: Editorial Universitas, 1996, p. 371. Abre-se mais um baú de críticas em relação à *causalidade hipotética* – p. ex., se o executor não tivesse causado a morte, outras pessoas teriam – e à *causalidade alternativa* – p. ex., sem o conhecimento da ação da outra, duas pessoas adicionam doses mortais de veneno à bebida de um terceiro. De acordo com Juarez Cirino dos Santos, a teoria da equivalência dos antecedentes causais lida, tão só, com *condições concretamente realizadas*, e não possíveis ou prováveis – argumento utilizado por autores como Spindel e Welzel para refutar a causalidade hipotética. O problema da causalidade alternativa teria sido resolvido com um aperfeiçoamento da fórmula da *conditio sine qua non*: “se o resultado não desaparece com a exclusão alternativa, mas desaparece com a exclusão cumulativa das condições, então ambas as condições são causas do resultado”; cf. SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 6. ed. Curitiba: ICPC, 2014, p. 118 et seq. Anotemos, ademais, a interessante proposta elaborada por Gabriel Pérez Barberá, para quem tudo está determinado por algo, mas nem tudo está causado por algo. Por isso, ele classifica a causalidade como uma *categoria de determinação*, ao lado da determinação estatística e da determinação teleológica(-probabilística) [abstraídas, por ora, outras categorias que o autor desenvolve]. A finalidade delas consiste em explicar sucessos ontológica ou empiricamente. Por conseguinte, a determinação causal terá aplicação, somente, nos grupos de casos em que manifestar o seu “predomínio relativo” em relação às demais categorias, devido ao seu caráter universal e ao componente genético (força) que o compõe. Diante disso, o autor propõe a inclusão de uma nova categoria à teoria do tipo objetivo: o *nexo de determinação*. Trata-se de uma categoria ontológica (naturalística), tendo o objetivo de explicar a ocorrência de sucessos no mundo do ser, a partir das categorias da determinação causal, estatística e teleológica, aplicáveis ao caso concreto de acordo com o predomínio relativo. Desse modo, antes dos questionamentos normativos, a pergunta geral a ser respondida não deve ser “foi o resultado R causado pelo autor A?”, mas sim, “foi o resultado R determinado pelo autor A?” e, em caso afirmativo, segue-se a pergunta: “por qual categoria de determinação foi determinado o resultado R?”. Portanto, o nexos de determinação passa a ocupar a posição de pressuposto ontológico geral da imputação jurídico-penal nos delitos de resultado, e não a causalidade; cf. PÉREZ

2.4.2 A relação de realização

A conduta dolosa está dirigida à produção do resultado. A conduta culposa o produz pela violação ao cuidado devido.²²⁴ Em ambos os casos, a conduta e o resultado devem estar

BARBERÁ, Gabriel. Causalidad y determinación: el problema del presupuesto ontológico en ámbitos estadísticos o probabilísticos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 60, p. 36-77. São Paulo. Maio/Junho de 2006, especialmente à p. 51 et seq. Por fim, uma questão mais espinhosa diz respeito à *causalidade omissiva*. Segundo Juarez Tavares – pelo menos à época do escrito –, a fórmula do art. 13, ao incluir a omissão como possível causa de um resultado, é inválida. “Não se pode eliminar a omissão, pois seria um contra-senso (sic) lógico que se eliminasse aquilo que não existiu. Para adaptar-se à natureza da omissão, a teoria da condição deve considerar a eliminação da ação que hipoteticamente o agente deveria praticar. Se, eliminada essa ação hipotética, restasse também eliminado o resultado hipotético, poderíamos dizer, então, que a omissão foi causa desse resultado” [grifo do autor]; cf. TAVARES, Juarez. *As controvérsias em torno dos crimes omissivos*. Rio de Janeiro: Instituto Latino-Americano de Cooperação Penal, 1996, p. 56. Consequentemente, “nos delitos omissivos próprios o problema da causalidade não se coloca, já que o delito se esgota no próprio ‘não fazer’, no não cumprimento do mandato, não tendo a lei em consideração, ao tipificá-lo, a concreção de resultado algum. Porém, o problema se apresentou nos delitos omissivos impróprios, nos quais se imputa ao seu autor um resultado externo, momento em que perguntou como pode ‘surgir algo do nada’” [tradução livre] (ALBERDI, Francisco Orts. *Delitos de comisión por omisión*. Buenos Aires: Ghersi, 1978, p. 59) [com a devida ressalva em reconhecer o delito próprio de omissão como um simples delito de violação ao dever, o que projetaria um modelo autoritário de Direito Penal. Com isso, queremos afirmar que os delitos próprios de omissão detêm um específico e efetivo desvalor de resultado; nesse sentido, cf. D’AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios*. (Contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico). Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 237 et seq.]. Segundo Paulo José da Costa Jr., no *caput* do art. 13, o CP considerou a causalidade em seu sentido mais amplo. Já o § 2º do art. 13 teria contemplado a causalidade omissiva, que, ao dispor “que a omissão só passa a ter relevo no campo penal quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado, justificou (ou tentou justificar) o *caput*, em que se equiparou erroneamente a ação à omissão”; cf. COSTA JR., Paulo José da. *Nexo causal*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 129-130. Portanto, a *causalidade omissiva é normativa*: ao omitente se imputa não por ter causado, mas por não ter impedido o evento; nesse sentido, cf. MANTOVANI, Ferrando. *Diritto Penale*. Parte generale. 9. ed. Padova: Cedam, 2015, p. 153; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Curso de Derecho Penal*. Parte General I. Madrid: Editorial Universitat, 1996, p. 377. As reflexões desta nota não significam que concordemos com o respectivo conteúdo. Trouxemo-las a título meramente expositivo, com a pretensão de demonstrar os diversos problemas relacionados à teoria do nexo causal.

²²⁴ No âmbito do crime culposos, alguns autores pretendem estabelecer a ligação entre a conduta típica e o resultado pela *conexão de antijuridicidade*, ou seja, pela relação de determinação – e não, simplesmente, de causalidade – entre a violação ao dever de cuidado e o resultado. Zaffaroni, por exemplo, propõe um duplo juízo hipotético para verificar a relação de determinação: “*Em concreto*: devemos imaginar a conduta do autor, dentro do marco normativo (sem violar o dever de cuidado). Não haverá determinação, quando a ação, assim imaginada, tivesse produzido, igualmente, o resultado (atipicidade culposa). Se não o tivesse produzido, a conduta poderá ser culposa, desde que passe, também, pelo juízo hipotético *em abstrato*: devemos imaginar uma ação não violadora do dever de cuidado, em abstrato (não de acordo com a imagem concreta da realizada pelo autor), e, se esta ação também pudesse causar o resultado, não haverá tipicidade culposa” [tradução livre; grifos do autor]. De certa forma, os critérios utilizados por Zaffaroni coincidem com os que doravante esboçaremos. De todos os modos, compartilhamos o ponto de vista do penalista argentino, no sentido de que a relação de antijuridicidade – ou relação de realização – está reconhecida no art. 18, II, do CP (ele não se refere, contudo, ao direito positivo brasileiro): a lei não fala em resultado causado *com* imprudência, negligência ou imperícia, mas sim, *por* imprudência, negligência ou imperícia. A preposição quer indicar que a conduta, *pelo fato de ser imprudente, negligente ou imperita*, causa o resultado. No exemplo de Zaffaroni: “O condutor imprudente que atropela o suicida causa, inquestionavelmente, a morte do suicida, mas como a causaria, do mesmo modo, se fosse prudente, a sua conduta é atípica, porque essa causalidade não tem relevância penal: causou a morte *com* a sua conduta, mas não *pelo* caráter imprudente de sua conduta” [tradução livre; grifos do autor]; cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de derecho penal*: Parte General, III. Buenos Aires: Ediar, 1996, p. 406-407.

conectados, de tal modo que o segundo corresponda à realização específica da primeira.²²⁵ Diferentemente da conduta típica, a conformação do resultado típico passa por um exame de perspectiva *ex post*, o que engloba todas as circunstâncias conhecidas e provadas.²²⁶ De modo a subtrair o desvalor daquelas causações em que falta a relação de realização entre a conduta e o resultado.²²⁷ Relação esta que deve ser avaliada a partir de um filtro teleológico, que indague se o resultado ocorrido é um daqueles que a norma tencionava evitar ao proibir a conduta. Em última análise, imputa-se o resultado que corresponda à realização precisa do risco, em razão do qual está proibida a ação.²²⁸ O que não ocorre, *v.g.*, no caso de capotamento da ambulância que socorria a vítima da tentativa de homicídio, cujo óbito foi produção exclusiva do acidente de trânsito. Afinal, “a imputação só se dará se a causa antecedente continuar a atuar no momento da realização do resultado”²²⁹. Desse modo, a nova série causal exclui a imputação, quando, por si só, produza o resultado (art. 13, § 1º, CP).²³⁰

²²⁵ Nesse sentido, cf. GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho penal*. Parte general. 3. ed. Lima: Ideas Solución Editorial, 2019, p. 462.

²²⁶ Nesse sentido, cf. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal*: parte geral. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 336.

²²⁷ Nesse sentido, cf. FRISCH, Wolfgang. *Comportamiento típico e imputación del resultado*. Traducción de Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 550.

²²⁸ FRISCH, Wolfgang. *Comportamiento típico e imputación del resultado*. Traducción de Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 556. Cf., também, GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 98; SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. 4. ed. Curitiba: ICPC, 2005, p. 109.

²²⁹ TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 364. Segundo Wessels, deve-se imputar o resultado na medida em que os danos “se associem ao precedente acontecimento causal e não se situem inteiramente fora dele e com os quais se deve contar segundo o decorrer normal das coisas e a experiência geral da vida” [grifo do autor]; cf. WESSELS, Johannes. *Direito penal*. Parte Geral (aspectos fundamentais). Tradução de Juarez Tavares. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1976, p. 47.

²³⁰ No caso da ambulância, Frister parece manter a imputação, quando o resultado tenha decorrido da condução acima dos limites autorizados; *ex.*: para chegar rapidamente ao hospital, o motorista da ambulância cruza o sinal vermelho, produzindo, como consequência, um acidente fatal. Nesse caso, a ação do condutor está aprovada pelo ordenamento jurídico somente por razões especiais; ou seja, está justificada pelo estado de necessidade. Entretanto, segundo Frister, essa aprovação não exclui a responsabilidade do causante pela situação de necessidade em si mesma considerada. Em outros termos: as ações concretamente adequadas à produção do resultado – disparos de arma de fogo, facadas em regiões letais etc. – devem ser reprovadas, também, pela possibilidade de desencadear viagens de salvamento, autorizadas em razão de um estado de necessidade e tendentes a produzir acidentes de trânsito fatais. Portanto, desaprova-se juridicamente a conduta do autor pela aptidão em originar o resultado efetivamente produzido, resultado este que lhe deve ser imputado; cf. FRISTER, Helmut. *La imputación objetiva*. Traducción de Marcelo Sancinetti. In: SANCINETTI, Marcelo A. *Causalidad, riesgo e imputación*. 1. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2009, p. 515. Não nos parece correto esse entendimento. Por mais que o acidente tenha decorrido de uma condução em estado de necessidade – violando, dessa maneira, as normas redutoras de perigo –, ele configura uma causa superveniente relativamente independente que, por si só, produziu o resultado. Imaginemos que os disparos de arma de fogo ou a facada apenas tenham causado lesões corporais leves, que dispensariam, inclusive, o atendimento médico. Mesmo assim, a vítima foi colocada na ambulância, para ser conduzida ao hospital. Porém, durante o trajeto, ocorreu o acidente e ela morreu. Parece-nos intuitivo, pelo cotejo com o art. 13, § 1º, do CP, que a imputação do resultado deve ser excluída. O mesmo deve valer, ainda que a ação precedente tenha colocado a vida da vítima em perigo gradativamente maior: se se comprovar que o resultado decorreu *exclusivamente* do acidente, e não da conduta anterior – mesmo que as possibilidades de salvamento sejam mínimas –, então o autor responderá, somente, pelo injusto de tentativa. Poderíamos chegar a uma conclusão diferente se o comportamento diretamente perigoso ao bem jurídico *potencializou* o perigo do resultado morte: o acidente que envolveu a ambulância foi leve, porém, impediu que a

Submetendo o art. 13, § 1º, do CP, a uma interpretação teleológica, nele encontramos um ponto de apoio para o reconhecimento do critério do *fin de proteção da norma*. Ao requerer considerações valorativas para a limitação da causalidade, o mencionado dispositivo informa-nos que o resultado ocorrido deve ser um daqueles que a norma pretendia evitar. Noutras palavras, devemos concretizar “o risco *ex ante* juridicamente desaprovado, apontando tanto o bem jurídico, como os cursos causais a que ele se refere, e que depois perguntemos se, *ex post*, o que efetivamente ocorreu – curso causal e afetação do bem jurídico – foi aquilo que *ex ante* justificava a proibição”²³¹. Portanto, “a norma proibitiva visa a evitar que um certo bem jurídico seja afetado de certa maneira. Se for afetado não esse bem jurídico, mas outro, ou se ele próprio for afetado, mas por curso causal completamente diverso, o que se realizou no resultado não foi o risco que se estava a analisar”²³². É o que acontece no caso do capotamento da ambulância ou do incêndio no hospital: se a vítima da conduta homicida falecer em decorrência do acidente automobilístico ou do sinistro hospitalar, o resultado passa a ser produto de um curso causal estranho ao comportamento típico praticado pelo autor. Em última análise, o resultado ocorrido (morte devida ao acidente ou ao incêndio) não corresponde àquilo que justificava a proibição (conduta de esfaquear, de envenenar, de disparar arma de fogo etc.).²³³

vítima fosse levada a tempo ao hospital, para receber os tratamentos adequados. Nesse caso, a causa superveniente – acidente de trânsito – não produziu, *por si só*, o resultado.

²³¹ GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 105.

²³² GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 99-100.

²³³ Ambos os exemplos não nos colocam maiores problemas, problemas estes que podem surgir pelo acréscimo de particularidades; vejamos: a vítima foi socorrida e internada, mas contraiu uma infecção hospitalar, da qual resultou o seu óbito. Nesse caso, a imputação do resultado depende da comprovação do liame entre o comportamento típico e a infecção contraída. De acordo com Rudolphi, o simples fato de que o perigo de infecção apareça mais tarde, como resultado de um perigo contrário ao direito, não permite imputar, ainda, o dano posterior. Do contrário, estaríamos reconhecendo a teoria do *versari in re illicita*, o que conduziria a uma ampliação infinita da imputação objetiva. Entretanto, Rudolphi entende que a pergunta decisiva é se o perigo, materializado na lesão posterior, ultrapassou os limites autorizados e, por isso, não mais pertence aos riscos gerais da vida – juridicamente não reprováveis – do afetado; cf. RUDOLPHI, Hans-Joachim. *Causalidad e imputación objetiva*. Traducción de Claudia López Diaz. Universidad Externado de Colombia: Bogotá, 1998, p. 59. Contudo, ao contentar-se com a superação do risco autorizado, Rudolphi abre espaço para a aplicação da *teoria do incremento do risco*, à qual não endossamos [não, pelo menos, numa perspectiva *ex post*]. Do ponto de vista do direito positivo, a melhor solução deve ser buscada na expressão *por si só*, tal e qual a redação do art. 13, § 1º, do CP. Diante disso, a infecção que resultar de fatores estranhos às lesões anteriormente provocadas, produzindo, *por si só*, o resultado morte, exclui a imputação do resultado. Por outro lado, podem ser incluídas, na linha de desdobramento da conduta típica, as complicações infectológicas, contraídas durante o tratamento recuperatório, resultantes da debilidade do organismo. Caso em que parece possível manter a imputação, na medida em que a infecção não produza, por si só, o resultado, configurando, pois, uma consequência da debilidade provocada pelo comportamento típico. Nesse sentido, cf. D’AVILA, Fabio Roberto. *Crime culposos e a teoria da imputação objetiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 55. Na jurisprudência, cf. BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Apelação Criminal nº 1.0287.07.029187-0/001*. Quinta Câmara Criminal. Relator: Des. Pedro Vergara. Julgado em: 17/11/2009. Publicado em: 30/11/2009. Em apelação cível, o TJRS considerou “rompido o nexo causal” em situação na qual a vítima de acidente de trânsito, embora tenha

O fim de proteção da norma costuma ser utilizado para afastar a imputação, p. ex., nos casos de *danos resultantes de choque*. Seria o caso do condutor X que, ao ultrapassar incorretamente o condutor Y, colide com o veículo deste, produzindo-lhe não só lesões corporais, mas também uma forte situação de estresse, situação esta que gera um infarto agudo do miocárdio, em razão do qual sucede a morte de Y.²³⁴ Nesse caso, argumenta-se que o resultado ocorrido não se encontra abrangido pelo fim de proteção da norma, porque o legislador, ao proibir o homicídio culposo e as lesões corporais culposas na direção de veículo automotor, fê-lo com o objetivo de evitar *danos físicos*, e não anímicos. Noutras palavras, a morte por infarto não é uma daquelas que as normas de segurança do CTB buscam impedir, já que elas foram elaboradas para permitir a condução adequada de veículos automotores e evitar, desse modo, acidentes que resultem consequências materiais e físicas aos condutores.²³⁵

ficado com sequelas neurológicas, provocadas pelo sinistro, posteriormente faleceu devido a “insuficiência respiratória; diabete; desidratação; pneumonia”, condições adquiridas somente depois de receber alta – o falecimento ocorreu no dia 05/09/2011, um mês após a alta médica do hospital, em 05/08/2011; cf. BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível nº 70070164025*. 11ª Câmara Cível. Relator: Des. Luiz Roberto Imperatore de Assis Brasil. Julgado em: 07/12/2016. Publicado em: 15/12/2016.

²³⁴ Outro exemplo comumente mencionado é o da mãe que, ao receber o telefonema da morte do seu filho, sofre um infarto e morre. Caso que recentemente ocorreu no Brasil. Segundo veiculado pelo portal de notícias G1, *Fulano* sofreu um acidente de trânsito no dia 14 de novembro de 2020 [não sendo informado se o acidente foi provocado por terceiros]. Não resistindo às complicações do quadro de saúde, *Fulano* faleceu no dia 2 de dezembro de 2020. Ao receber a notícia da morte do filho, a mãe sofreu um infarto e não resistiu; cf. G1. *Mãe sofre infarto e morre ao saber do falecimento do filho no Ceará*. Disponível em: <https://glo.bo/2L1JBMN>. Acesso em: 2 dez. 2020. Pelo critério do fim de proteção da norma, a morte da mãe da vítima não pode ser imputada a quem causou o acidente do filho [se isso realmente aconteceu, pois as informações do portal não esclarecem os motivos do acidente], já que as normas de trânsito não têm a finalidade de evitar as mortes provocadas pelo recebimento de notícias, por mais trágicas que elas sejam.

²³⁵ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Fin de protección de la norma e imputación objetiva. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 61, fasc. 1, p. 5-30. 2008, p. 11-12. O autor argumenta que, se nos delitos de perigo, apenas é típico o risco de morrer ou resultar lesionado em decorrência do *impacto material*, e não do impacto anímico que a pessoa pode sofrer (p. ex., uma loja é incendiada e, ao receber a notícia, o seu proprietário entra em choque e sofre um infarto), então, quando o delito de perigo se materializa num delito de lesão, para este devem reger as mesmas regras – o homicídio culposo deve ser causado por um impacto material, e não por outro, de natureza anímica –, tendo em vista não ser possível que o que não é típico para o antecedente (para o crime de perigo) o seja para a sua materialização (o crime de lesão). Desse modo, as mortes culposas, decorrentes de infrações das normas de circulação, devem ter a sua origem em lesões físicas, e não em impactos anímicos. Portanto, no caso da morte por susto, o autor deveria ter sido condenado pelas lesões culposas, e não pelo homicídio. Não obstante haver a possibilidade, noutros casos, de imputar o resultado decorrente de danos resultantes de choque. Ilustra-o Luís Greco: “[...] digamos que uma velhinha está internada, em razão de seu quinto infarto, e alguém, sabendo de seu coração fraco, conta-lhe a mentira de que seu filho acabara de ser assassinado, o que provoca mais uma parada cardíaca a que a velhinha não resiste. Por isso, é necessário argumentar com um pouco mais de cuidado, isto é, levando em conta os critérios legitimadores de uma proibição. Estes critérios dirão que, no caso da mentira para a velhinha, há um risco: afinal, o homem prudente, dotado de conhecimentos especiais entre os quais se encontra o conhecimento de que o coração da velhinha é bem fraco, não consideraria tal resultado de todo improvável; e este risco é não permitido, porque ninguém tem o direito de contar tais mentiras a outrem, nem tampouco há um interesse social superior no sentido de que elas possam ser contadas também neste caso. Um homem prudente não se comportaria desta maneira” (GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 114).

Questão complexa, por outro lado, é saber se a conduta alternativa lícita,²³⁶ comparada ao comportamento típico, teria ou não evitado o resultado. O *leading case* da jurisprudência alemã parece ter sido o *Caso do ciclista* ou *Caso do caminhão*,²³⁷ sendo também famoso o *Caso da novocaína*.²³⁸ A solução oferecida pela *teoria da inevitabilidade* leva-nos a afastar a imputação naqueles casos em que o comportamento alternativo lícito teria evitado o resultado, com um grau seguro ou com uma probabilidade próxima da certeza. Em contextos de dúvida, aplicar-se-ia o *in dubio pro reo*. Resposta pouco diversa é-nos dada pela *teoria do incremento do risco*, cuja fórmula implica “uma comparação entre o nível do risco, correspondente à conduta alternativa adequada, e o risco criado com a conduta infratora da norma de cuidado, de modo que, se dessa comparação resultar a superioridade do segundo risco em relação ao primeiro”, diz-nos Anarte Borrallo, “então o resultado deverá ser imputado, mas, se a ação imprudente do acusado não gera um risco superior ao permitido, haveria base para absolvê-lo” [tradução livre]²³⁹. No *Caso do caminhão*, a superação da norma redutora de perigo teria incrementado, de modo juridicamente relevante, a possibilidade de um acidente mortal.²⁴⁰

²³⁶ O comportamento alternativo correto não se confunde com a causalidade hipotética, na qual o que está em questão “é o agente ter produzido o resultado numa hipótese em que, se não tivesse actuado, o resultado surgiria em tempo e sob condições tipicamente semelhantes por força de uma *acção de terceiro* ou de um *acontecimento natural*” [grifos do autor] (FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal: parte geral*. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 342). Diferencia-os, também, Paulo de Sousa Mendes, para quem o comportamento alternativo correto é apenas conjectural, ou seja, ele nunca existiu, nem nunca teria existido, já que, no contexto fático, o agente atuou ilicitamente. Por outro lado, a causa virtual consiste, para o autor, numa projeção imaginária de efeitos lesivos, embora similares aos que aconteceram de fato; cf. SOUSA MENDES, Paulo de. Relevância negativa da causa virtual em sede de imputação objetiva. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 74, p. 133-169. São Paulo. Setembro/Outubro de 2008, p. 145-148.

²³⁷ Ao ultrapassar um ciclista, o condutor do caminhão não observou a distância regulamentar lateral. Durante a manobra, o ciclista, fortemente embriagado, girou a bicicleta à esquerda, devido a um curto-circuito provocado pelo álcool. Diante disso, acabou caindo sob as rodas traseiras do reboque do caminhão. No processo, comprovou-se que, provavelmente, o acidente teria acontecido, ainda que o motorista do caminhão tivesse observado a separação lateral, suficiente de acordo com as normas de tráfego. Retiramos o caso de ROXIN, Claus. *Derecho Penal - Parte General: Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Tradução espanhola de Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 379.

²³⁸ Numa anestesia, o médico aplicou cocaína no paciente, em vez da novocaína, que era considerada a correta para o tratamento. O paciente morreu. Na autópsia, foi descoberta uma particular e estranha anomalia física, que acometia o paciente em sua glândula linfática e rejeitaria, por conseguinte, qualquer tipo de anestésico. Destarte, ainda que o médico tivesse adotado o procedimento correto, o resultado igualmente teria, com probabilidade, acontecido. O exemplo foi retirado, com leves modificações, de CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Injusto e imputación objetiva en el delito imprudente*. Tomo II. (Tese). Barcelona: [N.I.], 1988, p. 528.

²³⁹ ANARTE BORRALLA, Enrique. *Causalidad e imputación objetiva en derecho penal*. Huelva: Universidad de Huelva, 2002, p. 263. Sublinhemos a ressalva de Kindhäuser: se o resultado deve ser precedido por fatores de risco relevantes, então nenhum resultado dispensará o incremento do risco. Como é possível matar alguém – questiona o autor – sem ter incrementado o risco da sua morte? Assim sendo, o requisito do incremento do risco parece tão supérfluo como a exigência da umidade da água que conduz a uma inundação; cf. KINDHÄUSER, Urs. Incremento del riesgo y disminución del riesgo. Traducción de Marcelo A. Sancinetti. In: SANCINETTI, Marcelo A. *Causalidad, riesgo e imputación*. 1. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2009, p. 583-584.

²⁴⁰ ROXIN, Claus. *Derecho Penal - Parte General: Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Tradução espanhola de Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 379.

Noutras palavras, a ultrapassagem, realizada de maneira contrária à distância considerada adequada, causou a morte, resultado que possivelmente não aconteceria se o condutor tivesse observado a norma de cuidado.²⁴¹ Em síntese, desde que o comportamento típico implique um perigo mais elevado, em comparação ao comportamento alternativo correto, piorando, dessa maneira, a situação do bem jurídico e lhe retirando – possivelmente – as chances de sobrevivência, ter-se-ia como obrigatória a imputação do resultado.²⁴²

O grau aproximado de certeza a respeito da (in)evitabilidade do resultado parece não apresentar maiores problemas.²⁴³ Problemas estes que começam a surgir naqueles contextos em que a conduta alternativa lícita teria evitado o resultado, não com um grau razoável de segurança, mas apenas possível ou provavelmente.²⁴⁴ Não desconhecemos a relevância do incremento do perigo na perspectiva *ex ante*. Entretanto, tomá-lo como base de imputação do resultado, o que implicaria o reconhecimento da sua importância em nível *ex post*, parece conduzir a um caminho não mapeado pelo nosso direito positivo. Do ponto de vista do Direito Penal, o resultado é um componente típico dos crimes materiais, e não uma condição objetiva

²⁴¹ BACIGALUPO, Enrique. *Manual de Derecho Penal*. Parte General. Bogotá: Editorial Temis, 1996, p. 100.

²⁴² GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 120-121. De acordo com Jescheck e Weigend, “a atuação perigosa, que tenha sido causal para o resultado típico, não pode permanecer impune pelo simples fato da impossibilidade de excluir, com toda a segurança, a hipótese de que o resultado também teria acontecido com uma intervenção cuidadosa” [tradução livre]; cf. JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal*. 5. ed. Tradução para o espanhol de Miguel Olmedo Cardenete. Granada: 2002, p. 630. Para Rudolphi, é indiscutível que, devido à sua elevada perigosidade, a ação contrária ao dever conduza a um perigo ao bem jurídico, que ultrapassa a medida do risco permitido. Desse modo, a imputação deve ser mantida, segundo o autor, quando o resultado se materialize de maneira possível ou provável, levando-se em conta a comparação com a conduta alternativa correta; cf. RUDOLPHI, Hans-Joachim. *Causalidad e imputación objetiva*. Traducción de Claudia López Díaz. Universidad Externado de Colombia: Bogotá, 1998, p. 45.

²⁴³ A demonstração de que o comportamento alternativo conforme ao direito conduziria, com segurança, ao mesmo resultado, exclui a imputação, pois então não se realizou a superação do risco permitido no curso real do acontecimento; nesse sentido, cf. ROXIN, Claus. *Derecho Penal - Parte General: Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Tradução espanhola de Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 379. Do mesmo modo, se, com grau de certeza, o comportamento alternativo conforme ao direito evitaria o resultado, então se deve imputá-lo ao agente; nesse sentido, cf. D’AVILA, Fabio Roberto. *Crime culposos e a teoria da imputação objetiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 62. Além do mais, em contextos de dúvida a respeito da própria criação do perigo, até mesmo os partidários da teoria do incremento do risco tendem a aceitar a aplicação do *in dubio pro reo*; cf., p. ex., JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal*. 5. ed. Tradução para o espanhol de Miguel Olmedo Cardenete. Granada: 2002, p. 630. No entanto, para Roxin, “frente a isso se deve insistir que o ordenamento jurídico não tem nenhum motivo para tolerar sequer uma conduta que possivelmente repasse os riscos dados no caso de observas as normas de cuidado” [tradução livre]; cf. ROXIN, Claus. *Derecho Penal - Parte General: Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Tradução espanhola de Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 382.

²⁴⁴ ROXIN, Claus. *Derecho Penal - Parte General: Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Tradução espanhola de Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 379.

de punibilidade.²⁴⁵ Em se admitindo o incremento do perigo, “os crimes de resultado deveriam ser entendidos como crimes de perigo condicionados pelo resultado”²⁴⁶. Diante disso, teríamos uma manipulação dogmática²⁴⁷ para imputar certas “tentativas culposas”²⁴⁸, independentemente do resultado típico, o que caracteriza inegável *versari in re illicita*.²⁴⁹ Por outro lado, a leitura pelo viés do Direito Processual Penal faz-nos pensar que, se a presunção de inocência (art. 5º, LVII, CF) irradia uma regra de julgamento, regra esta que deve motivar a absolvição em contextos de dúvida (*in dubio pro reo*),²⁵⁰ a imputação do resultado, quando

²⁴⁵ O que era sustentado, por exemplo, por Manzini: “nos delitos culposos a imputabilidade psíquica não diz respeito ao evento danoso ou perigoso, que, em regra, é de todo involuntário, mas sim à conduta ilícita que ocasionou, embora involuntariamente, o próprio evento. Isso, por conseguinte, pode ser considerado como uma condição de punibilidade do fato voluntário a título de delito culposos, e não como um elemento constitutivo do fato punível” [tradução livre]. Magalhães Noronha, por sua vez, aduz que é “o evento elemento constitutivo do fato típico e conseqüentemente (sic) do crime culposos. [...] A condição de punibilidade não está relacionada com a conduta humana, permanece fora de qualquer relação causal com esta [...]. Ora, no crime culposos é impossível negar-se a estreita causalidade, que tem relevância normativa, entre a ação e o resultado” (ambas as passagens se encontram em NORONHA, Edgard Magalhães. *Do crime culposos*. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 1974, p. 56). Nesse sentido, cf., entre outros, COSTA JR., Paulo José da. *Nexo causal*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 67-68.

²⁴⁶ JAKOBS, Günther. *Tratado de Direito Penal: Teoria do Injusto Penal e da Culpabilidade*. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 340. No mesmo sentido, cf. CANCIO MELIÁ, Manuel. *Líneas básicas de la Teoría de la Imputación Objetiva*. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, p. 98; REYES ALVARADO, Yesid. *Imputación objetiva*. Bogotá: Editorial Temis, 2005, p. 264-265. Para José Carlos Porciúncula, pelo fato de a teoria do incremento do risco pressupor o nexo causal entre a conduta e o resultado, seria equivocado o argumento da transformação de crimes de lesão em crimes de perigo [comentário que não o faz partidário da teoria do incremento do risco, destaquemo-lo]; cf. PORCIÚNCULA, José Carlos. *Lo “objetivo” y lo “subjetivo” en el tipo penal*. Barcelona: Atelier, 2014, p. 268.

²⁴⁷ Manipulação esta a infringir, inclusive, o princípio da legalidade (art. 5º, XXXIX, CF; art. 1º, CP), sobretudo no viés da taxatividade do tipo penal, pois “conceitos como o de ‘incremento notável do risco’ etc., por falta de ulterior precisão, abrem precisamente uma porta para o arbítrio, o que determina aplicação injusta do Direito; simplesmente porque, por ‘notável’, cada qual costuma representar como algo distinto. Dependerá o limite da punibilidade de um conceito tão difuso?” [tradução livre]; FRISCH, Wolfgang. *Comportamiento típico e imputación del resultado*. Traducción de Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 576. A instabilidade pode ser ilustrada a partir do exemplo de Feijóo Sánchez: o motorista conduz veículo automotor à velocidade de 53 km/h, em zona urbana cujo limite de velocidade é de 50 km/h; ele atropela um pedestre; nesse cenário, não se sabe, com o grau devido de certeza, se a direção correta teria evitado o resultado, ou o limite de velocidade teria reduzido o risco. Desse modo, 3 km/h a mais pode ser considerado um incremento considerável do perigo? A resposta é, no mínimo, duvidosa, e, nessas hipóteses de infrações leves, em âmbitos bem regulamentados – como é o trânsito viário –, a teoria do incremento do risco converte a imputação do resultado em algo automático, circunstância que representa, parece-nos, um caso de responsabilidade penal objetiva; cf. FEIJÓO SANCHEZ, Bernardo. *Teoria da imputação objetiva: estudo crítico e valorativo sobre os fundamentos dogmáticos e sobre a evolução da teoria da imputação objetiva*. Tradução de Nereu José Giacomolli. Barueri: Manole, 2003, p. 40-41.

²⁴⁸ FEIJÓO SANCHEZ, Bernardo. *Teoria da imputação objetiva: estudo crítico e valorativo sobre os fundamentos dogmáticos e sobre a evolução da teoria da imputação objetiva*. Tradução de Nereu José Giacomolli. Barueri: Manole, 2003, p. 42.

²⁴⁹ “[...] do fato de que se ultrapasse o risco tolerado não se deriva, em princípio, nada mais que uma conduta desaprovada, uma infração da norma de conduta subjacente ao tipo sancionatório; mas, para a imputação do resultado, esta circunstância nada significa, porque infração da norma de conduta e imputação do resultado são elementos do tipo sancionatório independentes e justapostos” [tradução livre] (FRISCH, Wolfgang. *Comportamiento típico e imputación del resultado*. Traducción de Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 573).

²⁵⁰ Cf., entre outros, BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 57-58; LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 96 e et seq.;

apenas possível ou provável a evitação pelo comportamento alternativo correto, deve ser afastada. Essa conclusão se impõe “não porque não concorra um comportamento desaprovado, mas porque não está provado que o resultado pode ser atribuído ao comportamento”²⁵¹. O que não significa exigir, para a imputação do resultado, o rigor absoluto de uma demonstração matemática,²⁵² mas um grau de segurança apreciado dentro da margem de erro inerente a uma apreciação normativa hipotética.²⁵³

VÁZQUEZ ROSSI, Jorge Eduardo. *Derecho procesal penal*. Tomo I. Conceptos generales. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 1995, p. 276.

²⁵¹ JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no Direito Penal*. 5. ed. Tradução de André Luís Callegari. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 94. De forma semelhante, cf. CEREZO MIR, José. *Curso de derecho penal español*. Parte General II. Teoría jurídica del delito. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1997, p. 170; D’AVILA, Fabio Roberto. *Crime culposo e a teoria da imputação objetiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 64; SANTORO FILHO, Antonio Carlos. *Teoria da Imputação Objetiva – Apontamentos Críticos à luz do Direito Positivo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 38; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandro. *Derecho penal: parte general*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar Sociedad Anónima Editora, 2002, p. 472, para quem haveria pena a um tipo de perigo que não existe na realidade, solução que violaria o *in dubio pro reo*, cujas consequências seriam intoleráveis. Na jurisprudência, cf. BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Criminal nº 70070159777*. Primeira Câmara Criminal. Relator: Des. Sylvio Baptista Neto. Redator: Jayme Weingartner Neto. Julgado em: 19/10/2016. Publicado em: 30/11/2016.

²⁵² DOSTOIÉVSKI, Fiódor. *Crime e castigo*. Tradução de Ivan Petrovitch e Irina Wisnik Ribeiro. São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 344. A passagem se refere a um diálogo entre os personagens Porfiri Pietróvitch e Raskólnikov, em que o primeiro afirma: “Ora, eu gostaria de dar ao meu inquérito o rigor absoluto de uma demonstração matemática; de ter uma prova indiscutível, tal como a afirmação de que dois e dois são quatro! Uma evidência clara e indubitável. Se eu prendesse esse indivíduo antes do tempo, ainda que eu estivesse certo de que é ele o autor do crime, privar-me-ia dos meios para ulteriormente estabelecer a sua culpabilidade”.

²⁵³ D’AVILA, Fabio Roberto. *Crime culposo e a teoria da imputação objetiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 65.

3 VITIMOLOGIA, VITIMODOGMÁTICA E A CONDUTA DA VÍTIMA NO SISTEMA DE IMPUTAÇÃO JURÍDICO-PENAL

3.1 VITIMOLOGIA E VITIMODOGMÁTICA

De acordo com Hassemer, “a vítima é sempre um participante necessário nas situações de delitos clássicos como furto, roubo, fraude, lesão corporal, homicídio ou injúria”²⁵⁴. A perspectiva da vítima²⁵⁵ ascende como uma variável político-criminal importante, sobretudo em épocas de medo crescente da criminalidade. Nesse cenário, há uma forte tendência de as pessoas colocarem-se na posição de futuras vítimas de crimes, situação que pode influenciar e pressionar a legislação penal.²⁵⁶ De fato, como observou Silva Sánchez, o Estado-Providência

²⁵⁴ HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do Direito Penal*. Tradução de Pablo Rodrigues Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2005, p. 110.

²⁵⁵ Ao abordarmos a conduta da vítima na estrutura de imputação, não estamos a tratar duma vítima propriamente dita, ou seja, à pessoa cujo bem jurídico foi afetado pelo comportamento criminoso. Pelo menos no âmbito de responsabilidade preferente da vítima (cf. *infra*, 4.2), o sujeito que decide autonomamente participar de uma atividade perigosa, da qual sobrevém alguma consequência lesiva, não pode ser considerado como vítima, até por faltar o caráter criminoso da conduta da outra pessoa envolvida. No entanto, preferimos manter os termos tradicionais (autor e vítima), pois substituí-los por outros poderia causar mais desentendidos do que acertos. Sobre a problemática de encontrar um conceito de vítima, cf. MOLINA, Antonio García-Pablos de. *Tratado de criminología*. 3. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, p. 127 et seq. O autor afirma que o conceito originário de vítima advém, justamente, da interação dos membros do binômio delincente-vítima. O autor ainda destaca, às ps. 182-183, que “a vítima não é uma ficção jurídica (o sujeito passivo ou titular abstrato do bem jurídico protegido), mas um protagonista do drama criminal, sujeito de direitos e destinatário – usuário – último do sistema, a quem este deve servir” [tradução livre]. Desse modo, exige-se, segundo o autor, um modelo de Justiça dual: a) *comunicativo*, no sentido de propiciar o diálogo entre as partes envolvidas no conflito (vítima e sistema, vítima e autor etc.). Ou seja, a vítima não pode ser vista como simples objeto de investigação, mas como uma partícipe ativa. Assim sendo, a própria ideia de ressocialização do autor revelar-se-ia utópica, caso não envolva o diálogo entre ele e a vítima: se o infrator sequer toma consciência do mal causado à vítima do crime que ele cometeu, tal fator impede, consequentemente, uma percepção pessoal e direta dos efeitos do delito; b) *resolutivo*, orientado mais ao autor do que à lei, de forma a resolver, efetivamente, os seus problemas. Desde o ponto de vista da vítima, isso significa que a reparação do dano produzido pelo crime se converte em um dos objetivos prioritários. A pena não soluciona os problemas da vítima, nem é útil para o delincente, tendo, além disso, um alto custo social. O sentido resolutivo apontado significa, ademais, que o sistema de Justiça criminal deve atuar como instrumento de solução de conflitos, operando um impacto pacificador das relações sociais e do clima social. Para uma exposição mais detalhada das raízes etimológicas da palavra “vítima” e da precisão do seu significado, cf. FONSECA, Ana Clara Montenegro. *Conduta da vítima de crime na dogmática penal: análise crítica sobre a posição da vítima na aferição da responsabilidade penal do autor à luz da vitimodogmática e da imputação à vítima*. 2009. 162 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2009, p. 20 et seq.

²⁵⁶ HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do Direito Penal*. Tradução de Pablo Rodrigues Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2005, p. 110. Destacando as consequências político-criminais desse aspecto, cf. CANCIO MELIÁ, Manuel. Reflexiones sobre la “vitimodogmatica” en la teoría del delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 25, p. 23-57. São Paulo: Janeiro/Março de 1999, p. 33-36. De acordo com Molina, “o medo infundado em relação à criminalidade – e à vitimização – costuma ser uma peça fundamental de conhecidos mecanismos psicossociais que manipulam, em momentos de crise, a realidade, no interesse de pretensões políticas interessadas” [tradução livre]; cf. MOLINA, Antonio García-Pablos de. *Tratado de criminología*. 3. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, p. 165. Aliás, em tempos de pandemia, esse medo pode ganhar novos contornos e ressignificações. Notemos a pequena acolhida da Recomendação nº 62 do CNJ, que aconselhou os juízes de execução penal a adotarem medidas de desencarceramento, durante a pandemia, para os

– ou Estado Social de Direito – produziu, paulatinamente, uma mudança de horizonte: da espada do Estado contra o desvalido delinquente passou-se para a interpretação da espada da sociedade contra a delinquência dos poderosos.²⁵⁷ Diante disso, tende-se a perder a visão do Direito Penal como instrumento de defesa dos cidadãos frente à intervenção coativa do Estado.²⁵⁸ O que produz um efeito ricochete, pois a relativização de princípios, garantias e regras de imputação, no âmbito da criminalidade dos poderosos, cedo ou tarde repercutirá na criminalidade em geral.²⁵⁹

De todos os modos, a teoria criminológica da vítima – a *vitimologia* – foi elaborada sistematicamente após a Segunda Guerra Mundial.²⁶⁰ A partir da expansão dos movimentos de direitos humanos no Pós-Guerra, iniciou-se uma etapa de redescobrimto da vítima²⁶¹⁻²⁶²

presos que se enquadrem nos grupos de risco, tais como idosos e gestantes, bem como de proteção para os servidores penitenciários. Nesse contexto, “as críticas da sociedade civil, repercutidas ou induzidas pela mídia, foram no sentido de que estaria havendo a libertação de criminosos com alta periculosidade, aumentando o risco social de ser vítima de um crime” (AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; VASCONCELLOS, Fernanda Bestetti de. Pandemia, encarceramento e democracia. P. 136-152. In: GIACOMOLLI, Nereu José (org.). *Ciências criminais e Covid-19* [livro eletrônico]. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 142).

²⁵⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001, p. 52-53.

²⁵⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001, p. 53.

²⁵⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001, p. 57-58.

²⁶⁰ HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do Direito Penal*. Tradução de Pablo Rodrigues Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2005, p. 111. Cf., também, MASI, Carlo Velho. Breves apontamentos sobre uma política criminal de (re)valorização da vítima. *Revista Jurídica*, ano 62, n. 438, p. 95-103. Abril de 2014, p. 97.

²⁶¹ “A redescoberta da vítima de crime, após longo período de evolução das Ciências Criminais, especialmente a partir dos movimentos de direitos humanos conseqüentes (sic) das duas grandes Guerras Mundiais, determinou o início do processo da sua revalorização e de seu reconhecimento como sujeito de direitos, despertando o interesse de vários campos do saber humano, inclusive o jurídico” (FREITAS, Marisa Helena D’Arbo de. Proteção legal das vítimas de crimes no direito brasileiro. In: FREITAS, Marisa Helena D’Arbo de; GALVÃO JÚNIOR, Roberto Faleiros (Orgs.). *Estudos contemporâneos de vitimologia*. São Paulo: UNESP, 2011. P. 9-25, p. 9). No mesmo sentido, cf. BARROS, Flaviane de Magalhães. A vítima de crimes e seus direitos fundamentais: seu reconhecimento como sujeito de direito e sujeito do processo. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, n. 13, p. 309-334. Vitória: Janeiro/Junho de 2013, p. 318 et seq., buscando um fundamento para essa preocupação na dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF); CANCIO MELIÁ, Manuel. Reflexiones sobre la “vitimodogmática” en la teoría del delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 25, p. 23-57. São Paulo: Janeiro/Março de 1999, p. 24, apontando repercussões desse “redescobrimto” no plano da política criminal, do processo penal e do direito penal material; MOLINA, Antonio García-Pablos de. *Tratado de criminología*. 3. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, p. 113 e p. 115 et seq., destacando que o redescobrimto da vítima não pretende reviver a vingança privada e que o *ius puniendi* deve manter-se nas mãos do Estado, sob um rigoroso controle e longe de preocupantes visões privatistas. Segundo Percy García Caveró, tal tendência – a de redescobrimto da vítima – deve ser entendida, no plano da dogmática penal, como o descobrimto da utilidade que tem a teoria da imputação objetiva na solução dos problemas envolvendo o comportamento da vítima; cf. GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho penal*. Parte general. 3. ed. Lima: Ideas Solución Editorial, 2019, p. 446.

²⁶² Na realidade, antes mesmo de 1945 foram elaborados alguns estudos relativos à vítima do crime. Na primeira e na segunda edição do livro de criminologia de Edwin Sutherland, lançada por volta de 1924, apareceu um capítulo intitulado “As vítimas do crime”. Em 1930, José R. Hernández Figueroa escreveu o primeiro livro completamente dedicado às vítimas de crime, intitulado “A proteção da vítima do delito”. Em 1937, Mendelsohn, ao escrever sobre a personalidade do criminoso, também recolheu dados sobre a vítima,

– o que não significa, necessariamente, um processo de melhora do tratamento da vítima do crime.²⁶³ De mais a mais, a vitimologia oferece conhecimentos, principalmente, sobre os seguintes aspectos: “a aptidão e a tendência a se tornar vítima; o processo de desenvolvimento da vítima; as relações da vítima com o autor; o prejuízo da vítima e a reparação; e profilaxia do crime por parte da vítima; as influências sociais no processo de vitimização; situações específicas da vítima”²⁶⁴. Em apertada síntese, ela pretende sistematizar os conhecimentos empíricos relativos à vítima.²⁶⁵

Em âmbito penal e processual penal, a posição da vítima é caracterizada, geralmente, por uma participação parcial, de somenos importância, afastada, por conseguinte, das questões penais consideradas mais graves.²⁶⁶ Mas isso teve a sua razão de ser. A *neutralização da vítima* ocorreu para conferir ao Estado o monopólio da pretensão acusatória e do direito de punir. Na Idade de Ouro, com as prerrogativas que lhe eram asseguradas, a vítima chegou a administrar o sistema punitivo como um tudo.²⁶⁷ No sistema de vingança privada, p. ex., a vítima concentrava as funções de acusar e de julgar, o que lhe permitia, conseqüentemente, aplicar a pena ao ofensor, por intermédio de vinganças muitas vezes excessivas.²⁶⁸ No Direito Germânico Medieval, havia o instituto da *perda da paz*, que possibilitava a punição do infrator por qualquer membro da comunidade, a qualquer tempo e em qualquer lugar.²⁶⁹ Uma vez condenado à perda da paz, o indivíduo “era tido como um inimigo no seio da própria comunidade e poderia ser punido em decorrência dos seus crimes, a qualquer momento, perdendo a tranquilidade e o sossego que o fizeram viver em comunidade”²⁷⁰. Diante disso,

palestrando na Romênia sobre os resultados encontrados e posteriormente os publicando no jornal belga “*Revue de Droit Penal et de Criminologie*”. Sobre esse panorama, cf. DUSSICH, John P. J. The Evolution of International Victimology and its Current Status in the World Today. *Revista de Victimología/Journal of Victimology*, n. 1, p. 37-81. Barcelona: 2015, p. 71 et seq.

²⁶³ Esta crítica é elaborada por Eser, direcionada à vitimodogmática, que perseguiria limitações da punibilidade e/ou de sanções para o autor, muito mais do que melhoras para a vítima; cf. ESER, Albin. Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 49, fasc. 3, p. 1021-1046. 1996, p. 1044.

²⁶⁴ HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do Direito Penal*. Tradução de Pablo Rodrigues Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2005, p. 111.

²⁶⁵ CANCIO MELIÁ, Manuel. Reflexiones sobre la “vitimodogmatica” en la teoría del delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminales*, n. 25, p. 23-57. São Paulo: Janeiro/Março de 1999, p. 26.

²⁶⁶ HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do Direito Penal*. Tradução de Pablo Rodrigues Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2005, p. 111.

²⁶⁷ PAIVA, Wallton Souza. *Vitimização, processo e reparação: reflexões sobre a participação da vítima na prevenção de delitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 31.

²⁶⁸ PAIVA, Wallton Souza. *Vitimização, processo e reparação: reflexões sobre a participação da vítima na prevenção de delitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 20. Cf., também, CASTELLANOS, Fernando. *Lineamientos elementales de Derecho penal*. México: Editorial Porrúa, 1977, p. 32.

²⁶⁹ PAIVA, Wallton Souza. *Vitimização, processo e reparação: reflexões sobre a participação da vítima na prevenção de delitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 30, nota nº 15.

²⁷⁰ PAIVA, Wallton Souza. *Vitimização, processo e reparação: reflexões sobre a participação da vítima na prevenção de delitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 30-31, nota nº 15.

através de um processo gradativo, iniciado no Renascimento, passando pelo Absolutismo, com a ideia de ofensa ao Soberano, pelo Iluminismo, sobretudo com Beccaria, e vertendo no ideal contemporâneo de proteção de bens jurídicos, “o controle do delito e a sanção do delinquente passaram a ser competência do Estado”²⁷¹. Dessa maneira, o Estado adquire o monopólio do poder de punir, de modo a obstar que a vítima imponha, por mãos próprias, uma pena, como castigo ao autor, em decorrência do interesse lesado.²⁷² Em outras palavras, “o Direito Penal estatal surge, precisamente, com a neutralização da vítima, dissociando-a da sua posição natural junto ao delinquente” [tradução livre]^{273, 274}.

²⁷¹ PAIVA, Wallton Souza. *Vitimização, processo e reparação: reflexões sobre a participação da vítima na prevenção de delitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 35. Cf., também, SIQUEIRA, Galdino. *Direito penal brasileiro*. Brasília: Conselho Editorial do Senado Federal, 2003, p. 23. Para uma leitura crítica dessa transposição, cf. ANITUA, Gabriel Ignacio. *História dos pensamentos criminológicos*. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 37 et seq.

²⁷² HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do Direito Penal*. Tradução de Pablo Rodrigues Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2005, p. 114, complementando, o autor (p. 124), que a neutralização da vítima “é uma característica essencial do Direito Penal estatal e um pressuposto para que o Direito Penal possa cumprir suas tarefas”. Esteban Righi acrescenta que o processo de neutralização da vítima foi favorecido pelo progressivo abandono das concepções retributivas da pena e da consequente substituição pelas teorias preventivas. Afinal, o Direito Penal preventivo mira ao futuro, o que implica centrar a atenção no delinquente (ressocialização, dissuasão etc.), e não, propriamente, na vítima; cf. RIGHI, Esteban. *Dogmática y política criminal de la víctima*. In: *Teorías actuales en el Derecho Penal*. Buenos Aires: Ad Hoc, 1998, p. 326. Cf., também, CANCIO MELIÁ, Manuel. Reflexiones sobre la “vitimodogmática” en la teoría del delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 25, p. 23-57. São Paulo: Janeiro/Março de 1999, p. 23-24.

²⁷³ MOLINA, Antonio García-Pablos de. *Tratado de criminología*. 3. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, p. 115.

²⁷⁴ Não ignoramos a importância da vítima, enquanto pessoa afetada, muitas vezes física e intelectualmente, pela conduta criminosa, no âmbito da discussão do fenômeno criminal. Pelo contrário, a vitimologia revela-se importante tanto na perspectiva *de lege lata*, como crítica à legislação vigente, quanto *de lege ferenda*, fornecendo os estudos empíricos que podem orientar o legislador a adotar medidas mais adequadas para a proteção das vítimas dos crimes. Molina destaca que “numerosas investigações empíricas fornecem uma valiosa informação sobre a aptidão e as propensões dos sujeitos para se converterem em vítimas do delito, relações entre delinquente e vítima (interação recíproca), danos que sofre a vítima do delito e mecanismos de reparação, programas de prevenção de delito dirigidos a certas vítimas, influências sociais no processo de vitimização e supostos científicos de vítimas, o comportamento da vítima – denunciante como agente do controle social penal (o que é decisivo para avaliar o funcionamento efetivo deste, a significação da ‘cifra negra’ etc.), intervenção e terapia de determinadas vítimas, vitimização ‘secundária’, autoproteção etc.” [tradução livre]. No entanto, a (re)valorização da vítima não pode associar-se a uma leitura antigarantista, desprezando os direitos e garantias individuais do acusado; cf. MOLINA, Antonio García-Pablos de. *Tratado de criminología*. 3. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, p. 114 e p. 118-119. Além do mais, a neutralização da vítima pode implicar o surgimento da *vitimização secundária*, que “ocorre quando as chamadas instâncias formais de controle (Polícia, Judiciário, Ministério Público etc.), consciente ou inconscientemente, agravam as consequências da vitimização primária, através de burocracias desnecessárias, desconfianças quanto aos relatos das vítimas que não raro ficam esperando longas horas para serem ouvidas, desinteresse em investigar o fato delituoso, demora na finalização do inquérito policial e do processo judicial [...]” (OLIVEIRA NETO, Emetério Silva de. *Vitimodogmática e limitação da responsabilidade penal nas ações arriscadas da vítima*. 2019. 274 f. Tese (Doutorado). Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito. Belo Horizonte, 2019, p. 35). Isso por considerá-la, muitas vezes, como simples objeto de prova para a reconstrução cênica. Basta pensarmos em casos de estupro, nos quais a vítima é obrigada a reviver todo o acontecido na audiência judicial, não recebendo o tratamento adequado e digno das autoridades durante o ato, causando-lhe ainda mais sofrimentos.

No que toca ao Direito Penal, o aspecto da vítima parece estar relacionado a uma questão fundamental, que é a proteção de bens jurídicos.²⁷⁵ Levando em conta, por ora, os bens jurídicos individuais, e, no que interessa ao trabalho, a vida, a integridade física e a saúde, há uma clara relação entre a vítima e o valor tutelado pela norma penal, pois o juízo de desvalor tem como base o fato praticado pelo autor contra o titular do bem jurídico.²⁷⁶ De mais a mais, os estudos vitimológicos também apontam que “existem certas vítimas que contribuem à produção da lesão ao bem jurídico de que são titulares, podendo ser consideradas, num sentido amplo, pelo menos parcialmente corresponsáveis por tal lesão” [tradução livre]²⁷⁷. Diante disso, Hassemer questiona: “Pode-se falar ainda da proteção dos bens jurídicos, se a própria ‘vítima’ notoriamente não dá nenhum valor a seus bens jurídicos, os quais ela mesma de modo efetivo e razoável podia proteger?”²⁷⁸. Essa pergunta permitiria agrupar as considerações sobre a vítima numa categoria própria de estudo, qual seja a *dogmática da vítima*,²⁷⁹ ou *vitimodogmática*.²⁸⁰ Em apertada síntese, a vitimodogmática teria o objetivo de analisar a relevância da conduta da vítima para a valoração jurídico-penal do comportamento do autor.²⁸¹

²⁷⁵ HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do Direito Penal*. Tradução de Pablo Rodrigues Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2005, p. 122. Cf. também, 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, p. 17. No mais, anotemos a observação de Eser, no sentido de que o abandono do ponto de partida individualista do delito, como lesão a um direito subjetivo, em favor da ampliação à teoria do bem jurídico, não necessariamente subjetivo, acarretou um processo de abstração da vítima individual, fator este que contribuiu para transformar a vítima numa *vítima da dogmática penal*; cf. ESER, Albin. Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 49, fasc. 3, p. 1021-1046. 1996, p. 1042.

²⁷⁶ Não exatamente com as palavras usadas, cf. HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do Direito Penal*. Tradução de Pablo Rodrigues Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2005, p. 122.

²⁷⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. La consideración del comportamiento de la víctima en la teoría jurídica del delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 34, p. 163-194. São Paulo. Abril/Junho de 2001, p. 166.

²⁷⁸ HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do Direito Penal*. Tradução de Pablo Rodrigues Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2005, p. 122.

²⁷⁹ Esta a expressão utilizada por HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do Direito Penal*. Tradução de Pablo Rodrigues Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2005, p. 121.

²⁸⁰ Esta a expressão utilizada por CANCIO MELIÁ, Manuel. Reflexiones sobre la “vitimodogmática” en la teoría del delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 25, p. 23-57. São Paulo: Janeiro/Março de 1999

²⁸¹ CANCIO MELIÁ, Manuel. Reflexiones sobre la “vitimodogmática” en la teoría del delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 25, p. 23-57. São Paulo: Janeiro/Março de 1999, p. 24. Acrescenta o mesmo autor (p. 27) que “a questão central que ocupa as aproximações vitimodogmáticas é a de determinar em que medida a ‘corresponsabilidade’ da vítima no acontecido pode ter repercussões sobre a valoração jurídico-penal do comportamento do autor” [tradução livre]. Na síntese de Elena Larrauri, “a vitimodogmática se preocupa com a contribuição da vítima no delito e a repercussão que isso deve ter na pena do autor, desde a sua total isenção de responsabilidade, com base no <<princípio de autorresponsabilidade>> da vítima, até uma atenuação da pena” [tradução livre]; cf. LARRAURI, Elena. *Victimología: ¿Quiénes son las víctimas? ¿Cuáles sus derechos? ¿Cuáles sus necesidades? Jueces para la democracia*, n. 15, p. 21-31. 1992, p. 24. Além do mais, a vitimologia e a vitimodogmática não são categorias sinônimas, distinguindo-se em plano valorativo (ser e dever ser, respectivamente), mas apresentando, contudo, um ponto em comum, que é o estudo do comportamento da vítima para a ocorrência do delito (embora a vitimologia não se limite apenas a este aspecto); nesse sentido, cf. OLIVEIRA NETO, Emetério Silva de. *Vitimodogmática e limitação da responsabilidade penal nas ações*

De acordo com Cancio Meliá, as aproximações vitimodogmáticas procuraram concreção por intermédio do chamado “princípio vitimológico”,²⁸² princípio este que funcionaria, metodologicamente, como uma máxima de interpretação teleológica dos tipos penais.²⁸³ O fundamento a legitimá-lo seria encontrado, segundo Schünemann, no princípio de *ultima ratio*, que demonstraria a impropriedade da intervenção penal nos casos em que a vítima pudesse autoprotoger-se, ou quando ela fosse encarregada da prevenção do próprio dano.²⁸⁴ Entretanto, a vitimodogmática aparece como um *bloco errático*, pois não integra ou relaciona as suas perspectivas às concepções dogmáticas já existentes.²⁸⁵ Além disso, o princípio de *ultima ratio* não explica o porquê e em qual momento o comportamento da vítima acarreta a menor gravidade do fato. De todos os modos, a vitimologia e a vitimodogmática possuem um papel importante na crítica de *lege ferenda*, fornecendo os dados empíricos relacionados aos danos causados às vítimas.²⁸⁶ Além disso, a vitimodogmática teve o mérito de chamar a atenção acerca de importantes problemas ligados à intervenção da vítima.²⁸⁷ No entanto, a debilidade da vitimodogmática surge na carência em fixar uma concepção dogmática geral, que não pode ser obtida para um problema isolado,

arriscadas da vítima. 2019. 274 f. Tese (Doutorado). Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito. Belo Horizonte, 2019, p. 25 e p. 28. Cf., no mais, SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. La consideración del comportamiento de la víctima en la teoría jurídica del delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 34, p. 163-194. São Paulo. Abril/Junho de 2001, p. 168.

²⁸² CANCIO MELIÁ, Manuel. Reflexiones sobre la “vitimodogmatica” en la teoría del delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 25, p. 23-57. São Paulo: Janeiro/Março de 1999, p. 39.

²⁸³ CANCIO MELIÁ, Manuel. Reflexiones sobre la “vitimodogmatica” en la teoría del delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 25, p. 23-57. São Paulo: Janeiro/Março de 1999, p. 39.

²⁸⁴ CANCIO MELIÁ, Manuel. Reflexiones sobre la “vitimodogmatica” en la teoría del delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 25, p. 23-57. São Paulo: Janeiro/Março de 1999, p. 39 e 46. Para Gómez Rivero, a vitimodogmática emprega incorretamente o princípio de subsidiariedade, o qual tem que ver com as medidas estatais de proteção, e não à própria tutela do indivíduo. Desse modo, a extensão do princípio de subsidiariedade às possibilidades de autoproteção do cidadão implicaria desconhecer, segundo Roxin, que os cidadãos estabeleceram o poder estatal precisamente para se desincumbirem das tarefas de proteção. Ao fim e ao cabo, a vitimodogmática excluiria o merecimento e a necessidade de proteção da vítima, o que é criticado por Luzón Peña; cf., respectivamente, GÓMEZ RIVERO, Carmen. Víctimas culpables: ¿Victimodogmática, dogmática penal o intuición? *Cuadernos de política criminal*, n. 113, II, Época II, p. 105-158. Setembro de 2014, p. 111; ROXIN, Claus. *Derecho Penal - Parte General: Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Tradução espanhola de Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 564-565; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Principio de alteridad o de identidad vs. principio de autorresponsabilidad. Participación en autopuesta en peligro, heteropuesta en peligro consentida y equivalencia: el criterio del control del riesgo. *Nuevo Foro Penal*, v. 6, n. 74, p. 58-80. Medellín. Janeiro/Julho de 2010. Disponível em: <https://bit.ly/38IEg4X>. Acesso em: 8 jul. 2020, p. 67-68. Quanto aos parâmetros que permitiriam estabelecer quais os meios de autodefesa que a vítima deveria ativar para ser considerada merecedora de tutela penal, cf. a exposição de VENTUROLI, Marco. *La vittima nel sistema penale. Dall’oblio al protagonismo?* Napoli: Jovene, 2015, p. 209, o que não significa que o autor – tampouco nós – adira a tais parâmetros e à ideia de autoproteção.

²⁸⁵ CANCIO MELIÁ, Manuel. Reflexiones sobre la “vitimodogmatica” en la teoría del delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 25, p. 23-57. São Paulo: Janeiro/Março de 1999, p. 44.

²⁸⁶ CANCIO MELIÁ, Manuel. Reflexiones sobre la “vitimodogmatica” en la teoría del delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 25, p. 23-57. São Paulo: Janeiro/Março de 1999, p. 56.

²⁸⁷ CANCIO MELIÁ, Manuel. Reflexiones sobre la “vitimodogmatica” en la teoría del delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 25, p. 23-57. São Paulo: Janeiro/Março de 1999, p. 56.

independentemente das bases da teoria do delito já existentes.²⁸⁸ Portanto, não é necessário recorrer a uma vitimodogmática, cabendo à própria dogmática do Direito Penal solucionar as questões normativas.²⁸⁹

3.2 A CONDOTA DA VÍTIMA NO SISTEMA DE IMPUTAÇÃO JURÍDICO-PENAL: PROPOSTAS DE ADEQUAÇÃO DOGMÁTICA

Os próximos tópicos terão o objetivo de analisar alguns dos institutos dogmáticos que pretendem oferecer uma resposta àqueles casos em que a vítima intervém no curso lesivo. Basicamente, seguiremos o exame realizado por Cancio Meliá²⁹⁰ e distinguiremos, neste momento, três categorias: a doutrina da concorrência de culpas, a contribuição à autocolocação em perigo e a heterocolocação em perigo consentida.

3.2.1 A doutrina da concorrência de culpas

No espaço de juridicidade espanhol, Cancio Meliá analisa a jurisprudência do TS.²⁹¹ Essa Corte, partindo do argumento da inexistência de compensação de culpas em Direito Penal, durante muito tempo negou o reconhecimento, pelo menos abertamente, a qualquer influência da intervenção da vítima no curso lesivo.²⁹² Uma parcela da doutrina e da jurisprudência brasileira ainda permanece apegada a esse rótulo. Na doutrina, costuma-se recorrer à indisponibilidade do Direito Penal e à natureza pública da pena, argumentos que amparariam a irrelevância da conduta da vítima à imputação.²⁹³ A jurisprudência trilha um

²⁸⁸ CANCIO MELIÁ, Manuel. Reflexiones sobre la “vitimodogmatica” en la teoría del delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 25, p. 23-57. São Paulo: Janeiro/Março de 1999, p. 56-57.

²⁸⁹ CANCIO MELIÁ, Manuel. Reflexiones sobre la “vitimodogmatica” en la teoría del delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 25, p. 23-57. São Paulo: Janeiro/Março de 1999, p. 57. No mais, cf. 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, p. 71 et seq.

²⁹⁰ CANCIO MELIÁ, Manuel. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas. 1997. 664 f. Tese (Doutorado). Universidad Autónoma de Madrid, Facultad de Derecho. Madrid, 1997, p. 112 et seq.

²⁹¹ Ressaltamos que a tese doutoral de Cancio Meliá data de 1997. Portanto, as decisões que ele analisou foram de anos anteriores. O entendimento do TS pode ter sido modificado ao decorrer desses anos.

²⁹² CANCIO MELIÁ, Manuel. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas. 1997. 664 f. Tese (Doutorado). Universidad Autónoma de Madrid, Facultad de Derecho. Madrid, 1997, p. 128. O autor utiliza a expressão “génesis del riesgo” em vez de “curso lesivo”. Optamos pela última expressão, por aparentar ser mais abrangente.

²⁹³ Exemplificativamente, cf. MASSON, Cleber. *Código penal comentado*. 3. ed. São Paulo: Método, 2015, p. 147; NORONHA, Edgard Magalhães. *Do crime culposo*. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 1974, p. 67. Com certa

caminho semelhante. Em recente decisão, embora monocrática, o STF chancelou que “no Direito Penal não se cogita de compensação de culpas ou da contribuição da vítima para análise da caracterização dos crimes culposos”²⁹⁴. O STJ, por sua vez, chegou a decidir que “eventual culpa da vítima, em virtude de estar em local não permitido, não elide a culpa do paciente, sendo de conhecimento que no direito penal não há se falar em compensação de culpas”²⁹⁵.

Posteriormente, a situação variou na jurisprudência TS com o advento da *doutrina da concorrência de culpas*, por meio da qual a vítima apareceu expressamente como fator determinante na valoração da conduta do autor.²⁹⁶ No RC nº 4.885/1990, p. ex., o TS optou em abandonar a terminologia “compensação” e acudir à “concorrência” de culpas,²⁹⁷ fenômeno que ocorre sempre que, nas palavras da Corte, “com a do agente, tenha coexistido ou confluído a [culpa] do ofendido ou das vítimas, contribuindo, concausalmente e em maior ou menor medida, à produção de um mesmo resultado lesivo” [tradução livre]²⁹⁸. De acordo com Cancio Meliá, admitiu-se a necessidade de valorar no plano causal, em certos casos, a concorrência de culpas ou de condutas da vítima e do autor.²⁹⁹ Nesse contexto, no RC nº 64/1989, o TS reputou necessário um estudo individualizado e separado das diversas causas desencadeantes, para, no plano comparativo, “determinar sua eficácia preponderante, análoga ou inferior, bem entendendo que se considerarão principais ou prevaletentes, no campo penal, as que forem reputadas verdadeiramente como originárias ou inicialmente propulsoras dos

mitigação, Damásio de Jesus afirmava que a culpa do ofendido não exclui a culpa do agente, mas admitia que, “aceita a teoria da imputação objetiva, a culpa da vítima, em alguns casos, exclui a responsabilidade pelo resultado”; cf. JESUS, Damásio de. *Direito penal*, volume 1: parte geral. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 345.

²⁹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário com Agravo nº 1.209.443/RS*. Relator: Min. Edson Fachin. Julgado em: 26/03/2020. Publicado em: 31/03/2020. Disponível em: <https://bit.ly/34Nx46s>. Acesso em: 9 out. 2020.

²⁹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus nº 445.096/SP*. Quinta Turma. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Julgado em: 15/05/2018. Publicado em: 24/05/2018. Disponível em: <https://bit.ly/2KVwxbH>. Acesso em: 9 out. 2020.

²⁹⁶ CANCIO MELIÁ, Manuel. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas. 1997. 664 f. Tese (Doutorado). Universidad Autónoma de Madrid, Facultad de Derecho. Madrid, 1997, p. 134.

²⁹⁷ Há uma linha tênue entre os efeitos práticos da concorrência e da compensação de culpas. Tanto que o próprio TS reconheceu que “os estudos jurídicos sobre a concorrência ou a compensação de culpas pecam, muitas vezes, pela extrema sutileza em diferenciar os termos verbais concorrer e compensar, porque se chega, na conclusão final, pela concorrência de culpas, a quase os mesmos efeitos que se demandavam pela via da compensação”; cf. ESPANHA. Tribunal Supremo. *Recurso de Casación nº 641/1988*. Sala de lo penal. Julgado em: 08/02/1991. Disponível em: <https://bit.ly/38Bq7qo>. Acesso em: 7 abr. 2020.

²⁹⁸ ESPANHA. Tribunal Supremo. *Recurso de Casación nº 4.885/1990*. Sala de lo penal. Julgado em: 25/02/1991. Disponível em: <https://bit.ly/3rziTMh>. Acesso em: 6 abr. 2020. Acrescentamos, entre colchetes, a palavra culpa, com o objetivo de melhor esclarecer o sentido da frase.

²⁹⁹ CANCIO MELIÁ, Manuel. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas. 1997. 664 f. Tese (Doutorado). Universidad Autónoma de Madrid, Facultad de Derecho. Madrid, 1997, p. 135.

sucessos” [tradução livre]³⁰⁰. Por outro lado, teriam caráter secundário as que meramente favorecessem o acontecimento.³⁰¹

A principal consequência da concorrência de culpas, ou, melhor dizendo, da menor ou maior “potência ou virtualidade” das condutas do autor e da vítima, consistiria na *degradação* da imprudência do autor, podendo, em alguns casos, chegar à eliminação total da sua culpa.³⁰² Esse efeito de degradação resulta claro na STS 1103/1984, do TS, ao destinar espaço para estabelecer que, “se a atuação do sujeito passivo se mostra como causa decisiva e eficiente do resultado, reputar-se-á [a conduta] do sujeito ativo como acidental e fortuita” [tradução livre]. Entretanto, se ambas as condutas apresentarem a mesma potência ou virtualidade, ou a conduta da vítima tiver uma influência causal, ainda que de menor relevância, então o autor deve ser reprovado pela ação imprudente que praticou, adequando o grau de culpa à maior ou menor eficácia causal da sua intervenção. Nessa sentença, o TS eximiu de responsabilidade o autor dos fatos, tendo como fundamento a repentina entrada de pedestres na rodovia em que ele circulava, sem exceder à velocidade máxima permitida, mencionando, inclusive, o princípio da confiança na decisão.³⁰³

Embora alguns dos tribunais brasileiros rechacem a compensação de culpas, eles permitem, em certas ocasiões, a atenuação do juízo de censura, em situações de culpa concorrente. Ao julgar um caso de homicídio culposo na direção de veículo automotor, o STJ enfatizou que “a culpa concorrente ou o incremento do risco provocado pela vítima não exclui a responsabilidade penal do acusado, pois, na esfera penal, não há compensação de culpas entre agente e vítima”. No entanto, admitiu que “tal fato pode repercutir na fixação da pena-base, no que diz respeito à circunstância judicial relativa ao comportamento da vítima”³⁰⁴. Há decisões mais radicais, negando qualquer relevância à conduta da vítima. Em Recurso de Apelação, o TJSC – ao que parece, em argumento *obiter dictum* – assentou que, “mesmo que houvesse possível concorrência de culpa, isso não evitaria o decreto condenatório, tendo em

³⁰⁰ ESPANHA. Tribunal Supremo. *Recurso de Casación n° 64/1989*. Sala de lo penal. Julgado em: 29/02/1992. Disponível em: <https://bit.ly/3pvdvI2>. Acesso em: 6 abr. 2020.

³⁰¹ ESPANHA. Tribunal Supremo. *Recurso de Casación n° 64/1989*. Sala de lo penal. Julgado em: 29/02/1992. Disponível em: <https://bit.ly/3pvdvI2>. Acesso em: 6 abr. 2020.

³⁰² CANCIO MELIÁ, Manuel. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas. 1997. 664 f. Tese (Doutorado). Universidad Autónoma de Madrid, Facultad de Derecho. Madrid, 1997, p. 138. Cf., também, JOSHI JUBERT, Ujala. Concurrency de culpas y conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 42, fasc. 2, p. 731-748. 1989, p. 734.

³⁰³ ESPANHA. Tribunal Supremo. *Sentencia del Tribunal Supremo n° 1103/1984*. Sala de lo penal. Julgado em: 04/07/1984. Disponível em: <https://bit.ly/2L0L9qe>. Acesso em: 6 abr. 2020.

³⁰⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus n° 193.759/RJ*. Quinta Turma. Relator: Min. Gurgel de Faria. Julgado em: 18/08/2015. Publicado em: 01/09/2015. Disponível em: <https://bit.ly/38KH5m8>. Acesso em: 9 out. 2020.

vista que na seara penal não há que se falar em concorrência de culpa”³⁰⁵. Em síntese, o consenso que aparenta haver entre os tribunais pátrios é de que o comportamento da vítima não afasta a responsabilidade penal do autor, porque não se admite a compensação de culpas em Direito Penal.³⁰⁶ E, mesmo em se admitindo a valoração do comportamento da vítima, ela não ocorre no contexto da causalidade, mas no momento de análise das circunstâncias judiciais (art. 59, CP).

Entretanto, a doutrina da concorrência de culpas, pelo menos na forma em que o TS a engendrou, confunde o problema da causalidade (ontológico) com o da imputação ao tipo objetivo (normativo-axiológico) e de suas correspondentes categorias.³⁰⁷ Desse modo, a base da construção teórica contém equívoco, circunstância que, se não a invalida, pelo menos coloca um *déficit* em termos de acertamento dogmático. Além disso, ela somente leva em consideração, na maior parte dos casos, condutas desenvolvidas independentemente umas das outras, ignorando os contextos de atividades conjuntas (cf. *infra*, 4.2).³⁰⁸ Outro ponto falho está no exacerbado grau de arbitrariedade, notadamente pelo uso de critérios como “eficácia preponderante” ou “prevalecente”.³⁰⁹

³⁰⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. *Apelação Criminal nº 2012.056626-8*. Segunda Câmara Criminal. Relatora: Des. Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer. Julgado em: 20/08/2013.

³⁰⁶ Nesse sentido, cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 951.249/PR*. Sexta Turma. Relator: Min. Rogério Schietti Cruz. Julgado em: 19/10/2017. Publicado em: 27/10/2017. Disponível em: <https://bit.ly/37QNZHj>. Acesso em: 9 out. 2020. (havendo menção, na fundamentação do acórdão, acerca da possibilidade da valoração do comportamento da vítima na análise das circunstâncias judiciais); BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Criminal nº 70062477617*. Terceira Câmara Criminal. Relator: Des. Sandro Luz Portal. Julgado em: 05/04/2017. Publicado em: 12/04/2017.

³⁰⁷ O que revela uma “normatividade oculta” da teoria da concorrência de culpas, como anotou CANCIO MELIÁ, Manuel. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas. 1997. 664 f. Tese (Doutorado). Universidad Autónoma de Madrid, Facultad de Derecho. Madrid, 1997, p. 181 et seq. Cf., também, JOSHI JUBERT, Ujala. Concurrência de culpas y conducción bajo la influencia de bebidas alcoholicas. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 42, fasc. 2, p. 731-748. 1989, p. 735; MINVIELLE, Beatriz Scapusio; LEMBO, Lina Fernández. Concurrência de culpas o concorrência de riesgos. *Revista de la Facultad de Derecho*, n. 15, p. 77-92. 2015. Disponível em: <https://bit.ly/37R4hJx>. Acesso: 14 set. 2020, p. 80, desde o ponto de vista do Direito Penal uruguaio.

³⁰⁸ CANCIO MELIÁ, Manuel. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas. 1997. 664 f. Tese (Doutorado). Universidad Autónoma de Madrid, Facultad de Derecho. Madrid, 1997, p. 139.

³⁰⁹ CANCIO MELIÁ, Manuel. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas. 1997. 664 f. Tese (Doutorado). Universidad Autónoma de Madrid, Facultad de Derecho. Madrid, 1997, p. 164, 166 e 172.

3.2.2 A contribuição à autocolocação em perigo e a heterocolocação em perigo consentida

Foi principalmente Roxin quem desenvolveu uma nova aproximação à problemática da intervenção da vítima, assentada, sobretudo, em delimitar os espaços em que ela ocupa uma posição central no acontecimento perigoso, daqueles outros em que somente está de acordo com a atividade.³¹⁰ De acordo com Roxin, com a realização de um perigo não coberto pelo risco autorizado permite-se, em geral, a imputação ao tipo objetivo. No entanto, quando o alcance do tipo, o fim de proteção da norma típica (ou seja, a proibição de matar, lesar, danificar etc.) não abranger os resultados da classe dos produzidos, em que o tipo não está destinado a impedi-los, a imputação deve ser excluída. O alcance do tipo tem importância, sobretudo, nos casos de cooperação em uma autocolocação em perigo e na heterocolocação em perigo consentida.³¹¹ Para uma melhor dinâmica da leitura, abordaremos ambas as categorias nos entretítulos a seguir, de maneira expositiva.

3.2.2.1 Contribuição à autocolocação em perigo

Alguém pode incitar ou cooperar para que outrem pratique ações consideradas mais perigosas, comparadas àquelas normalmente desenvolvidas. Exemplo: *A* aconselha *B* a atravessar um lago com gelo quebradiço; *B* realiza a conduta e se afoga. Diante disso, indaga-se a respeito da possibilidade de imputar o resultado ao cooperador. No âmbito de juridicidade alemão, Roxin responde negativamente, tendo como parâmetro o argumento *a maiori ad minus*: considerando que a participação no suicídio e na autolesão é, em princípio, impune, a mera contribuição à autocolocação em perigo também deve ser. Dessa maneira, se é possível provocar impunemente o mais (a autolesão), com maior razão é possível provocar o menos (a

³¹⁰ CANCIO MELIÁ, Manuel. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas. 1997. 664 f. Tese (Doutorado). Universidad Autónoma de Madrid, Facultad de Derecho. Madrid, 1997, p. 272. Luís Greco afirma que “outra conquista da teoria da imputação objetiva foi redescobrir a relevância do comportamento da vítima para a tipicidade”; cf. GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 66. No sentido de que a introdução do *topos* da autocolocação em perigo indicou a necessidade de incluir a conduta da vítima na apreciação penal, cf. FRISCH, Wolfgang. *Tipo penal e imputación objetiva*. Traducción de Manuel Cancio Meliá, Beatriz de la Gándara Vallejo, Manuel Jaén Vallejo e Yesid Reyes Alvarado. Madrid: Editorial Colex, 1995, p. 126.

³¹¹ ROXIN, Claus. *Derecho Penal - Parte General: Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Tradução espanhola de Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 386-387.

autocolocação em perigo). Portanto, o fim de proteção da proibição do homicídio não cobriria este caso; noutras palavras, o alcance do tipo não se estenderia a tais resultados.³¹²

O caso mais famoso de contribuição a uma autocolocação em perigo talvez seja o da *seringa de heroína*: “a vítima, conhecida como drogado, não conseguia mais comprar seringas em farmácia alguma. Ela recorre, portanto, ao autor, o qual compra as seringas. Os dois se injetam da droga, adormecem, e depois só o autor acorda, a vítima não”³¹³. O BGH afastou a imputação ao argumento de que “autocolocações em perigo queridas e realizadas de modo auto-responsável (sic) não estão abrangidas no tipo de um delito de lesões corporais ou homicídio, ainda que o risco a que a vítima conscientemente se expôs se realize”³¹⁴. Portanto, “quem apenas provoca, possibilita ou facilita uma tal autocolocação em perigo não é punível por delito de lesões corporais ou homicídio”³¹⁵.

Um dos requisitos para validar o afastamento da imputação em casos de autocolocação em perigo, ao lado do *domínio do fato* e da *responsabilidade da vítima*, demandaria, do sujeito, a *consciência do risco*, na mesma medida em que o cooperador. Concordando com a decisão do BGH, Roxin afirma que, ao perceber que a vítima não está plenamente consciente do alcance da sua decisão, o cooperador cria um risco não coberto pela vontade dela, risco este que, ao realizar-se no resultado, deve ser-lhe imputado.³¹⁶ Nesse cenário, incluem-se as situações em que a vítima tenha a sua imputabilidade consideravelmente reduzida. Para Roxin, se a pessoa que se autocoloca em perigo está plenamente consciente do risco e tem apenas diminuída a sua capacidade de inibição, a imputação deve ser excluída, já que a vítima permanece dona das suas decisões. Por outro lado, se o indivíduo que se autocoloca em perigo está com a sua capacidade de intelecção diminuída, de tal modo que não compreenda corretamente o risco, o resultado deve ser imputado ao cooperador.³¹⁷

³¹² ROXIN, Claus. *Derecho Penal - Parte General: Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Tradução espanhola de Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 387. Cf., também, RUDOLPHI, Hans-Joachim. *Causalidad e imputación objetiva*. Traducción de Claudia López Díaz. Universidad Externado de Colombia: Bogotá, 1998, p. 62.

³¹³ GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 67.

³¹⁴ GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 67.

³¹⁵ GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 67.

³¹⁶ ROXIN, Claus. *Derecho Penal - Parte General: Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Tradução espanhola de Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 391.

³¹⁷ ROXIN, Claus. *Derecho Penal - Parte General: Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Tradução espanhola de Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 391.

Da mesma forma, rompe-se a imputação, segundo Roxin, nos casos em que a vítima de uma lesão, mesmo consciente do perigo, decide rejeitar o auxílio que poderia salvar-lhe, por razões de crença religiosa ou ideológica. Exemplo: *B* é lesionado por *A* em um acidente de trânsito. Levado ao hospital, *B* rejeita a transfusão sanguínea que provavelmente lhe salvaria, por contrariar a sua crença religiosa. *B* não resiste aos ferimentos e morre. Nesse caso, *A* deve responder, apenas, pelas lesões corporais, e não pelo homicídio culposo. A não imputação do resultado morte deve-se à decisão consciente de *B*, que se autocolocou em situação de perigo próximo de morte.³¹⁸

3.2.2.2 Heterocolocação em perigo consentida

A heterocolocação em perigo consentida refere-se àqueles casos em que alguém, cômico do perigo, permite que outrem o coloque nessa situação.³¹⁹ O exemplo mais famoso talvez seja o do *barqueiro do Rio Memel*: o passageiro desejava que o barqueiro o transportasse pelo Rio Memel, durante uma tempestade. O barqueiro desaconselhou, advertindo-o dos perigos. O cliente insistiu, motivo pelo qual o barqueiro cedeu e empreendeu a atividade. No entanto, o barco afundou e o passageiro morreu afogado.³²⁰ A opinião dominante [pelo menos à época da tradução do manual] pretende solucionar os casos de heterocolocações em perigo consentidas de acordo com os princípios do consentimento do ofendido.³²¹ Entretanto, Roxin considera esta proposta impraticável, pois, ao permitir que outrem o coloque na situação de perigo, o sujeito dificilmente aceite o resultado, confiando num final feliz. Além do mais, o consentimento à mera colocação em perigo somente poderia excluir o injusto se o resultado não fosse, também, um componente que lhe é essencial.³²²

³¹⁸ ROXIN, Claus. *Derecho Penal* - Parte General: Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Tradução espanhola de Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 392.

³¹⁹ ROXIN, Claus. *Derecho Penal* - Parte General: Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Tradução espanhola de Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 393

³²⁰ ROXIN, Claus. *Derecho Penal* - Parte General: Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Tradução espanhola de Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 393.

³²¹ ROXIN, Claus. *Derecho Penal* - Parte General: Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Tradução espanhola de Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 394. Também observado por GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 71.

³²² ROXIN, Claus. *Derecho Penal* - Parte General: Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Tradução espanhola de Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 394.

Desse modo, a maneira correta de compreender a questão consistiria em verificar até que ponto o alcance do tipo abrange as heterocolocações em perigo consentidas. Para tanto, elas seriam impunes, segundo Roxin, desde que pudessem ser equiparadas às autocolocações em perigo,³²³ a demandar o preenchimento de três requisitos: 1º) o dano deve ser a consequência do risco corrido, e não de outros erros adicionais; 2º) a vítima deve ter o mesmo grau de responsabilidade pela atuação, em relação àquele que a coloca na situação de perigo; 3º) a vítima deve ter consciência do perigo, na mesma medida daquele que a coloca nessa situação. Preenchidos os requisitos, poder-se-ia dizer que a vítima “assumiu” o risco. Consequentemente, seria possível afastar a imputação, no caso do barqueiro, porque a vítima conhecia o risco em toda a sua extensão e o provocou conscientemente, além de o resultado ter decorrido do fator de perigo previamente conhecido.³²⁴

Nessa mesma categoria, Roxin engloba as hipóteses de contatos sexuais com risco de transmissão da AIDS. Considerando que a colocação em perigo parte exclusivamente da pessoa infectada, e o(a) companheiro(a) unicamente se expõe a ela, não se estaria diante de uma contribuição à autocolocação em perigo, mas, sim, de uma heterocolocação em perigo consentida. Portanto, o contato sexual – inclusive em se tratando de relação sexual mantida sem o uso de preservativo – seria impune se os companheiros estivessem informados do perigo do contágio e fossem conjuntamente responsáveis pela atuação. Em contrapartida, à pessoa infectada deveriam ser imputadas as consequências se ela ocultasse, ao seu parceiro ou parceira, o fato de estar contaminada.³²⁵

³²³ Destacamos, porém, que nem todos os casos de heterocolocação em perigo são impunes, já que, anota Roxin, a equiparação com a autocolocação em perigo “não é possível em caráter geral, porque aquele que se deixa colocar em perigo está mais exposto ao acontecimento em relação àquele que se autocoloca em perigo, que pode tentar dominar os perigos com as suas próprias forças” [tradução livre]; cf. ROXIN, Claus. *Derecho Penal - Parte General: Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Tradução espanhola de Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 395. Por isso a necessidade de recorrer aos pressupostos elencados para que a equiparação seja válida. Cf., também, CANCIO MELIÁ, Manuel. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas. 1997. 664 f. Tese (Doutorado). Universidad Autónoma de Madrid, Facultad de Derecho. Madrid, 1997, p. 276.

³²⁴ ROXIN, Claus. *Derecho Penal - Parte General: Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Tradução espanhola de Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 395. Mais recente, cf. ROXIN, Claus. *La heteropuesta en peligro consentida: ¿una discusión sin final?* Traducción de Beatriz Escudero García-Calderón. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 71, fasc. 1, p. 53-73. 2018.

³²⁵ ROXIN, Claus. *Derecho Penal - Parte General: Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Tradução espanhola de Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 396.

3.2.2.3 Análise crítica da distinção entre contribuição à autocolocação em perigo e heterocolocação em perigo consentida

Apresentaremos, nos tópicos subseqüentes, algumas das críticas endereçadas à contribuição à autocolocação em perigo e à heterocolocação em perigo consentida, centradas, basicamente, no argumento *a maiori ad minus* e na perspectiva do domínio do fato. Diante disso, procuraremos verificar a (im)possibilidade de adaptação e de aplicação dessas categorias ao direito positivo brasileiro.

3.2.2.3.1 O argumento *a maiori ad minus*

O argumento *a maiori ad minus* busca expressar que o direito ao mais abrange o direito ao menos. Trata-se, ao lado do *a minori ad maius* – se está proibido o menos, está proibido o mais –, de uma espécie de argumento jurídico *a fortiori* e *a pari*. Tais argumentos são geralmente usados com o propósito de estender o âmbito de aplicabilidade das normas existentes. Eles – *a fortiori* e *a pari* – constituem as duas espécies do chamado argumento por analogia.³²⁶ O argumento *a fortiori* atende à força da razão – se se permitem juros anuais de 12%, com maior razão (*a fortiori*) são permitidos juros anuais de 8%.³²⁷ Os argumentos *a pari* estendem uma solução normativa a casos diferentes dos já regulados, mas que com eles se encontram em paridade de circunstâncias.³²⁸ Procura-se um conceito comparativo, para determinar não só quando um objeto possui uma propriedade maior que a de outro, mas também equivalente.³²⁹ Noutras palavras, “cabe uma importância decisiva ao princípio da igualdade de tratamento do que é (segundo as valorações gerais do ordenamento jurídico) igual (ou de sentido idêntico)”³³⁰.

Por conseguinte, precisaríamos constatar dois elementos: em primeiro lugar, a característica comum de duas propriedades (supostos fáticos similares, que apresentam uma relação de gradação – do mais ao menos), para depois comprovar, em segundo lugar, que a

³²⁶ ALCHOURRÓN, Carlos E. Los argumentos jurídicos *a fortiori* y *a pari*. In: ALCHOURRÓN, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio. *Análisis lógico y Derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 3.

³²⁷ ALCHOURRÓN, Carlos E. Los argumentos jurídicos *a fortiori* y *a pari*. In: ALCHOURRÓN, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio. *Análisis lógico y Derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 10.

³²⁸ ALCHOURRÓN, Carlos E. Los argumentos jurídicos *a fortiori* y *a pari*. In: ALCHOURRÓN, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio. *Análisis lógico y Derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 19.

³²⁹ ALCHOURRÓN, Carlos E. Los argumentos jurídicos *a fortiori* y *a pari*. In: ALCHOURRÓN, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio. *Análisis lógico y Derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 19.

³³⁰ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 471.

ratio legis pode ser aplicada ao segundo suposto fático, ou seja, que não existem razões para excluir a incidência da *ratio legis*.³³¹ Expressando em termos jurídico-penais, tendo como parâmetro o modelo teórico de Roxin: a) a participação no suicídio é impune; b) a participação numa autocolocação em perigo é um suposto similar; c) a *ratio legis* da impunidade da participação no suicídio aplica-se, em maior medida, à participação numa autocolocação em perigo.³³² Entretanto, é preciso considerar que a relação de equivalência (S) para a elaboração do conceito comparativo, a partir do argumento *a pari*, tem que ser – abstraídos outros requisitos – simétrica. Uma relação S é simétrica quando a proposição seja equivalente à inversão dos seus polos; exemplo: $x - S - y$ apresenta simetria com $y - S - x$. A proposição pode ser representada por “Mário é cônjuge de Maria”, sendo certo, então, que “Maria é cônjuge de Mário”.³³³ As hipóteses de intervenção da vítima, por outro lado, não são simétricas: a participação no suicídio não é igual, ou, pelo menos, equivalente, à colaboração à autocolocação em perigo e à heterocolocação em perigo consentida.³³⁴

Além da impossibilidade de comparação lógica, o direito positivo coloca certos percalços ao reconhecimento do argumento *a maiori ad minus* para fundamentar a não punibilidade da colaboração à autocolocação em perigo. Afinal, em nosso espaço de juridicidade é punida a participação em suicídio e, inclusive, em automutilação. Di-lo o art. 122 do CP: “Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou a praticar automutilação ou prestar-lhe auxílio material para que o faça”. Portanto, a estrutura típica parece impedir a tentativa de

³³¹ CANCIO MELIÁ, Manuel. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas. 1997. 664 f. Tese (Doutorado). Universidad Autónoma de Madrid, Facultad de Derecho. Madrid, 1997, p. 296.

³³² CANCIO MELIÁ, Manuel. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas. 1997. 664 f. Tese (Doutorado). Universidad Autónoma de Madrid, Facultad de Derecho. Madrid, 1997, p. 297.

³³³ ALCHOURRÓN, Carlos E. Los argumentos jurídicos *a fortiori* y *a pari*. In: ALCHOURRÓN, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio. *Análisis lógico y Derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 20.

³³⁴ CANCIO MELIÁ, Manuel. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas. 1997. 664 f. Tese (Doutorado). Universidad Autónoma de Madrid, Facultad de Derecho. Madrid, 1997, p. 297. De acordo com Milenna da Cunha, “o argumento *a minori 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 morte [...]. É duvidoso, no entanto, que se possa indicar a maior ou menor gravidade de uma conduta autorreferente por meio de uma gradação entre dolo e culpa. Enquanto uma infração à norma legal e uma lesão a bem jurídico 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’”; cf. 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, p. 186-187. Em outras palavras, não há uma relação de gradação entre a participação no suicídio e a contribuição à autocolocação em perigo, que representa, antes, um *aliud* em relação àquela; nesse sentido, cf. PORCIÚNCULA, José Carlos. *Lo “objetivo” y lo “subjetivo” en el tipo penal*. Barcelona: Atelier, 2014, p. 273-274.

comparar, para efeitos de imputação, a participação em suicídio ou em automutilação à colaboração à autocolocação em perigo e, conseqüentemente, à heterocolocação em perigo consentida, a demonstrar a invalidade, entre nós, do argumento *a maiori ad minus*.³³⁵

3.2.2.3.2 A proposta de distinção pelo domínio do fato

A ideia de *domínio do fato*, entendida, aqui, como fundamento material, pretende distinguir e submeter a regimes jurídicos divergentes os casos de colaboração à autocolocação em perigo e de heterocolocação em perigo consentida.³³⁶ O traslado do domínio do fato ao âmbito da intervenção conjunta entre autor e vítima daria a entender que, na autocolocação em perigo, a vítima “domina” o acontecer perigoso, ao passo que, na heterocolocação em perigo, o domínio encontra-se nas mãos do terceiro interveniente.³³⁷ O próprio Roxin afirma que “aquele que se deixa colocar em perigo está mais exposto ao acontecimento em relação àquele que se autocoloca em perigo, que pode tentar dominar os perigos com as suas próprias forças” [tradução livre]³³⁸. No entanto, adverte-nos Cancio Meliá que “de entrada cabe

³³⁵ Nesse sentido, cf. MASCARENHAS JR., Walter Arnaud. *Aspectos gerais do risco na imputação objetiva*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008, p. 228; PORCIÚNCULA, José Carlos. *Lo “objetivo” y lo “subjetivo” en el tipo penal*. Barcelona: Atelier, 2014, p. 274; SILVA JÚNIOR, Délio Lins e. *Imputação objetiva e a conduta da vítima*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 156.

³³⁶ CANCIO MELIÁ, Manuel. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas. 1997. 664 f. Tese (Doutorado). Universidad Autónoma de Madrid, Facultad de Derecho. Madrid, 1997, p. 310. Para uma melhor análise da delimitação, cf. ROXIN, Claus. La polémica en torno a la heteropuesta en peligro consentida. Tradução de Enrique Peñaranda Ramos. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n. 1. Barcelona. Janeiro de 2013, p. 9 et seq.

³³⁷ CANCIO MELIÁ, Manuel. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas. 1997. 664 f. Tese (Doutorado). Universidad Autónoma de Madrid, Facultad de Derecho. Madrid, 1997, p. 310-311.

³³⁸ ROXIN, Claus. *Derecho Penal - Parte General: Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Tradução espanhola de Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 395. De todos os modos, Roxin parece não mais aderir – se é que, de fato, algum dia tenha aderido – à diferenciação entre as categorias da auto e da heterocolocação em perigo pela via do domínio do fato, que seria inadequada, por exemplo, nos crimes culposos, nos quais ninguém possui o domínio do fato, tendo em conta que o resultado é produzido contrariamente à vontade dos intervenientes; em outras palavras, o resultado não é controlado por ninguém. Desse modo, Roxin fê-lo depender – referimo-nos à diferenciação das categorias – de quem é responsável pelo perigo que conduz diretamente ao resultado: se o perigo provém da vítima, então há uma autocolocação em perigo; se provém de outra pessoa, então há uma heterocolocação em perigo consentida; cf. ROXIN, Claus. La heteropuesta en peligro consentida: ¿una discusión sin final? Traducción de Beatriz Escudero García-Calderón. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 71, fasc. 1, p. 53-73. 2018, p. 65. Observa-o, também, Angeli, ao mencionar que Roxin “rejeita a aplicação da teoria do domínio do fato como critério diferenciador, tendo em vista que nas situações de autocolocação e heterocolocação em risco não se pode falar que existe efetivamente um domínio dos fatos pelos sujeitos, mesmo entendido como domínio da colocação me (sic) risco”; cf. ANGELI, Ivan Wagner. *Ofendido e risco: autocolocação em risco e heterocolocação em risco consentida*. 2018. 320 f. Tese (Doutorado). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018. Disponível em: <https://bit.ly/2XxgvaV>. Acesso em: 11 jan. 2020, p. 134-135. O que parece remeter, em última análise, ao chamado *point of no return*, à “conduta que imediatamente desemboca em um curso causal que conduz, de forma irrevogável, à morte” (GRECO, Luís; KASECKER, Izabele.

duvidar da validade de uma construção dogmática que, depois de estabelecer duas categorias, dois grupos de casos nos quais são propostos tratamentos jurídicos distintos”, admite, logo em seguida, “que as fronteiras entre ambas careçam de uma definição conceitual clara e requeiram, pelo contrário, uma análise casuística” [tradução livre]³³⁹.

A proposta de distinção pelo domínio do fato esbarra, ademais, em outras dificuldades. A primeira delas é a *dificuldade de aplicação* dos diversos supostos fáticos a uma categoria ou outra, como acontece nos casos de transmissão do vírus HIV,³⁴⁰ do barqueiro do Rio Memel³⁴¹ e do *Caso do transporte de eleitores* (consistiria, este, numa contribuição à autocolocação em perigo, já que a vítima, consciente do risco e tendo o domínio do acontecer, decidiu, responsabilmente, autocolocar-se naquela situação?, ou seria uma heterocolocação em perigo consentida, já que a vítima deixou-se levar na carroceria do caminhão? [cf. o suposto fático *infra*, 4.1.1]). Isso gera certo *grau de instabilidade*, que facilita o processo de manipulação para enquadrar determinado suposto fático a quaisquer das duas categorias, da maneira que convier ao intérprete.³⁴²

Autocolocação em perigo e conhecimentos superiores: reflexões a partir de um recente caso da jurisprudência alemã. P. 131-141. In: PRADO, Alessandra Rapacci Mascarenhas; MELLO, Sebastian de Albuquerque; COELHO, Yuri Carneiro. *Novas perspectivas das ciências criminais: homenagem à Professora Maria Auxiliadora Minahim*. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 136).

³³⁹ CANCIO MELIÁ, Manuel. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas. 1997. 664 f. Tese (Doutorado). Universidad Autónoma de Madrid, Facultad de Derecho. Madrid, 1997, p. 322-323. Seguindo essa crítica, cf. PORCIÚNCULA, José Carlos. *Lo “objetivo” y lo “subjetivo” en el tipo penal*. Barcelona: Atelier, 2014, p. 280. Para Percy García Caverro, os casos de auto e de heterocolocação em perigo apresentam apenas uma diferença fenomenológica, que não teria nenhuma relevância normativa desde o ponto de vista do princípio da autorresponsabilidade; cf. GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho penal*. Parte general. 3. ed. Lima: Ideas Solución Editorial, 2019, p. 448.

³⁴⁰ GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora. *La responsabilidad penal de terceros en caso de suicidio, lesiones, y puestas en peligro de la vida y/o la integridad física asumidas voluntariamente por su titular*. 1998. 697 f. Tese (Doutorado). Universidad de Sevilla, Departamento de Derecho Penal y Procesal, Área de Derecho Penal. Sevilla, 1998, p. 39-40.

³⁴¹ Consideram-no como hipótese de contribuição a uma autocolocação em perigo, por exemplo, Schroeder e Corcoy Bidasolo; cf. CANCIO MELIÁ, Manuel. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas. 1997. 664 f. Tese (Doutorado). Universidad Autónoma de Madrid, Facultad de Derecho. Madrid, 1997, p. 327-330; PERIN, Andrea. La contribución de la víctima y la imputación objetiva del resultado en la teoría del delito imprudente. Un estudio comparado en materia de prevención de riesgos laborales. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 18. 2016. Disponível em: <https://bit.ly/2KV8GJb>. Acesso em: 1 jul. 2020, p. 22; PORCIÚNCULA, José Carlos. *Lo “objetivo” y lo “subjetivo” en el tipo penal*. Barcelona: Atelier, 2014, p. 280-281.

³⁴² CANCIO MELIÁ, Manuel. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas. 1997. 664 f. Tese (Doutorado). Universidad Autónoma de Madrid, Facultad de Derecho. Madrid, 1997, p. 332.

3.2.3 A necessidade de uma categoria específica: a imputação ao âmbito de responsabilidade preferente da vítima

A análise das propostas de adequação sistemática da influência da conduta da vítima na responsabilidade jurídico-penal do autor demonstrou que nenhuma delas está em condições de oferecer uma resposta satisfatória ao problema levantado. A doutrina da concorrência de culpas confere atenção, geralmente, a condutas organizadas em contextos independentes, distantes de um âmbito de organização conjunta. Além disso, ela valora a contribuição da vítima no plano da causalidade, o que nos parece incorreto, tratando-se, na realidade, de um problema normativo. A contribuição à autocolocação em perigo e a heterocolocação em perigo consentida apresentam, por exemplo, problemas de identificação e, conseqüentemente, de diferenciação entre uma e outra; lógicos, dada a problemática do argumento *a maiori ad minus*; e de direito positivo, tendo em conta que as razões para a não punibilidade, na Alemanha, não podem ser transpostas ao espaço de juridicidade brasileiro, dada a existência, entre nós, do crime de participação em suicídio ou em automutilação.³⁴³

Desse modo, surge a necessidade de procurar categorias, gerais ou específicas, que permitam sistematizar a contribuição da vítima na estrutura de imputação. Diante disso, dividiremos as possibilidades de intervenção da vítima em dois grupos. O primeiro deles refere-se às *atividades desenvolvidas em contextos de organização conjunta*, em que há uma interação prévia entre o autor e a vítima na organização e no desenvolvimento da atividade. O segundo, por sua vez, diz respeito às *atividades desenvolvidas em contextos organizados de forma independente*, em que não há uma interação prévia entre o autor e a vítima, no sentido de organização conjunta de uma atividade. Nesse cenário, elaboraremos uma categoria específica para o primeiro grupo, situada ao nível do comportamento típico, com critérios de específicos de delimitação da conduta proibida. Por outro lado, em se tratando do segundo grupo, bastam os critérios gerais de imputação, já desenvolvidos no primeiro capítulo, para solucionar os problemas decorrentes da intervenção da vítima no fato perigoso. De todos os

³⁴³ A crítica se centra mais no argumento *a maiori ad minus*, que talvez não seja suficiente para dispensar *tout court* as categorias da auto e da heterocolocação em perigo. O próprio Gimbernat Ordeig fundamenta tais categorias a partir do direito positivo espanhol, que guarda certa similitude com o brasileiro em relação ao assunto, concluindo que a participação em autocolocação em perigo é, em princípio, impune, ao passo que a heterocolocação em perigo consentida é, em regra, punível; cf. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Imputación objetiva, participación en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n. Extra 2, p. 75-100. 2004, p. 86 et seq. e p. 88 et seq. No entanto, preferimos seguir um caminho distinto em razão da dificuldade em subsumir determinadas condutas em uma categoria ou em outra. O que favorece a busca por uma solução única para os casos de organização conjunta da atividade perigosa entre o autor e a vítima.

modos, antes de estruturarmos dogmaticamente a imputação ao âmbito de responsabilidade preferente da vítima (primeiro grupo), procuraremos encontrar um fundamento que a justifique, um fundamento que forneça uma base sólida e permita o edificar dogmático.

O porquê da importância em avaliar a conduta da vítima na estrutura de imputação, sobretudo na delimitação de esferas de responsabilidade em casos de organização conjunta, obedece a uma necessidade de respeito às decisões autônomas. Etimologicamente, autonomia significa dar leis a si mesmo.³⁴⁴ Em Kant, autônomo é o sujeito que consegue guiar-se pelas leis da razão, estabelecendo a sua própria direção de vida, sem a pressão de influências externas. A autonomia consiste no princípio supremo da moralidade, motivo pelo qual o agir livre é o agir autônomo, cumprido *por* dever, de acordo com conceitos *a priori* extraídos da razão. A ação do sujeito deve ser guiada pelo imperativo categórico, de modo a permitir a sua universalização como lei da natureza. Cumprido esse requisito, ela será uma ação boa em si mesma. Por outro lado, a ação movida por inclinações ou por receio de censura, p. ex., não é uma ação autônoma e, portanto, moral. Nesse caso, não foi o sujeito quem deu a lei a si mesmo, sendo a sua vontade determinada por fatores externos. Assim sendo, a conduta praticada conforme ao dever, e não por dever, é heterônoma. A autonomia corresponderia ao princípio da moralidade e à liberdade interna. A heteronomia corresponderia ao princípio da legalidade e à liberdade externa.³⁴⁵

A teoria kantiana é, acima de tudo, uma *teoria da moralidade*, encontrando na autonomia da vontade o seu princípio supremo.³⁴⁶ Para que a autonomia não se desvaneça em mero apelo ético, i.e., como o conteúdo de uma decisão ou característica dos legisladores morais, é fundamental reconhecê-la como um direito.³⁴⁷ A ideia de autolegislação, segundo a qual o indivíduo tem o direito de fixar as suas próprias regras, está embutida no conceito da autonomia; “o respeito às suas leis, no entanto, não deve depender de seu conteúdo moral, mas sim do simples fato de serem genuínas e expressarem a verdadeira vontade de seu

³⁴⁴ CHAUI, Marilena. *Convite à Filosofia*. São Paulo: Ática, 2002, p. 338, na nota de rodapé.

³⁴⁵ No essencial, cf. KANT, Immanuel. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Traducción de José Mardomingo. Barcelona: Editorial Ariel. Comentários a respeito, cf. BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emmanuel Kant*. Tradução de Alfredo Fait. 2. ed. São Paulo: Mandarim, 2000, p. 101-103. De acordo com Höffe, “negativamente, a autonomia significa a independência de fundamentos determinantes materiais, positivamente a autodeterminação ou legislação própria”; cf. HÖFFE, Otfried. *Immanuel Kant*. Tradução de Christian Viktor Hamm e Valerio Rohden. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 219.

³⁴⁶ KANT, Immanuel. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Traducción de José Mardomingo. Barcelona: Editorial Ariel, 1999, p. 211.

³⁴⁷ SIQUEIRA, Flávia. *Autonomia, consentimento e direito penal da medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 68.

titular”³⁴⁸. Horizonte a projetar uma dimensão política da autonomia, permitindo reconhecer o indivíduo como partícipe do poder político e como titular de direitos. Nesse sentido, a autonomia, entendida como autodeterminação, significa a capacidade de escolher livremente o modo de organização e desenvolvimento do âmbito vital, sem que terceiros ou o Estado interfiram na liberdade de decisão do sujeito.³⁴⁹

Dessa forma, a decisão autônoma não depende da sua adequação moral, mas se foi tomada por um indivíduo competente para adotá-la, de acordo com os critérios estabelecidos pela ordem jurídica.³⁵⁰ No espaço de juridicidade brasileiro, a autonomia encontra amparo no direito geral de liberdade (art. 5º, *caput*, CF) e, sobretudo, na dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF),³⁵¹ da qual, desde a tradição kantiana, constitui fundamento.³⁵² A dignidade da pessoa humana, compreendida em conjunto com o direito geral de liberdade e o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, confere ao indivíduo o direito de organização do seu próprio âmbito vital, sem que interferências externas lhe prescrevam o que é certo ou errado. No entanto, sendo o ser humano um ser social e tendo, na intersubjetividade, o reconhecimento da sua autonomia, a convivência com outras pessoas reclama o estabelecimento de regras, principalmente no panorama do Estado de Direito. Diante disso, o exercício da autonomia pode ser limitado pela lei, quando extrapolar o âmbito da individualidade do sujeito e ofender os bens jurídicos e os interesses de terceiros.³⁵³ No mais,

³⁴⁸ SIQUEIRA, Flávia. *Autonomia, consentimento e direito penal da medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 68.

³⁴⁹ “[...] a autonomia confere aos indivíduos o poder de decidir por si próprios, permitindo que cada um determine seus valores e concepções de vida” (SIQUEIRA, Flávia. *Autonomia, consentimento e direito penal da medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 69). Para Ronald Dworkin, “os cidadãos adultos, com competência normal, têm um direito à autonomia, é dizer, um direito a tomar, por si próprios, decisões importantes, definidoras de suas próprias vidas” [tradução livre]; cf. DWORKIN, Ronald. *El dominio de la vida*. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual. Traducción de Ricardo Caracciolo e Victor Ferreres. Barcelona: Editorial Ariel, 1994, p. 290. Segundo Rodolfo Vázquez, o enunciado do princípio da autonomia individual parte da diferenciação entre duas dimensões da moral. “Uma delas está constituída pelas regras morais que se referem a nosso comportamento em relação aos outros, condenando aquelas ações que prejudiquem o bem-estar de terceiros ou ordenando a realização de outras que promovam os interesses alheios (moral intersubjetiva ou pública). A outra dimensão está constituída pelos critérios morais que definem os planos de vida individuais ou os modelos de virtude pessoal e permitem julgar as ações por seus efeitos no caráter moral do próprio agente, ainda que tais ações possam frustrar as expectativas de terceiros (moral autorreferente ou privada). O campo da moral privada constitui um limite infranqueável para terceiros, indivíduos ou Estado”; cf. VÁZQUEZ, Rodolfo. *Autonomia e responsabilidade individual*. In: CASADO, Maria (org.). *Sobre a dignidade e os princípios: análise da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos da UNESCO*. Tradução de Janaína de Azevedo Baladão. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2013, p. 235-236.

³⁵⁰ Nesse sentido, cf. SIQUEIRA, Flávia. *Autonomia, consentimento e direito penal da medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 67-68.

³⁵¹ Nesse sentido, cf. SIQUEIRA, Flávia. *Autonomia, consentimento e direito penal da medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 107.

³⁵² KANT, Immanuel. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Traducción de José Mardomingo. Barcelona: Editorial Ariel, 1999, p. 203.

³⁵³ Nesse sentido, cf. ANGELI, Ivan Wagner. *Ofendido e risco: autocolocação em risco e heterocolocação em risco consentida*. 2018. 320 f. Tese (Doutorado). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018. Disponível em:

acompanhamos a definição de Carlos Santiago Nino, que parece bem abranger os aspectos aqui esboçados:

[O princípio da autonomia da pessoa] prescreve que, sendo valiosa a livre eleição individual dos planos de vida e a adoção de ideais de excelência humana, o Estado (e os demais indivíduos) não deve interferir nessa eleição ou adoção, limitando-se a desenvolver instituições que facilitem a persecução individual desses planos de vida e a satisfação dos ideais de virtude que cada pessoa sustenta, bem como impedindo a interferência mútua no curso de tal persecução [tradução livre].³⁵⁴

Autonomia implica autorresponsabilidade, pois, ao mesmo tempo em que o indivíduo tem garantido o direito de livre organização do âmbito vital, é-lhe imposto o ônus preferencial das consequências dos seus atos.³⁵⁵ Além disso, a responsabilidade penal é pessoal, ou seja, o sujeito somente pode sofrer a censura penal pelas suas próprias condutas; noutras palavras, o acusado não pode responder por fatos de terceiros (art. 5º, XLV, da CF). Sentido em que se imbricam as ideias de responsabilidade pessoal e de autodeterminação, principalmente se levarmos em conta que a imagem do ser humano, refletida na Constituição, dota-o da

<https://bit.ly/2XxgvaV>. Acesso em: 11 jan. 2020, p. 71; 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, p. 75; LÓPEZ DÍAZ, Claudia. Acciones a propio riesgo. *Revista CENIPEC*, n. 25, p. 115-174. Bogotá: 2006, p. 139-140.

³⁵⁴ NINO, Carlos Santiago. *Ética y derechos humanos*. Un ensayo de fundamentación. 2. ed. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1989, p. 204-205. Outra definição interessante é-nos dada por Raylla Albuquerque e Volnei Garrafa, que entendem a pessoa autônoma, com amparo em Beauchamp e Childress, como o “indivíduo com capacidade de deliberar sobre questões pessoais e de atuar de forma consciente. Respeitar a autonomia de uma pessoa significa considerar seus valores, posições e opções, não impedir sua liberdade de ação (exceto quando esta trazer prejuízo a outras pessoas) e proporcionar todas as informações necessárias para que ela elabore juízo próprio”; cf. ALBUQUERQUE, Raylla; GARRAFA, Volnei. Autonomia e indivíduos sem a capacidade para consentir: o caso dos menores de idade. *Revista Bioética*, v. 24, n. 3, p. 452-458. 2016. Disponível em: <https://bit.ly/3pqt7N9>. Acesso em: 9 nov. 2020, p. 453.

³⁵⁵ Nesse sentido, cf. MARINHO, Renato Silvestre. *Princípio da autorresponsabilidade no Direito Penal*. 2013. 133 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Porto São Paulo, 2013, p. 47. Ressaltamos, porém, que o princípio da autorresponsabilidade não goza de reconhecimento geral na doutrina, nem a sua formulação é exata, inclusive entre os seus defensores; nesse sentido, cf. GÓMEZ RIVERO, Carmen. Víctimas culpables: ¿Victimodogmática, dogmática penal o intuición? *Cuadernos de política criminal*, n. 113, II, Época II, p. 105-158. Setembro de 2014, p. 129. Para Luzón Peña, p. ex., o princípio da autorresponsabilidade não teria uma base legal, constitucional ou principiológica que o fundamentasse, razão pela qual não seria possível deduzir um âmbito de responsabilidade preferente da vítima, tratando-se de uma petição de princípio. Além disso, Luzón Peña considera o princípio de autorresponsabilidade excessivamente geral e indeterminado, o que explicaria as várias diferenças entre as versões que lhe são dadas; cf. LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Principio de alteridad o de identidad vs. principio de autorresponsabilidad. Participación en autopuesta en peligro, heteropuesta en peligro consentida y equivalencia: el criterio del control del riesgo. *Nuevo Foro Penal*, v. 6, n. 74, p. 58-80. Medellín. Janeiro/Julho de 2010. Disponível em: <https://bit.ly/38IEg4X>. Acesso em: 8 jul. 2020, p. 68. Entretanto, o princípio de autorresponsabilidade tem uma base constitucional, o que já foi objeto de análise nas linhas acima. A delimitação de âmbitos de responsabilidade depende de critérios operativos e do exame do direito positivo, o que abordaremos e esclareceremos no próximo capítulo. Quanto às diferenças entre as versões, isso é ínsito, parece-nos, ao próprio debate acadêmico. É suficiente lembrar, v.g., dos diferentes modelos de imputação objetiva, propostos pela doutrina, cada qual com as suas devidas particularidades.

capacidade de autodeterminar-se.³⁵⁶ Nos delitos clássicos, como no homicídio e nas lesões corporais, a prática do fato criminoso supõe a existência de duas ou mais pessoas. Desse modo, parece-nos necessário dividir esferas de responsabilidade, de modo a englobar todos os intervenientes. Portanto, nos casos de atividades desenvolvidas em contextos de organização conjunta, a conduta da vítima poderá afastar a responsabilidade penal do autor, desde que preenchidos os critérios de imputação, que oportunamente serão elaborados.³⁵⁷ De mais a mais, Juarez Tavares sintetiza com clareza os aspectos que, até agora, foram abordados:

Tendo em vista o pluralismo de ideias, convicções e decisões acerca do agir, garantidas ao indivíduo como desdobramento da proteção à dignidade da pessoa humana, a intervenção do poder punitivo, *a contrario sensu*, só se pode legitimar 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. Isto quer dizer que a pessoa humana ao mesmo tempo em que tem assegurada sua dignidade, como objeto de proteção do Estado, impõe a este uma limitação quanto ao processamento da responsabilidade alheia sobre a base da liberdade de agir. Assim, ninguém deverá ser responsabilizado porque outrem decidiu, por conta própria, atuar de outro modo, ainda que se submetendo aos riscos de sua atividade. Embora se reconheça ao Estado um importante papel na regulação da vida social, não lhe cabe, todavia, a função de tutor das atividades individuais. Esta é a consequência que decorre da consideração do princípio da autodeterminação como fundamento de um regime de liberdade e garantia.³⁵⁸

Na companhia de Cancio Meliá,³⁵⁹ o núcleo da autorresponsabilidade pode ser estruturado do seguinte modo: *a)* a todo cidadão corresponde um âmbito de organização vital próprio, âmbito este que decorre do direito geral de liberdade e do livre desenvolvimento da personalidade; *b)* o titular do âmbito de organização vital é o responsável preferente pelos danos vinculados ao exercício da sua autonomia. Desse modo, a autorresponsabilidade é a resultante de duas perspectivas: da autonomia e da responsabilidade que lhe é correlata. Por conseguinte, o titular do bem jurídico tem a liberdade de agir, de tal modo a gerar um risco

³⁵⁶ CANCIO MELIÁ, Manuel. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas. 1997. 664 f. Tese (Doutorado). Universidad Autónoma de Madrid, Facultad de Derecho. Madrid, 1997, p. 446-447. Para Porciúncula, nas hipóteses de contribuição à autocolocação em perigo e de heterocolocação em perigo consentida – para utilizarmos a nomenclatura mais tradicional –, o cooperador estaria *contribuindo ao livre desenvolvimento de uma personalidad*; cf. PORCIÚNCULA, José Carlos. *Lo “objetivo” y lo “subjetivo” en el tipo penal*. Barcelona: Atelier, 2014, p. 271. No mais, cf. LÓPEZ DÍAZ, Claudia. *Acciones a propio riesgo*. *Revista CENIPEC*, n. 25, p. 115-174. Bogotá: 2006, p. 138, para quem a autodeterminação tem como pressuposto a responsabilidade pessoal.

³⁵⁷ A ideia é de CANCIO MELIÁ, Manuel. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas. 1997. 664 f. Tese (Doutorado). Universidad Autónoma de Madrid, Facultad de Derecho. Madrid, 1997, p. 447, ainda que as palavras do autor e as nossas não se identifiquem integralmente.

³⁵⁸ TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culpos*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 387.

³⁵⁹ CANCIO MELIÁ, Manuel. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas. 1997. 664 f. Tese (Doutorado). Universidad Autónoma de Madrid, Facultad de Derecho. Madrid, 1997, p. 449.

para os seus próprios bens. Entretanto, é-lhe imposta a responsabilidade preferente pelos eventuais danos, vinculados ao exercício do perigo assumido.³⁶⁰ O que não significa, frisemo-lo, que recaia sobre a vítima a responsabilidade penal pelo fato.³⁶¹ A atribuição à esfera de responsabilidade preferente refere-se às *consequências da decisão autonomamente adotada*.³⁶² Portanto, não temos o propósito de ampliar o âmbito de punibilidade, nem desproteger a vítima, mas sim elaborar parâmetros que permitam a sua introdução como sujeito responsável na discussão dogmática.³⁶³

³⁶⁰ CANCIO MELIÁ, Manuel. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas. 1997. 664 f. Tese (Doutorado). Universidad Autónoma de Madrid, Facultad de Derecho. Madrid, 1997 p. 450. Cf., também, GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho penal*. Parte general. 3. ed. Lima: Ideas Solución Editorial, 2019, p. 446; MARINHO, Renato Silvestre. *Princípio da autorresponsabilidade no Direito Penal*. 2013. 133 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Porto São Paulo, 2013, p. 47, que vincula o princípio da autorresponsabilidade ao direito à liberdade.

³⁶¹ Nem significa, por outro lado, que enlacemos o princípio de autorresponsabilidade à roupagem que lhe foi dada pelos partidários da vitimodogmática, ao abdicarem da proteção e da intervenção do Direito Penal naqueles casos em que o titular do bem jurídico possa autoprotoger-se com as suas próprias forças. A abordagem vitimodogmática tem uma origem meramente fática, a diferir do conteúdo normativo e valorativo que atribuímos ao princípio de autorresponsabilidade. Nesse sentido, cf. FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. 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*, 2. época, n. 5, p. 265-333. 2000, p. 303, que critica, p. ex., o fato de a vitimodogmática transformar a sociedade numa sociedade de desconfiança (p. 305); a confusão do princípio da subsidiariedade com a privatização dos conflitos (p. 305); bem como a maleabilidade e a consequente aplicação retórica dos aportes vitimodogmáticos pelos juízes (p. 306). Por isso, parece-nos de certa forma equivocada a interpretação que Oliveira Neto confere ao princípio de autorresponsabilidade, o qual exsurgiria, nas palavras do autor, “como uma obrigação derivada do dever de autopreservação, inerente à intimidade de cada indivíduo”. Além do mais, ao abordar a possibilidade de reconhecimento dos institutos vitimodogmáticos, ainda que sem expressa previsão legal, o autor considera incabível “o argumento que rechaça uma pretensa atuação *contra legem*, sobretudo quando, preservando-se a harmonia sistêmica, a interpretação do ordenamento jurídico ocorre de modo a beneficiar o imputado, sujeito mais fraco da relação jurídico-penal”; cf. OLIVEIRA NETO, Emetério Silva de. *Vitimodogmática e limitação da responsabilidade penal nas ações arriscadas da vítima*. 2019. 274 f. Tese (Doutorado). Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito. Belo Horizonte, 2019, p. 193 e p. 195. O uso do termo “autopreservação” transmite a ideia – ainda que possa não ser o objetivo do autor – de um abandono de tutela da vítima, no sentido de que, sendo ela autorresponsável, o Estado abdicaria da proteção dos seus bens jurídicos. O que não nos parece correto, tendo em vista que a segurança pública é dever do Estado e direito e responsabilidade de todos (art. 144, CF). A noção de autorresponsabilidade, da forma em que a propomos, não dispensa a proteção do Estado e, consequentemente, do Direito Penal. Ela garante ao sujeito a livre organização do âmbito vital e a possibilidade de participar de atividades perigosas, apenas retirando o desvalor de certas modalidades de conduta, que, à luz do bem jurídico e da autonomia individual, não conformam um injusto punível. Além disso, também não nos parece de todo correto afirmar que o imputado é o sujeito mais fraco na relação jurídico-penal. É-o, de fato, em se tratando de processo penal, já que o outro polo da relação processual é, em regra, o Estado. Nesse caso, a posição de inferioridade do acusado deve-se à sua submissão ao poder estatal. Entretanto, o emprego do termo “relação jurídico-penal”, tal como usado pelo autor, pode levar a confusões, passando a impressão de tratar-se de uma relação autor-vítima. Caso em que o autor geralmente encontra-se em posição de superioridade, como acontece em casos de estupro, sobretudo de vulneráveis, e de homicídio.

³⁶² Nesse sentido, cf. GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho penal*. Parte general. 3. ed. Lima: Ideas Solución Editorial, 2019, p. 446-447.

³⁶³ CANCIO MELIÁ, Manuel. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas. 1997. 664 f. Tese (Doutorado). Universidad Autónoma de Madrid, Facultad de Derecho. Madrid, 1997, p. 452.

A valorização da autonomia e da autorresponsabilidade nos permite superar uma visão paternalista³⁶⁴ de Direito Penal. Referimo-nos à superação do paternalismo rígido, que aceita como legítima a proteção de adultos competentes pelas consequências lesivas dos seus próprios atos, contra a sua vontade, ainda que as decisões tenham sido tomadas de maneira voluntária.³⁶⁵⁻³⁶⁶ Por outro lado, não nos opomos ao paternalismo suave, que permite ao

³⁶⁴ A raiz do termo paternalismo deriva do latim *pater*, que significa pai, representando “um tipo de comportamento de um superior sobre seu inferior, como o pai agindo sobre [o] comportamento do filho”; cf. MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo jurídico-penal*. 2010. 297 f. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010, p. 96; RIGOPOULOU, Maria. Traços paternalistas no direito penal da atualidade. Tradução de Marina Pinhão Coelho. *Revista Brasileira de Filosofia*, vol. LVI, fasc. 227, p. 343-358. Julho/Setembro de 2007, p. 344. A etimologia justifica o porquê de Macario Alemany coincidir o paternalismo com o *exercício de poder de um sujeito sobre outro*; cf. ALEMANY, Macario. El paternalismo médico. P. 745-788. In: GASCÓN ABELLÁN, Marina; GONZÁLEZ CARRASCO, M^a del Carmen; MARTÍNEZ, Josefa Cantero (coords.). *Derecho sanitario y bioética*. Cuestiones actuales. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 748. Em suma, “o paternalista é aquele que, na certeza de que sabe mais sobre o bem-estar de um terceiro do que ele próprio, impõe-lhe, de alguma forma, um padrão de conduta baseado em certos valores, de modo a ‘promover o seu bem’ mesmo que contra a sua vontade” (SIQUEIRA, Flávia. *Autonomia, consentimento e direito penal da medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 47). Diante disso, as intervenções paternalistas possuem duas características básicas: elas dizem respeito ao *bem do próprio atingido* (finalidade) e *contêm coerção* (meio para alcançar a finalidade); cf. HIRSCH, Andrew von. Paternalismo direto: autolesões devem ser punidas penalmente? Tradução de Helena Regina Lobo da Costa. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 67, p. 11-28. São Paulo. Julho/Agosto de 2007, p. 13. Em referência ao modo (interferência na liberdade) e à finalidade (bem-estar do indivíduo), cf. ALEMANY, Macario. El paternalismo médico. P. 745-788. In: GASCÓN ABELLÁN, Marina; GONZÁLEZ CARRASCO, M^a del Carmen; MARTÍNEZ, Josefa Cantero (coords.). *Derecho sanitario y bioética*. Cuestiones actuales. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 747. Flávia Siqueira ainda acrescenta a indiferença em relação à vontade do indivíduo afetado como uma das características do paternalismo rígido; cf. SIQUEIRA, Flávia. *Autonomia, consentimento e direito penal da medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 51. Para um detalhamento das características do paternalismo, cf. MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo jurídico-penal*. 2010. 297 f. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010, p. 100 et seq.

³⁶⁵ FEINBERG, Joel. *Harm to self*. The moral limits of the Criminal Law. New York: Oxford University Press, 1986, p. 12. Feinberg faz outras e importantes distinções e classificações a respeito do paternalismo, como o *paternalismo presumivelmente reprovável*, que protege adultos das suas próprias decisões, como se crianças fossem, e o *não reprovável*, que apenas restringe a liberdade decisória e de conduta em casos de impossibilidade de consentimento voluntário. O *paternalismo direto*, ou *casos de uma parte*, consiste na “utilização de sanções penais para a criminalização da conduta de uma pessoa que se autolesiona ou tenta se autolesionar” (HIRSCH, Andrew von. Paternalismo direto: autolesões devem ser punidas penalmente? Tradução de Helena Regina Lobo da Costa. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 67, p. 11-28. São Paulo. Julho/Agosto de 2007, p. 12). Já o *paternalismo indireto*, ou *casos de duas partes*, diz respeito aos contextos de atividades desenvolvidas entre duas pessoas. Reputam-se paternalistas essas situações quando o pedido ou o consentimento de uma pessoa à ação de outra não concede a esta a autorização legal para fazer aquilo que a primeira parte deseja ou está disposta a fazer. No entanto, ao realizar a vontade da primeira, haveria uma razão justificada para punir a segunda parte, diante da violação legal; cf. FEINBERG, Joel. *Harm to self*. The moral limits of the Criminal Law. New York: Oxford University Press, 1986, p. 5 et seq.

³⁶⁶ O paternalismo rígido carece de legitimidade para justificar a lei penal, notadamente pela não transcendência do comportamento a ser formalizado no tipo penal, entendida a não transcendência como a *falta de referência interpessoal própria do direito*; cf. BRITO, Alexis Couto de. *Imputação objetiva: crimes de perigo e direito penal brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 199 [ainda que não nesse contexto específico de fala]. Essa é a forma autêntica do paternalismo *não-liberal*, que fá-lo conflitar com o direito geral de liberdade. A restrição da liberdade individual, por meio do Direito Penal, em casos que não transcendam à esfera de organização do âmbito vital do sujeito, é ilegítima. Reflexão esta que permite ampliar o horizonte da discussão a respeito das condutas necessitadas de tutela jurídico-penal (cf. *supra*, 1.1.2). Com efeito, “o indivíduo não pode legitimamente ser compelido a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, porque tal seja melhor para ele, porque tal o faça mais feliz, porque na opinião dos outros tal seja sábio ou reto”. Dessa forma, “para justificar a coação ou a penalidade, faz-se mister que a conduta de que se quer desviá-lo tenha em mira causar dano a outrem”. Afinal,

Estado coibir a conduta autolesiva [e também a conduta perigosa] se, e somente se, essa conduta for substancialmente involuntária.³⁶⁷ Noutros termos, justifica-se a restrição da liberdade decisória da pessoa – e conseqüentemente do terceiro que com ela interage – nas hipóteses em que ela não goze de autonomia para exprimir livremente a sua vontade.³⁶⁸ Significa dizer que, ou a decisão derivou da vontade livre e consciente do sujeito, e é, portanto, autônoma, ou o sujeito foi instrumentalizado para agir de determinada maneira, sendo, assim, heterodeterminado. Autodeterminação e heterodeterminação assumem um papel

“sobre si mesmo, sobre o seu próprio corpo e espírito, o indivíduo é soberano”; citações entre aspas de STUART MILL, John. *Sobre a liberdade*. 2. ed. Tradução de Alberto da Rocha Barros. Petrópolis: Vozes, 1991, p. 53 et seq.; cf., também, FEINBERG, Joel. *Harm to self*. The moral limits of the Criminal Law. New York: Oxford University Press, 1986, p. 6-7; ESTELLITA, Heloisa. Paternalismo, moralismo e direito penal: alguns crimes suspeitos em nosso direito positivo. *Revista Brasileira de Filosofia*, vol. LVI, fasc. 227, p. 333-341. Julho/Setembro de 2007, p. 334; SIQUEIRA, Flávia. *Autonomia, consentimento e direito penal da medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 50. Dessa maneira, “num Estado laico assim axiologicamente orientado, não é tarefa do direito penal impor concepções morais aos cidadãos, mas apenas protegê-los das condutas de terceiros, ofensivas – danosas ou perigosas – aos bens jurídicos referidos a uma ou mais pessoas” [tradução livre]; cf. FALCINELLI, Daniela. Il consenso dell’aveute diritto nei percorsi del diritto penale “umano”. *Diritto Penale Contemporaneo*, n. 3-4, p. 289-313. 2014. Disponível em: <https://bit.ly/3nUV1QN>. Acesso em: 31 out. 2020, p. 294. Além do mais, “em modelo social baseado na autodeterminação, a intervenção paternalista fere a autonomia pessoal e torna-se, assim, carente de legitimidade, não lhe bastando a boa intenção para justificá-la”; cf. RIGOPOULOU, Maria. Traços paternalistas no direito penal da atualidade. Tradução de Marina Pinhão Coelho. *Revista Brasileira de Filosofia*, vol. LVI, fasc. 227, p. 343-358. Julho/Setembro de 2007, p. 344. O que nos permite concluir, com Rodolfo Vázquez, que “o argumento perfeccionista a favor de castigar a posse de drogas com o fim exclusivo de consumo pessoal – porque seu consumo degrada moralmente o indivíduo e o introduz ao vício –, está desqualificado pelo princípio de autonomia individual”; cf. VÁZQUEZ, Rodolfo. Autonomia e responsabilidade individual. In: CASADO, María (org.). *Sobre a dignidade e os princípios: análise da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos da UNESCO*. Tradução de Janaína de Azevedo Baladão. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2013, p. 236.

³⁶⁷ FEINBERG, Joel. *Harm to self*. The moral limits of the Criminal Law. New York: Oxford University Press, 1986, p. 12.

³⁶⁸ Na realidade, o paternalismo suave não é uma forma autêntica de paternalismo (somente o paternalismo rígido é, verdadeiramente, paternalismo), tendo em vista que o seu raio de incidência atinge pessoas não dotadas de autonomia, o que justifica a intervenção do Direito Penal; nesse sentido, cf. SIQUEIRA, Flávia. *Autonomia, consentimento e direito penal da medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 50. Afinal, como nos diz Cadoppi, ser antipaternalista não significa ser insensível aos sofrimentos humanos e às debilidades dos menos afortunados ou dos menos conscientes; cf. CADOPPI, Alberto. Paternalismo e diritto penale: cenni introduttivi. P. 223-237. In: *Criminalia: Annuario di scienze penalistiche 2011*. Pisa: Edizioni TDS, 2012, p. 233. Contudo, mantém-se a expressão pelo temor de um afastamento dos termos convencionais da discussão, razão pela qual abandonar a expressão “paternalismo suave” poderia ser mais confuso do que esclarecedor; nesse sentido, cf. FEINBERG, Joel. *Harm to self*. The moral limits of the Criminal Law. New York: Oxford University Press, 1986, p. 15-16. Além do mais, duas são as condições que, segundo Rodolfo Vázquez, devem ser observadas para justificar o paternalismo: “A primeira condição é empírica e está relacionada com a constatação fática da incapacidade do indivíduo. É possível dizer que um indivíduo é incapaz ao menos nos seguintes casos: 1) quanto ignora elementos relevantes da situação na qual precisa agir; 2) quando sua força de vontade é tão reduzida ou está tão afetada que não pode levar a cabo suas próprias decisões; 3) quando suas faculdades mentais estão temporária ou permanentemente reduzidas; 4) quando age de maneira compulsiva; 5) quando alguém que aceita a importância de um determinado bem e não deseja expô-lo ao perigo recusa-se a utilizar os meios necessários para protegê-lo, podendo dispor facilmente deles. A segunda condição necessária é do tipo normativo e está relacionada com o dever de intervir em função do interesse único do indivíduo e não de um terceiro, por exemplo, para evitar um dano a este” (VÁZQUEZ, Rodolfo. Autonomia e responsabilidade individual. In: CASADO, María (org.). *Sobre a dignidade e os princípios: análise da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos da UNESCO*. Tradução de Janaína de Azevedo Baladão. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2013, p. 236-237).

importante, auxiliando-nos a comprovar se a conduta praticada pelo sujeito envolvido em certa atividade foi, efetivamente, livre.³⁶⁹

³⁶⁹ Desse modo, autodeterminação e heterodeterminação assumem um sentido distinto daquele proposto por Kant. Para nós, o sujeito age autodeterminado quando a sua conduta decorre de uma decisão livre, consciente e voluntária, que corresponda a uma projeção do seu eu, da sua autonomia. Por outro lado, o sujeito age heterodeterminado quando a sua conduta decorre da vontade de terceiro, por intermédio, p. ex., de erro ou coação. Em última análise, a heterodeterminação quer significar que a escolha adotada pelo sujeito não corresponde à projeção da sua autonomia, não se tratando, por isso, de uma ação livre. Desse modo, o indivíduo pode agir autonomamente, mas *conforme ao* dever, e não *por* dever, respeitando o espaço da autonomia de terceiros, sem que isso implique em vontade heterônoma. Portanto, o importante é analisar os requisitos que o ordenamento jurídico empresta para avaliar o caráter autônomo da conduta.

4 A CONDUTA DA VÍTIMA NA ESTRUTURA DE IMPUTAÇÃO AO TIPO OBJETIVO

A conduta da vítima pode acarretar diversas consequências dogmáticas na estrutura de imputação, a depender do contexto e do significado do respectivo aporte. Parece-nos que a razão de levar em conta a importância do comportamento da vítima na estrutura de imputação – além dos aspectos relacionados à autonomia e à autorresponsabilidade – encontra abrigo no princípio de culpabilidade, de maneira a impedir que a violação inicial de uma prescrição normativa implique, automaticamente, atribuição de culpa – *lato sensu* – a todas as consequências daí decorrentes. A vedação ao *versari in re illicita* tem recepção normativa no art. 19 do CP, que condiciona a imputação do resultado agravador da pena ao agente que o houver causado, ao menos, culposamente.³⁷⁰ Enquanto parâmetro positivador da proibição do *versari in re illicita*, esse dispositivo parece permitir a inserção da conduta da vítima na valoração dos fatos imputados ao autor.³⁷¹ Além do mais, a responsabilidade por fato próprio ou responsabilidade pessoal (art. 5º, XLV, CF) também busca impedir a punição de alguém por fato que deva ser atribuível à vítima.³⁷²

³⁷⁰ De certa forma, cf. CAPEZ, Fernando. *Consentimento do ofendido e violência desportiva: reflexos à luz da teoria da imputação objetiva*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 144, para quem, “de acordo com a interpretação do art. 19 do CP brasileiro, é imprescindível que o agente tenha concorrido com dolo ou culpa (quando admitida)”.

³⁷¹ “Desse modo, no reconhecimento do princípio de culpabilidade – no sentido de exigir dolo ou culpa para que o autor responda penalmente – encontramos um primeiro argumento a favor do reconhecimento da conduta da vítima. Pois, se o autor apenas pode responder penalmente quando o resultado, no mínimo, tenha sido previsível, muitas vezes a intervenção da vítima provocará um resultado distinto daquele previsto pelo próprio autor” [tradução livre] (JOSHI JUBERT, Ujala. *Concurrencia de culpas y conducción bajo la influencia de bebidas alcoholicas*. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 42, fasc. 2, p. 731-748. 1989, p. 733). Além do mais, a valoração do comportamento da vítima pode evitar a possível imputação de todos os efeitos lesivos derivados – em sentido puramente causal – da conduta do autor; nesse sentido, cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La consideración del comportamiento de la víctima en la teoría jurídica del delito*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 34, p. 163-194. São Paulo. Abril/Junho de 2001, p. 178. No mais, também vinculando a imputação objetiva ao princípio de culpabilidade, cf. MIR PUIG, Santiago. *Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho penal*. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 5. 2003. Disponível em: <https://bit.ly/3hnu7Pe>. Acesso em: 1 jul. 2020, p. 11.

³⁷² Para Donini, por exemplo, a imputação objetiva é a categoria dogmática correspondente ao princípio da responsabilidade por fato próprio, tendo, como uma de suas consequências, a impossibilidade de imputar fatos atribuíveis à vítima; cf. DONINI, Massimo. *Imputazione oggettiva dell'evento*. “Nesso de rischio” e responsabilità per fatto proprio. Torino: Giappichelli, 2006, p. 19-20. De maneira semelhante, Venturoli visualiza na responsabilidade pessoal uma manifestação do *princípio de culpabilidade*, reconhecido no art. 27, comma 1, da Constituição Italiana, que “requer uma pontual individualização dos âmbitos de responsabilidade dos sujeitos que concorrem, com os seus respectivos comportamentos, à realização do crime; e isso também nos casos em que ocorreu uma forma de participação por parte da vítima” [tradução livre]. Além do princípio de culpabilidade, Venturoli recorre ao *princípio de ofensividade* para conferir importância ao comportamento da vítima: “não pode ser considerado punível um fato que apenas se torna ofensivo graças ao comportamento do sujeito passivo, é dizer, do titular do bem que foi lesado ou colocado em perigo” [tradução livre]. Diante disso, Venturoli refuta as teorizações vitimodogmáticas e, também, a autonomia do princípio de autorresponsabilidade; cf. VENTUROLI, Marco. *La vittima nel sistema penale*. *Dall'oblio al protagonismo?* Napoli: Jovene, 2015, p. 226-227. Por outro lado, Cuerda Riezu entende que o princípio de autorresponsabilidade não encontra

Nesse cenário, iniciaremos o capítulo mediante o agrupamento dos grupos de casos, que poderão nos auxiliar na aproximação da proposta; afinal, oferecer um caso – ou alguns – “é sempre a melhor forma de apresentar um problema jusdogmático”³⁷³. Se bem vemos, situá-los e expô-los no início do capítulo facilita uma abordagem mais didática do desenvolvimento das categorias dogmáticas ao decorrer do texto, de maneira a não atrapalhar a fluidez da leitura e possibilitar, assim, um processo de remissão às informações já capituladas. Os casos foram extraídos tanto da doutrina, nacional e estrangeira, quanto da jurisprudência dos tribunais brasileiros. Na sequência, abordaremos as múltiplas repercussões que a conduta da vítima pode acarretar na estrutura de imputação.

4.1 GRUPOS DE CASOS

4.1.1 Atividades praticadas em contexto de organização conjunta

1. Caso do racha: A e B decidiram realizar uma “corrida automobilística” – vulgo racha – em via pública. C acompanhou A como caroneiro. O motorista A conduzia o seu veículo logo atrás de B – ambos imprimindo velocidade excessiva –, quando, em determinado ponto da rodovia, acabou perdendo o controle do veículo e invadiu a pista contrária. Diante disso, colidiu contra o veículo conduzido por D, que transitava regularmente em sua mão de direção naquele momento. Em consequência do acidente, o caroneiro C faleceu.

Decisão: A e B foram denunciados pela morte de C, sendo-lhes imputada a prática de homicídio doloso (art. 121, CP), em coautoria. O júri desclassificou o homicídio doloso para o homicídio culposo na direção de veículo automotor (art. 302, CTB). Apesar disso, a juíza sentenciante reconheceu a culpa de ambos os motoristas e os condenou pela prática de homicídio culposo na direção de veículo automotor. Em segundo grau, o tribunal manteve a condenação, também reconhecendo a violação ao dever de cuidado, considerando a excessiva velocidade empregada. O tribunal também assentou que, “mesmo que houvesse falta de cuidado da vítima ou culpa de terceiro, no máximo, cogitar-se-ia de concorrência de culpas, o

fundamento no princípio constitucional da responsabilidade por fatos próprios, que se referiria à responsabilidade penal de quem praticou o fato, e não à vítima; cf. CUERDA RIEZU, Antonio. El principio constitucional de responsabilidad personal por el hecho propio. Manifestaciones cuantitativas. *Revista boliviana de derecho*, n. 9, p. 204-239. Janeiro de 2010, p. 234.

³⁷³ SOUSA MENDES, Paulo de. Crítica à idéia de “diminuição do risco” de Roxin. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 14, p. 102-118. São Paulo. Abril/Junho de 1996, p. 102.

que, no processo penal, não afasta a responsabilidade dos autores do fato (art. 29, “caput”, do Código Penal), tendo seu agir culposo concorrido para a morte da vítima”.³⁷⁴

2. *Caso da seringa de heroína*: “a vítima, conhecida como drogado, não conseguia mais comprar seringas em farmácia alguma. Ela recorre, portanto, ao autor, o qual compra as seringas. Os dois se injetam da droga, adormecem, e depois só o autor acorda, a vítima não”.

Decisão: “Considerou-se que o autor não teria criado risco juridicamente desaprovado de homicídio, em razão de ter limitado-se a participar em uma autocolocação em perigo, com a seguinte ementa: ‘Autocolocações em perigo queridas e realizadas de modo auto-responsável (sic) não estão abrangidas no tipo de um delito de lesões corporais ou homicídio, ainda que o risco a que a vítima conscientemente se expôs se realize. Quem provoca, possibilita ou facilita uma tal autocolocação em perigo não é punível por delito de lesões corporais ou homicídio’”³⁷⁵.

3. *Caso da seringa de morfina*: *A* e *B*, namorados, estavam num bar, local em que consumiram bebidas alcoólicas. Passado um tempo, decidiram retornar para casa e, ali chegando, injetar, por intermédio de uma seringa, morfina em seus corpos. A mulher, *B*, acabou morrendo, em decorrência da droga injetada em suas veias. No processo, não ficou comprovado se *A* aplicou a droga em *B*, ou vice-versa, ou se eles injetaram a seringa, pessoalmente, no próprio corpo. O perito concluiu que a punção venosa foi realizada sem violência, ou seja, por vontade própria, havendo o interesse da pessoa em inserir a seringa. Além disso, de acordo com o laudo pericial: não houve indícios que a vítima tenha sido forçada ou influenciada a ingerir bebida alcoólica e a fazer uso de morfina; *A* e *B* consumiram a droga de forma espontânea; o álcool aumentou o risco de overdose e de morte, ao ser misturado com a morfina. Por fim, *A* e *B* já consumiam morfina há, praticamente, quatro meses antes da ocorrência do fato.

Decisão: em primeiro grau, o autor dos fatos – *A* – foi denunciado por homicídio doloso, na modalidade de dolo eventual, e pronunciado. Na decisão de pronúncia, a magistrada considerou que *A* assumiu o risco de causar a morte de *B*, “ao supostamente preparar e/ou aplicar-lhe quantidade não-determinada de morfina, haja vista que tal hipótese

³⁷⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Criminal nº 70056581796*. Segunda Câmara Criminal. Relator: Des. José Ricardo Coutinho da Silva. Julgado em: 18/08/2016. Publicado em: 15/09/2016.

³⁷⁵ Suposto fático e decisão retirados de GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 67.

não foi descartada pelo próprio réu (que não se lembra se aplicou ou não a droga) e nem pela perícia”. Além do mais, com base no princípio *in dubio pro societate*, entendeu que caberia ao júri decidir a respeito do dolo, diante da dúvida existente a respeito de quem teria aplicado, efetivamente, a droga em quem. A defesa interpôs recurso em sentido estrito, requerendo a reforma da decisão. O Tribunal limitou-se a discutir o elemento subjetivo, concluindo que, no caso, não houve dolo eventual, tratando-se de crime culposo. Diante disso, determinou a remessa dos autos ao juízo competente, para julgamento do caso e eventual análise das teses da contribuição à autocolocação em perigo ou da heterocolocação em perigo consentida.³⁷⁶

4. *Caso da entrega de heroína*: “o acusado havia vendido à vítima uma determinada quantidade de heroína, que resultou ser de grande pureza, sem que o acusado conhecesse essa circunstância. A vítima morreu ao consumir a substância” [tradução livre].

Decisão: “O tribunal de instância condenou o acusado por um delito contra a saúde pública, mas o absolveu do homicídio, afirmando que a conduta do acusado, ao desconhecer o alto grau de pureza da heroína, não carregava um risco distinto do inerente ao tráfico”. A acusação recorreu ao TS. Este, por sua vez, rechaçou “a argumentação do tribunal de instância, afirmando que não há dúvidas de que a extraordinária concentração da substância vendida gera um risco de morte. Por outro lado, sustenta que o acusado estava obrigado a comprovar se as características da heroína que vendia se ajustavam ao habitual, no contexto da relação correspondente, já que o risco permitido, neste âmbito, deve ser determinado em atenção às expectativas do consumidor. Partindo da teoria da imputação objetiva, o TS chega à conclusão de que, neste caso, não existe uma autocolocação em perigo que pudesse excluir a imputação objetiva, já que as condutas dessa classe apenas permanecem fora do fim de proteção da norma se o sujeito que se autocoloca em perigo é consciente do risco ao qual se expõe” [tradução livre]³⁷⁷.

³⁷⁶ Tribunal de Justiça do Ceará. *Ação penal nº 0147530-07.2016.8.06.0001*. Comarca de Fortaleza. 1ª Vara do Júri. Magistrada: Danielle Pontes de Arruda Pinheiro. Julgado em: 6 nov. 2018. Disponível em: <https://bit.ly/2HI7aca>. Acesso em: 28 out. 2020 [decisão de primeiro grau]; BRASIL. Tribunal de Justiça do Ceará. *Recurso em Sentido Estrito nº 0147530-07.2016.8.06.0001*. 3ª Câmara Criminal. Relatora: Des. Marlúcia de Araújo Bezerra. Julgado em: 16/06/2020. Publicado em: 16/06/2020. Disponível em: <https://bit.ly/2WTtAuS>. Acesso em: 28 out. 2020 [decisão de segundo grau].

³⁷⁷ Suposto fático e decisão retirados de CANCIO MELIÁ, Manuel. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas. 1997. 664 f. Tese (Doutorado). Universidad Autónoma de Madrid, Facultad de Derecho. Madrid, 1997, p. 14-15.

5. *Caso da queda do telhado*: o pedreiro *X* foi contratado para construir fornos de cerâmica e calefação de goteira na propriedade de *Z*. Constatando que algumas telhas de um barracão estavam quebradas, *X* decidiu, por livre e espontânea vontade, realizar o conserto. Já em cima do telhado do barracão, *X* desequilibrou-se e caiu, o que resultou em seu óbito. *Z* não sabia que *X* realizaria o serviço de conserto das telhas, para o qual não havia sido contratado.

Decisão: *Z* foi condenado em primeira instância. O Tribunal, no julgamento da apelação, reconheceu a atipicidade da conduta de *Z*, pela ausência de previsibilidade do resultado, o que implicou em sua absolvição.³⁷⁸

6. *Caso do transporte de eleitores*: o condutor *A* transportava eleitores, com a devida autorização da Justiça Eleitoral, em veículo destinado a transporte de cargas, qual seja um caminhão com carroceria aberta e sem grades laterais. No caminhão, foram instalados bancos para que os eleitores viajassem acomodados. A condução ocorreu em rota de estrada de chão. Em determinado momento, quando o veículo ainda estava em movimento, o eleitor *B*, embriagado, levantou-se para urinar, caminhando até a traseira do caminhão. No entanto, ele perdeu o equilíbrio, caiu e faleceu em consequência da queda.

Decisão: o condutor do caminhão – *A* – foi absolvido em primeira instância. Em recurso de apelação, o Ministério Público alegou que o transporte das pessoas na carroceria do caminhão, em contexto de falta de segurança, configuraria hipótese de negligência, revelando-se suficiente para a condenação. O tribunal manteve a absolvição, considerando que, embora o veículo não fosse adequado para o transporte de passageiros, ele fora preparado para essa finalidade, respeitando a diligência cabida. Desse modo, a imputação foi afastada em face da autocolocação da vítima na situação de perigo, bem como por considerar que a conduta dela foi a causa exclusiva para o incremento do risco no resultado.³⁷⁹

7. *Caso da queda da carroceria*: *A* estava em um bar, na companhia de alguns amigos. Ao deixar o local, alguns deles solicitaram carona. O veículo que *A* conduzia era uma caminhonete. Um dos amigos, *B*, subiu na carroceria do automóvel. *A* lhe pediu que não ficasse na carroceria, já que ela não era segura. Além disso, *B* estava embriagado. Mesmo assim, *B* permaneceu nessa parte do veículo. Após deslocar-se por aproximadamente três

³⁷⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Apelação Criminal nº 1.0431.10.000189-7/001*. Segunda Câmara Criminal. Relator: Des. Renato Martins Jacob. Julgamento em: 20/03/2014. Publicação em: 31/03/2014. Disponível em: <https://bit.ly/2LSrhpH>. Acesso em: 21 dez. 2020.

³⁷⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Apelação Criminal nº 2.0000.00.364972-1/000*. Segunda Câmara Criminal. Relator: Des. Antônio Armando dos Anjos. Julgado em: 06/08/2002. Publicado em: 17/08/2002. Disponível em: <https://bit.ly/3jDEJsS>. Acesso em: 28 out. 2020.

quadras, A realizou manobra numa curva, momento em que B se desequilibrou, caiu e bateu a cabeça no asfalto, queda que resultou a sua morte. Não ficou comprovado se A conduzia o veículo em excesso de velocidade, ou se efetuou a curva de maneira brusca. Além do mais, A não possuía carteira nacional de habilitação.

Decisão: A foi condenado em primeira instância. No julgamento do recurso de apelação, o relator entendeu que A praticou uma conduta culposa, ao transportar a vítima na carroceria de sua caminhonete. Entretanto, o 1º Vogal abriu a divergência, considerando que o réu não teria superado o risco permitido, diante da não comprovação da imprudência na direção, além de haver autocolocação em risco pela vítima. Ademais, assentou que a falta de habilitação não consubstancia, por si só, a culpa. O 2º Vogal acompanhou o relator. O réu interpôs embargos infringentes. O relator do novo recurso entendeu correta a tese da autocolocação em risco, afirmando que, a despeito da infração administrativa (transporte na carroceria da caminhonete), não restou comprovada a conduta culposa do motorista. Ao final, a tese defensiva foi acolhida e o réu absolvido.³⁸⁰

8. *Caso do capotamento:* A e B estavam numa festa, finda a qual, A, proprietário do veículo, entregou-o à condução de B, que apresentava sinais de embriaguez. Durante o trajeto, B perdeu o controle do veículo e saiu de pista, capotando e colidindo. Em consequência do acidente, B faleceu.

Decisão: o tribunal considerou que, ao entregar a chave, A apenas colaborou à autocolocação em perigo de B, razão pela qual o resultado não estaria coberto pelo âmbito de proteção da norma. Diante disso, A foi absolvido pelo crime de homicídio culposo na direção de veículo automotor.³⁸¹

4.1.2 Atividades praticadas em contextos organizados de forma independente

1. *Caso do atropelamento:* o motorista A conduzia o seu veículo logo atrás do automóvel conduzido por B. Em determinado ponto da rodovia, o condutor B desviou para a pista central, com a finalidade de evitar o atropelamento de um pedestre que tentava

³⁸⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. *Apelação Criminal nº 0019667-76.2011.8.12.0001*. 2ª Câmara Criminal. Relator: Des. Carlos Eduardo Contar. Julgado em: 18/08/2016. Publicado em: 10/08/2016. Disponível em: <https://bit.ly/37ULdB6>. Acesso em: 30 ago. 2020; BRASIL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. *Embargos Infringentes e de Nulidade nº 0019667-76.2011.8.12.0001-50000*. 1ª Seção Criminal. Relator: Des. Dorival Moreira dos Santos. Julgado em: 21/03/2018. Publicado em: 26/03/2018. Disponível em: <https://bit.ly/37ULdB6>. Acesso em: 30 ago. 2020.

³⁸¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Criminal nº 70073316788*. Primeira Câmara Criminal. Relator: Des. Jayme Weingartner Neto. Julgado em: 25/04/2018. Publicado em: 18/05/2018.

atravessar a via. Diante disso, *A* não conseguiu evitar o acidente, atropelando o transeunte e causando a sua morte. A vítima era uma pessoa idosa, com 77 (setenta e sete) anos de idade. Ela atravessou a via em local não sinalizado por faixa de pedestres e em horário de grande fluxo de veículos. Além disso, havia uma passarela destinada à travessia de pedestres há poucos metros de distância do local do sinistro e uma obstrução física localizada no canteiro central – gradil metálico separando as mãos direcionais –, instalada para evitar a travessia dos transeuntes pela estrada. Por fim, o autor dos fatos não imprimia velocidade excessiva no momento do acidente.

Decisão: o autor dos fatos – *A* – foi condenado em primeira instância e absolvido pelo tribunal. No julgamento, o tribunal considerou imprevisível o comportamento imprudente da vítima (ausência de previsibilidade do resultado, que seria um requisito do crime culposos), argumentando ser possível confiar nos condutores e nos pedestres em relação à obediência das normas de trânsito (princípio da confiança). Além do mais, o tribunal destacou que o evento foi inevitável.³⁸²

2. *Caso do braço na janela:* o condutor do ônibus – *A* – realizou a ultrapassagem de outro coletivo, que estava parado para o embarque de passageiros. Durante a ultrapassagem, o passageiro *B*, que deixara o braço ao lado de fora da janela, acabou chocando com o outro ônibus, fraturando o membro superior direito. *B* foi socorrido e encaminhado ao hospital, local em que permaneceu internado pelo período de três meses, findo o qual faleceu, em decorrência de pneumonia e meningoencefalite consecutivas. Ademais, consta que *B* foi advertido por, pelo menos, três vezes pela cobradora do ônibus, a respeito da conduta de deixar o braço ao lado de fora da janela.

Decisão: o autor dos fatos – *A* – foi absolvido em primeira instância. Em recurso de apelação, o Ministério Público pugnou pela reforma da decisão, para condenar *A* por homicídio culposos, ou, subsidiariamente, para desclassificar para o crime de lesão corporal culposa. No entanto, o tribunal manteve a decisão absolutória. Na fundamentação do acórdão, o tribunal considerou que a vítima colocou-se em risco grave, presumindo-a experiente e advertida dos perigos do cotidiano, motivo pelo qual seria impossível que ela não tivesse a mínima noção ou determinação sobre o risco iminente a que expunha a sua integridade. Além disso, não haveria nenhuma regra impeditiva da ultrapassagem do veículo parado, tendo em conta que sequer ocorreu abalroamento entre os ônibus. Assim, a vítima teria violado o seu

³⁸² BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Apelação Criminal nº 1.0024.13.102061-2/001*. Primeira Câmara Criminal. Relatora: Des. Kárin Emmerich. Julgado em: 21/11/2017. Publicado em: 29/11/2017.

próprio dever de cuidado. Diante disso, o tribunal decidiu afastar a imputação objetiva [do resultado, conforme mencionado no acórdão], em razão da autocolocação da vítima em situação de perigo, criado por ela mesma, situação esta que não permitiria imputar ao autor a realização de uma conduta criadora de risco relevante e juridicamente proibido.³⁸³

3. *Caso da comissão de formatura*: a comissão de formatura de um curso de medicina organizou uma festa, na qual houve a distribuição de bebidas alcoólicas. Durante a festa, um dos convidados caiu na piscina, cuja profundidade era rasa, sendo que morreu afogado. A denúncia narrou que a vítima teria ingerido, além de bebidas alcoólicas, substâncias psicotrópicas, circunstância que, todavia, não foi cabalmente atestada em exame pericial.

Decisão: os membros da comissão de formatura foram denunciados pela prática de homicídio culposo por omissão imprópria. Na denúncia, o Ministério Público narrou que todos os representantes da comissão teriam dado causa ao resultado, mediante imprudência e negligência, supostamente decorrentes do fornecimento de bebidas alcoólicas e outras drogas. O tribunal considerou inexistir nexos causal entre a omissão dos membros da comissão e o resultado morte, já que a piscina não apresentava riscos para uma pessoa em condições normais, independentemente de saber nadar ou não, além de as condições apresentadas pela vítima, na dosagem alcoólica, não terem demonstrado haver impedimento para que ela reagisse e evitasse o afogamento. Além disso, o tribunal destacou que a organização de uma festa configura um risco permitido, sendo inviável exigir da comissão um rigor na fiscalização das substâncias ingeridas pelos participantes do evento. O tribunal também fez menção ao princípio da confiança. Diante disso, considerou atípica a conduta dos membros da comissão e, em se tratando de *habeas corpus*, determinou o trancamento do processo.³⁸⁴

4. *Caso do líquido cáustico*: “numa discussão de bairro, a acusada lançou em direção à vítima um líquido cáustico desengordurante, atingindo-a no rosto, no couro cabeludo e nos pavilhões auriculares. A vítima, em vez de lavar-se, permaneceu nas imediações do lugar e, somente após a insistência dos agentes de polícia que atenderam à chamada da acusada – uma hora e meia depois da ocorrência do fato –, ela aceitou buscar assistência médica. O líquido produziu feridas que tardaram o período de três meses para curar, deixando cicatrizes visíveis, mesmo após várias intervenções cirúrgicas, por meio das quais foram feitos enxertos nas

³⁸³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Apelação Criminal nº 0073125-18.2008.8.19.0001*. Oitava Câmara Criminal. Relator: Des. Gilmar Augusto Teixeira. Julgado em: 18/06/2009. Publicado em: 07/07/2009.

³⁸⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus nº 46.525/MT*. Quinta Turma. Relator: Min. Arnaldo Esteves Lima. Julgado em: 21/03/2006. Publicado em: 10/04/2006.

regiões afetadas. Conforme os fatos declarados e provados, nenhuma lesão teria sido produzida se a região afetada tivesse sido lavada com água” [tradução livre].

Decisão: “A Audiência condenou a acusada pela contravenção de maus-tratos e a absolveu pelo crime de lesões. O TS cassou a sentença de instância e a condenou pelas lesões, afirmando que não é possível falar, neste caso, de uma interrupção do curso causal pela atuação da vítima, já que esta ignorava as características do líquido com o qual ela havia sido atingida” [tradução livre]³⁸⁵.

4.2 A IMPUTAÇÃO AO ÂMBITO DE RESPONSABILIDADE PREFERENTE DA VÍTIMA. CONTEXTOS DE ORGANIZAÇÃO CONJUNTA DA ATIVIDADE PERIGOSA

Cada pessoa tem o direito de organizar o seu âmbito vital da maneira que reputar mais adequada, a partir daquilo que considera o ideal para o desenvolvimento da sua vida. Tudo o que acontece na esfera da vida privada do indivíduo compete, em princípio, única e exclusivamente a ele próprio. Noutras palavras, as decisões autônomas do sujeito devem ser respeitadas, tendo em conta que o ordenamento jurídico o reconhece como alguém dotado da capacidade de autodeterminação. Por isso, aliado à intersubjetividade que lhe é inerente, o ser humano tende a organizar aspectos da sua vida em comunhão com as demais pessoas, no sentido de compartilhar ideias e acontecimentos com os seus semelhantes.³⁸⁶ Portanto, o sujeito deve ser preferencialmente responsável pelas consequências oriundas dessa organização, na medida em que reflitam a escolha autônoma adotada.³⁸⁷ Por outro lado, em contextos de organização que não espelhem uma decisão autônoma, não é possível atribuir a responsabilidade preferente das consequências ao indivíduo.

Nesse contexto, parece-nos necessário delimitar os âmbitos de responsabilidade entre o autor e a vítima na organização conjunta de uma atividade. Na esfera da Teoria Geral do Direito e do Estado, Santi Romano define a organização como uma “distribuição de tarefas de

³⁸⁵ Suposto de fato e decisão retirados de CANCIO MELIÁ, Manuel. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas. 1997. 664 f. Tese (Doutorado). Universidad Autónoma de Madrid, Facultad de Derecho. Madrid, 1997, p. 20.

³⁸⁶ Nesse sentido, cf. LÓPEZ DÍAZ, Claudia. Acciones a propio riesgo. *Revista CENIPEC*, n. 25, p. 115-174. Bogotá: 2006, p. 142, para quem cada pessoa pode modelar a sua vida privada, pelas próprias mãos ou pelo regime de divisão de tarefas.

³⁸⁷ Nesse sentido, cf. CANCIO MELIÁ, Manuel. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas. 1997. 664 f. Tese (Doutorado). Universidad Autónoma de Madrid, Facultad de Derecho. Madrid, 1997, p. 488. Do mesmo autor, cf. CANCIO MELIÁ, Manuel. *Líneas básicas de la Teoría de la Imputación Objetiva*. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, p. 88.

modo que cada membro do grupo contribua, segundo suas próprias capacidades e competências, para a realização do fim comum”, distribuição esta “que não pode ser cumprida senão mediante regras de conduta”³⁸⁸. Quanto a nós, por comportamentos praticados em contextos de organização conjunta, compreenderemos aqueles casos em que a vítima empreende, juntamente com o autor, uma atividade com aptidão de lesionar o bem jurídico de sua própria titularidade.³⁸⁹ Dessa forma, os casos agrupados neste setor situam-se ao nível de análise do *comportamento típico*; noutras palavras, trata-se de uma categoria específica de exame do comportamento típico, com as suas devidas particularidades, a merecer, por isso, um desenvolvimento próprio.³⁹⁰⁻³⁹¹

O desenvolvimento a que nos referimos tem a finalidade de elaborar regras específicas de delimitação do comportamento proibido, de modo a definir em que casos a conduta da vítima pode ser considerada autorresponsável e influir, doravante, na valoração da conduta do

³⁸⁸ Cf. BOBBIO, Norberto. *Teoría da norma jurídica*. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru: EDIPRO, 2001, p. 35.

³⁸⁹ Semelhante a CANCIO MELIÁ, Manuel. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas. 1997. 664 f. Tese (Doutorado). Universidad Autónoma de Madrid, Facultad de Derecho. Madrid, 1997, p. 463. Bom lembrar que são dois os grupos de casos que chamaram a atenção da doutrina no que toca à intervenção da vítima. Por um lado, situam-se aqueles nos quais os fatores de risco que desembocam no resultado foram organizados conjuntamente entre a vítima e o autor. Por outro lado, debatem-se os supostos em que a conduta descuidada da vítima ocorre depois do comportamento do autor, que a lesa ou a põe em perigo. É ao primeiro grupo em que voltamos, agora, a nossa atenção; nesse sentido, cf. CANCIO MELIÁ, Manuel. *Líneas básicas de la Teoría de la Imputación Objetiva*. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, p. 86. No mais, cf. SILVA JÚNIOR, Délio Lins e. *Imputação objetiva e a conduta da vítima*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 161.

³⁹⁰ Também situando no âmbito do comportamento típico, ou “primeiro nível de imputação”, cf. CANCIO MELIÁ, Manuel. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas. 1997. 664 f. Tese (Doutorado). Universidad Autónoma de Madrid, Facultad de Derecho. Madrid, 1997, p. 496; FRISCH, Wolfgang. *Comportamiento típico e imputación del resultado*. Traducción de Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 165 et seq.; SILVA JÚNIOR, Délio Lins e. *Imputação objetiva e a conduta da vítima*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 166. Destacando a inconstância do posicionamento sistemático dos supostos de contribuição da conduta da vítima, na estrutura da imputação ao tipo objetivo, cf. ANARTE BORRALLÓ, Enrique. *Causalidad e imputación objetiva en derecho penal*. Huelva: Universidad de Huelva, 2002, p. 281 et seq., ainda que em referência à categoria do “âmbito de alcance do tipo”.

³⁹¹ Poderíamos ser questionados a respeito da localização sistemática da categoria que estamos a desenvolver e o porquê de tê-la situado ao nível do comportamento típico, o que implica uma análise de perspectiva *ex ante*, e não *ex post*, diferentemente do que acontece com o âmbito do alcance do tipo de que nos fala Roxin. As hipóteses de contribuição da vítima, em contextos de organização conjunta da atividade, se bem vemos, interferem no exame de proibição da própria conduta, não tendo imediata relação com o resultado. Noutras palavras, a influência da conduta da vítima empresta-nos parâmetros para avaliar se o comportamento do terceiro está proibido pelo Direito Penal. Por ora, basta anotarmos, em companhia de Milenna da Cunha, que “*o terceiro interveniente, por sua vez, cria ou incrementa um risco que, mesmo, em princípio, juridicamente desaprovado, somente por intermédio dessa conduta posterior [da vítima] pode realizar-se no resultado*” [grifo nosso] (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, p. 227). Portanto, a “conduta não está (apesar da assinalada possibilidade que lhe é inerente) desaprovada no sentido do tipo correspondente, i.e., não está desaprovada pelas normas de conduta que lhes servem de base” [tradução livre] (FRISCH, Wolfgang. *Tipo penal e imputación objetiva*. Traducción de Manuel Cancio Meliá, Beatriz de la Gándara Vallejo, Manuel Jaén Vallejo e Yesid Reyes Alvarado. Madrid: Editorial Colex, 1995, p. 128).

autor. A autorresponsabilidade representa uma projeção da autonomia da vontade e, portanto, da capacidade de autodeterminação. Desse modo, as consequências das decisões devem ser imputadas, em princípio, ao próprio sujeito que as tomou, desde que decorram de um ato de vontade livre e, em última análise, autônomo.³⁹² Assim sendo, considerando tanto o interesse em atuar dos demais, quanto o interesse na liberdade e no desenvolvimento de uma atividade daqueles que possivelmente podem ser lesionados, parece inevitável reconhecer um âmbito de responsabilidade preferente da vítima,³⁹³ âmbito ao qual devem ser imputadas as consequências da atividade organizada em conjunto com outrem. A categoria proposta pode ser nomeada de *imputação ao âmbito de responsabilidade preferente da vítima*,³⁹⁴ que nada mais é do que uma concreção do (genérico) princípio de autorresponsabilidade.³⁹⁵⁻³⁹⁶

³⁹² Jescheck e Weigend reconhecem a possibilidade de afastar a imputação, por intermédio do princípio da autorresponsabilidade, nos casos de *cocausação imprudente da autolesão* ou da *autocolocação em perigo alheia*, situação que excluiria a infração ao dever de cuidado em relação à pessoa que se autolesiona; cf. JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal*. 5. ed. Tradução para o espanhol de Miguel Olmedo Cardenete. Granada: 2002, p. 618.

³⁹³ FRISCH, Wolfgang. *Comportamiento típico e imputación del resultado*. Traducción de Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 170, ressaltando que o autor se refere, pelo menos na tradução espanhola, a um “âmbito de responsabilidade *exclusivo* da vítima”. Preferimos o termo “âmbito de responsabilidade preferente”, tendo em conta que será *preferível* atribuir à vítima as consequências da atividade, apenas quando preenchidas os critérios de delimitação do comportamento proibido, que logo a seguir serão esboçados. Destarte, as exceções à regra geral não tornam esse âmbito de responsabilidade exclusivo. Com a mesma rubrica, cf. CANCIO MELIÁ, Manuel. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas. 1997. 664 f. Tese (Doutorado). Universidad Autónoma de Madrid, Facultad de Derecho. Madrid, 1997, p. 465.

³⁹⁴ Esta é a nomenclatura dada à categoria desenvolvida por CANCIO MELIÁ, Manuel. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas. 1997. 664 f. Tese (Doutorado). Universidad Autónoma de Madrid, Facultad de Derecho. Madrid, 1997, p. 458, que pode simplesmente ser chamada de *imputação à vítima*. Três são os requisitos enumerados por Cancio Meliá para atribuir as consequências da atividade conjunta ao âmbito de responsabilidade preferente da vítima: 1º) a atividade deve permanecer no âmbito da organização conjunta; 2º) a conduta da vítima não pode ser instrumentalizada pelo autor, por carecer da responsabilidade ou da base cognitiva necessária para ser considerada autorresponsável; 3º) o autor não pode ter um dever de proteção específico em relação aos bens da vítima; cf. CANCIO MELIÁ, Manuel. *Líneas básicas de la Teoría de la Imputación Objetiva*. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, p. 89. Não obstante tomarmos como base a estrutura do modelo teórico de Cancio Meliá, os critérios que elaboraremos não coincidirão na integralidade com a proposta do autor espanhol.

³⁹⁵ CANCIO MELIÁ, Manuel. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas. 1997. 664 f. Tese (Doutorado). Universidad Autónoma de Madrid, Facultad de Derecho. Madrid, 1997, p. 488.

³⁹⁶ Para solucionar os problemas de delimitação do comportamento típico, que envolvem a participação da vítima, é preciso indagar, em primeiro lugar, se a atividade foi organizada em conjunto entre ela e o autor. Se a resposta for positiva, será necessário acudir à imputação ao âmbito de responsabilidade preferente da vítima. Por outro lado, se a intervenção da vítima influenciou a ocorrência do fato, mas não em contexto de organização conjunta, bastam os critérios de delimitação do comportamento diretamente perigoso ao bem jurídico e da imputação do resultado. Se bem vemos, não se tratam de categorias sobrepostas uma à outra, mas que coexistem e se aplicam a ordens diferentes de raciocínio. Noutros termos, é preciso analisar como o fato ocorreu para saber a quais critérios recorrer para solucionar o caso, nada impedindo que os critérios do comportamento diretamente perigoso e da imputação do resultado possam influir no âmbito de responsabilidade preferente da vítima.

A ideia de autonomia significa que o sujeito pode cuidar dos seus bens. A avaliação plena do alcance da conduta e a inexistência de limitações à capacidade decisória demonstram a inadequação em restringir a liberdade de ação de terceiros.³⁹⁷ Da mesma forma que no paternalismo indireto, a proibição do comportamento de quem organiza a atividade em conjunto com a vítima seria considerada uma atitude paternalista,³⁹⁸ também em relação ao próprio sujeito a ser protegido, que pode demonstrar o interesse no comportamento do terceiro,³⁹⁹ independentemente da exposição ao fator de perigo. Ao considerarmos o indivíduo capaz de decidir responsabilmente, não parece possível desenvolver, simultaneamente, programas para protegê-lo de si mesmo. O contrário colocaria manifestamente em dúvida a capacidade desse sujeito em adotar as suas decisões de maneira responsável; noutros termos, a pessoa seria tratada como se não fosse capaz de decidir responsabilmente.⁴⁰⁰

Portanto, segundo Feijóo Sánchez, seria absurdo que o Direito protegesse os direitos individuais de cada um, ignorando a decisão ou a vontade livre do sujeito, de modo a violar o seu direito de autodeterminação. Isso poderia ter sentido, acrescenta o autor, em um Estado que tivesse por princípio a propriedade comunitária de todo direito, relegando à liberdade um papel meramente secundário. Entretanto, esse modelo não tem sentido no Estado em que a dignidade da pessoa humana é o fundamento da ordem pública e que reconhece a liberdade individual como valor superior do ordenamento jurídico.⁴⁰¹ Acresçamo-lo que o Brasil se encaixa, pelo menos teoricamente, nessa definição de Estado, que supõe a valorização da autonomia da vontade como fundamento da dignidade da pessoa humana, garantindo às pessoas o direito de livre organização do âmbito vital. Cabe-nos analisar, na sequência, os critérios operativos que darão concretude ao princípio de autorresponsabilidade na imputação ao âmbito de responsabilidade preferente da vítima.

³⁹⁷ FRISCH, Wolfgang. *Comportamiento típico e imputación del resultado*. Traducción de Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 173-174.

³⁹⁸ “Afim, se a vítima decide, de forma consciente e autorresponsável, praticar ações concebidas como perigosas em relação a bens jurídicos seus, não há que se punir o terceiro que apenas lhe ajuda a concretizar essa tarefa. Propugnar o oposto representaria a defesa da restrição da autonomia e liberdade individuais e em favor da adoção de uma perspectiva paternalista, segundo a qual os indivíduos devem ser preservados de perigos por ele consciente e voluntariamente criados ou, em última análise, ser protegidos de suas próprias decisões” (GRECO, Luís; KASECKER, Izabele. Autocolocação em perigo e conhecimentos superiores: reflexões a partir de um recente caso da jurisprudência alemã. P. 131-141. In: PRADO, Alessandra Rapacci Mascarenhas; MELLO, Sebastian de Albuquerque; COELHO, Yuri Carneiro. *Novas perspectivas das ciências criminais*: homenagem à Professora Maria Auxiliadora Minahim. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 135-136).

³⁹⁹ FRISCH, Wolfgang. *Comportamiento típico e imputación del resultado*. Traducción de Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 174.

⁴⁰⁰ FRISCH, Wolfgang. *Comportamiento típico e imputación del resultado*. Traducción de Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 175.

⁴⁰¹ FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. 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*, 2. época, n. 5, p. 265-333. 2000, p. 309-310.

4.2.1 As particularidades do direito positivo brasileiro

O direito positivo brasileiro tem a peculiaridade de proibir a conduta de “induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou a praticar automutilação ou prestar-lhe auxílio material para que o faça”, sancionada, em sua forma simples, com a pena de reclusão, de seis meses a dois anos.⁴⁰² O suicídio e a automutilação, em si, não são puníveis.⁴⁰³ Ambos somente adquirem

⁴⁰² O acréscimo da indução, instigação ou auxílio à automutilação dentre as condutas puníveis do art. 122 ocorreu pela Lei nº 13.960, de 2019. A inovação legislativa não foi das mais felizes, carecendo de técnica e acarretando problemas dogmáticos que demandam certo cuidado em sua interpretação. Vejamo-los, brevemente. Num aspecto objetivo, pode-se entender a automutilação, na companhia de Pablo Alflen, “como toda ação mecânica intencional que recaia sobre o próprio corpo e que conduza à desfiguração mediante destruição, perda ou dano substancial de órgão, membro ou outra parte do corpo, com caráter duradouro”. Cenário que apresenta dificuldades em distinguir a modalidade simples (art. 122, *caput*) da modalidade qualificada por lesões corporais graves ou gravíssimas (art. 122, § 1º), as quais geralmente acompanham uma automutilação. Para delimitar o alcance da conduta típica, é preciso recorrer, conforme Pablo Alflen, a um *juízo analógico negativo* ou de *exclusão*, “segundo o qual torna-se imprescindível a ocorrência de ofensa à própria integridade corporal (autolesão) *caracterizável como lesão corporal leve*, sempre que esta implicar desfiguração, seja por meio de corte, eliminação, destruição ou introdução de objetos, que não impliquem lesão corporal grave ou gravíssima” [grifo do autor]. Exemplo de subsunção da conduta à forma simples do delito seria a de alguém fornecer um instrumento para que outrem arranque os próprios dentes, sem que com isso se causasse debilidade permanente do órgão mastigatório. Além do mais, o legislador arrolou o delito no capítulo dos crimes contra a vida. O que leva a concluir que a conduta de induzir, instigar ou auxiliar alguém a automutilar-se deva ser praticada com o dolo de *causar a morte* da vítima; mais precisamente, nas palavras de Pablo Alflen, “o autor deve ter consciência e vontade de que o seu comportamento de induzir, instigar ou auxiliar conduzirá outrem a se automutilar e que este ato de automutilação tem potencial lesivo desencadeador de resultado morte”. Além disso, também a vítima deve estar consciente do ato de automutilação e aderir ao resultado morte. São esses elementos subjetivos que permitem divisar a barreira entre uma conduta punível e outra impunível: no caso “em que um indivíduo capaz é induzido por outrem, de forma consciente e voluntária, a cumprir um desafio, que consiste em cortar parte do seu dedo anelar na altura da falange distal, utilizando de uma serra circular portátil, tem-se que o exame tão só dos elementos objetivos do tipo não permitem chegar a uma conclusão adequada. Isso porque, objetivamente analisada, a conduta cria o risco de ocorrência do resultado, considerando que pode levar a estado de choque e consequente morte; porém, e supondo-se que a vítima, apesar de cumprir o desafio, não tenha morrido, os elementos objetivos não são suficientes para se concluir se a hipótese constitui induzimento doloso à automutilação, no sentido do art. 122, § 1º, ou induzimento doloso à autolesão, no sentido do art. 129, § 1º, III. Somente a determinação da finalidade do agir é que permitirá chegar a uma conclusão: em havendo a finalidade de causação da morte por meio da conduta de automutilação, responde o agente pelo art. 122, § 1º, do Código Penal; diferentemente, não havendo a finalidade de causação da morte, o autor resultará impunível, uma vez que a automutilação consistirá em inequívoca autocolocação em perigo, que culmina em autolesão impunível no sistema jurídico-penal brasileiro”; considerações elaboradas com base em ALFLEN, Pablo Rodrigo. Delito de induzimento, instigação ou auxílio à automutilação: o alcance do tipo fundamental e sua delimitação para com a forma qualificada pelo resultado lesões graves e gravíssimas. *Revista de Estudos Criminais*, n. 77, p. 109-128. Abril/Junho de 2020, p. 122 e 125-127. A dificuldade se revela não só pela delimitação do alcance da nova modalidade de conduta típica, mas também por ampliar o alcance de um tipo penal já criticado, dogmática e político-criminalmente. No primeiro aspecto, Torío López assinalou que as hipóteses de instigação ao suicídio deveriam ser reconduzidas, salvo casos especiais, à noção de *tentativa irreal* – à semelhança dos famosos exemplos de escola do sobrinho que presenteia o tio com a passagem de avião ou sugere que passeie num bosque, na esperança de que ele morra –, na qual, além de faltar a possibilidade de produção do fato, não origina efeito ou comoção na coletividade, considerando os meios utilizados pelo autor para produzir o resultado delitivo. No entanto, o autor admite a necessidade de tutela penal da instigação naqueles casos de perigo já existente, manifestado na preexistência de ações preparatórias de suicídio, fantasias suicidas, depressão etc., cenário em que a conduta do autor desequilibraria a situação da vítima e originaria a resolução e o ato executivo do suicídio; cf. TORÍO LÓPEZ, Ángel. Instigación y auxilio al suicidio, homicidio consentido y eutanasia como problemas legislativos. *Estudios penales y criminológicos*, n. 4, p. 169-202. 1979-1980, p. 177 e p. 180.

relevância penal nos casos de indução, de instigação ou de auxílio material, na forma do art. 122 do CP. Além do mais, somente é punível a participação dolosa em suicídio ou em automutilação dolosa. Com efeito, o elemento subjetivo do tipo é o dolo, não sendo possível a punição pela participação culposa em suicídio ou em automutilação, diante da excepcionalidade do crime culposos (art. 18, parágrafo único, CP). Além disso, o tipo exige que o sujeito passivo queira suicidar-se ou automutilar-se,⁴⁰⁴ razão pela qual os resultados previstos no art. 122 do CP não podem resultar de uma conduta culposa da vítima.⁴⁰⁵ Não menos importante, o ato suicida ou de automutilação deve ser produto, se bem vemos, de uma vontade livre e consciente da pessoa que renuncia ao bem jurídico [o que não deixa de ser complicado do ponto de vista psicológico, sobretudo em analisar a autonomia da conduta do sujeito, p. ex., em casos de quadro clínico de depressão]. De modo contrário, abre-se a possibilidade de imputação pelo crime de lesões corporais ou de homicídio, em autoria mediata (art. 122, §§ 6º e 7º, CP).⁴⁰⁶

Nesse cenário, há quem entenda que a opção legislativa em punir a participação em suicídio adjetivaria a vida como um bem jurídico indisponível. Consequentemente, não teriam relevância, em termos de imputação penal, aqueles casos em que o titular do bem jurídico não queira sacrificá-lo, mas assuma uma conduta que o coloque em perigo.⁴⁰⁷ Veremos na sequência que, na realidade, todos os bens jurídicos individuais podem ser considerados disponíveis (cf. *infra*, 4.2.3.2). No entanto, nada impede que o legislador estabeleça limites à validade de disposição do bem jurídico, como parece acontecer, de fato, na hipótese do art. 122 do CP. Desse modo, por mais autorresponsável que seja o indivíduo, o seu

⁴⁰³ Um panorama dos sistemas e pensadores que defendiam a punição do suicídio pode ser encontrado em PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*, vol. 2. Parte Especial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 47-48. Para uma aproximação histórica, cf. FRAGOSO, Heleno Cláudio. Provocação ou auxílio ao suicídio. *Revista de Direito Penal*, ns. 11-12, p. 35-47. Rio de Janeiro. Julho/Dezembro de 1973, p. 35 et seq.

⁴⁰⁴ “[...] o suicídio exige conceitualmente que alguém prive a si mesmo da vida *querendo fazê-lo*” (GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Imputação objetiva no Direito penal*. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen. Porto Alegre: CDS Editora, 2019, p. 53). “Entende-se por *suicídio* a supressão voluntária e consciente da própria vida” (FRAGOSO, Heleno Cláudio. Provocação ou auxílio ao suicídio. *Revista de Direito Penal*, ns. 11-12, p. 35-47. Rio de Janeiro. Julho/Dezembro de 1973, p. 37). No mais, cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Causación de la propia muerte y responsabilidad penal de terceros. Comentarios a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 50, fasc. 2, p. 451-478. 1987, p. 456, ainda que pareça ampliar para os casos de dolo eventual.

⁴⁰⁵ Mais problemáticos são os casos de condutas doloso-eventuais; cf. *infra*, nota nº 417.

⁴⁰⁶ Nesse sentido, cf. MUÑOZ CONDE, Francisco. Provocación al suicidio mediante engaño: un caso límite entre autoría mediata en asesinato e inducción y ayuda al suicidio. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 40, fasc. 2, p. 301-318. 1987, p. 310, embora, à frente (p. 316), pareça concluir que o tipo da cooperação ao suicídio abranja as situações de erro sobre o sentido da ação suicida.

⁴⁰⁷ CANCIO MELIÁ, Manuel. La exclusión de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima (“imputación a la víctima”). P. 75-140. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; FERRANTE, Marcelo; SANCINETTI, Marcelo A. *Estudios sobre la teoría de la imputación objetiva*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1998, p. 87-88, fazendo menção, entre os autores que defendem a postura citada, a Torío López e Cerezo Mir.

consentimento, v.g., ao auxílio material prestado por terceiro – fornecimento de uma corda para a prática de suicídio por enforcamento, p. ex. – não tem validade. Noutras palavras, o sujeito que presta o auxílio não é isento de pena, mesmo que concorra o consentimento da vítima.⁴⁰⁸

Portanto, a *contribuição dolosa em suicídio doloso* é uma conduta punível pela legislação penal. A conformação típica exige, além de outros requisitos, a vontade da vítima em eliminar o bem jurídico de sua titularidade. Dessa feita, o tipo não abrange as hipóteses em que a vítima coloca o bem jurídico, conscientemente, em situação de perigo.⁴⁰⁹ Noutros termos, ele não impede que duas pessoas responsáveis organizem uma atividade perigosa. De acordo com Cancio Meliá, a intervenção num suicídio apresenta características específicas em seu significado objetivo, características estas que constituem a razão da sua tipificação e que não podem ser transpostas para âmbitos diversos.⁴¹⁰ Trocando em miúdos, no suicídio, a pessoa pretende renunciar ao bem jurídico e a intervenção de outrem nessa conduta, por meio da instigação, da indução ou do auxílio material, está proibida. No contexto das colocações em perigo, por outro lado, o significado da conduta é bastante distinto. Nesse âmbito, os acontecimentos, ainda que possam ser previsíveis, são incertos. Dessa maneira, eliminar a vida e colocá-la em perigo caracterizam situações com significados diferentes. Na síntese de García Álvarez, nas condutas de risco, a pessoa não quer morrer, ou seja, não as utiliza como um meio para renunciar à própria vida, pois, se assim fosse, estaríamos, já, diante de um

⁴⁰⁸ Nesse sentido, cf. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Imputação objetiva no Direito penal*. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen. Porto Alegre: CDS Editora, 2019, p. 51.

⁴⁰⁹ O ordenamento jurídico não confere ao indivíduo, diz-nos Puppe, a liberdade de permitir, dolosamente, que outrem o mate. No entanto, dá-lhe a liberdade de agir de maneira perigosa, inclusive com perigo para a vida; *Apud* STRATENWERTH, Günther. Heteropuesta en peligro consentida en conductas imprudentes. Tradução de Albert Estrada i Cuadras. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n. 1. Barcelona. Janeiro de 2013. Disponível em: <https://bit.ly/3nVUI8C>. Acesso em: 23 jul. 2020, p. 8. As considerações relativas ao suicídio são também aplicáveis à automutilação: em ambos a vítima quer o resultado morte, diferentemente do que acontece nas atividades perigosas, em que a lesão ao bem jurídico não é desejada. Esse ponto parece fundamental para demarcar as condutas puníveis das impuníveis.

⁴¹⁰ CANCIO MELIÁ, Manuel. La exclusión de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima (“imputación a la víctima”). P. 75-140. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; FERRANTE, Marcelo; SANCINETTI, Marcelo A. *Estudios sobre la teoría de la imputación objetiva*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1998, p. 91. Cf., também, 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, p. 227.

suicídio.⁴¹¹ Em última análise, a prescrição do art. 122 do CP não parece proibir a organização conjunta de atividades perigosas, que não tenham por objeto a eliminação do bem jurídico.⁴¹²

A pretensão de proibir o favorecimento às colocações em perigo de uma pessoa responsável, em todos os casos dos quais possam decorrer consequências lesivas, aparenta configurar uma atitude paternalista. Como esclarece Mir Puig, “toda a vida social está impregnada de atividades perigosas, que são consideradas lícitas por suporem a ampliação da esfera de possibilidades do indivíduo, para que este configure a sua vida” [tradução livre]⁴¹³. A organização de atividades perigosas abre *possibilidades de vida*,⁴¹⁴ permitindo ao indivíduo eleger as maneiras que reputar mais adequadas para usufruir o bem jurídico de sua titularidade, o que é garantido pelo direito ao livre desenvolvimento da personalidade. Diante da incerteza da morte nas atividades perigosas, prossegue Mir Puig, é possível apostar na sua não produção. Entretanto, a situação é distinta nas ações voluntárias de matar, em que o objetivo do consentimento não é *ampliar*, mas *renunciar* à vida.⁴¹⁵ Assim sendo, numa sociedade que tenha na liberdade um ideal a ser promovido, não parece sensato criar obstáculos, em princípio, à possibilidade de alguém participar de uma atividade perigosa. Por conseguinte, a questão da disponibilidade do bem jurídico não se mostra como um argumento decisivo, tendo em conta que, nos casos em questão, o que se valora não é a decisão de morrer, de renunciar à vida, mas sim, de organizar livremente o âmbito vital.⁴¹⁶ Portanto,

⁴¹¹ GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora. *La responsabilidad penal de terceros en caso de suicidio, lesiones, y puestas en peligro de la vida y/o la integridad física asumidas voluntariamente por su titular*. 1998. 697 f. Tese (Doutorado). Universidad de Sevilla, Departamento de Derecho Penal y Procesal, Área de Derecho Penal. Sevilla, 1998, p. 90-91. Cf., também, MAÑALICH, Juan Pablo. El derecho penal de la víctima. *Derecho y humanidades*, n. 10, p. 253-283. 2004. Disponível em: <https://bit.ly/34PMzLl>. Acesso em: 10 nov. 2020, p. 278.

⁴¹² Nesse sentido, cf. CANCIO MELIÁ, Manuel. La exclusión de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima (“imputación a la víctima”). P. 75-140. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; FERRANTE, Marcelo; SANCINETTI, Marcelo A. *Estudios sobre la teoría de la imputación objetiva*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1998, p. 92. Com certa matização, cf. TORO MUÑOZ, Jorge. ¿Autorresponsabilidad de la víctima? Crítica a la teoría penal de Günther Jakobs sobre el efecto de <<invisibilidad del otro>> en la imputación del propio riesgo. *Anuario de filosofía jurídica y social*, n. 30, p. 285-310. Sociedad chilena de filosofía jurídica y social. Valparaíso. 2012, p. 308, para quem a atipicidade da “automorte” (suicídio) e da “autolesão” não tem o efeito de permitir que se presuma, numa situação de risco na qual há o envolvimento de terceiros, que podem afetar culposamente o âmbito de liberdade decisória da vítima, a competência preferente desta última para determinar o injusto. Segundo o autor, é função do Estado velar para que o âmbito de autonomia da vítima não seja afetado por “abusos”. Diante disso, a autonomia implica a possibilidade da afetação do titular do bem jurídico na atividade perigosa, o que não significa uma renúncia ao direito (diferentemente da autolesão).

⁴¹³ MIR PUIG, Santiago. Sobre el consentimiento en el homicidio imprudente. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, p. 259-267. 1991, p. 259-260, p. 267.

⁴¹⁴ MIR PUIG, Santiago. Sobre el consentimiento en el homicidio imprudente. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, p. 259-267. 1991, p. 259-260, p. 267.

⁴¹⁵ MIR PUIG, Santiago. Sobre el consentimiento en el homicidio imprudente. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, p. 259-267. 1991, p. 259-260, p. 267.

⁴¹⁶ Nesse sentido, cf. MIR PUIG, Santiago. Sobre el consentimiento en el homicidio imprudente. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, p. 259-267. 1991, p. 259-260, p. 267.

apenas as condutas de disposição, consistentes em eliminar a vida, constituem limitações à validade do consentimento.⁴¹⁷

De todos os modos, para a validade da organização conjunta, a vítima deve conhecer suficientemente os fatores de perigo inerentes à execução da atividade e atuar responsabilmente; num viés negativo, não podem concorrer desníveis de conhecimento ou defeitos de responsabilidade. Do contrário, a atividade não estará inscrita no contexto comum de mesmo significado objetivo, passando a ser assunto unilateral do autor. Se isso acontecer, estaremos diante de uma instrumentalização da vítima, que impede atribuir as consequências ao seu âmbito de responsabilidade preferente. Desse modo, o autor pratica um comportamento típico, no sentido do crime de homicídio ou de lesão corporal. Essa parece ter sido, inclusive, a preferência legislativa, ao incluir os §§ 6º e 7º ao art. 122 do CP.⁴¹⁸

⁴¹⁷ Nesse sentido, cf. CANCIO MELIÁ, Manuel. La exclusión de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima (“imputación a la víctima”). P. 75-140. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; FERRANTE, Marcelo; SANCINETTI, Marcelo A. *Estudios sobre la teoría de la imputación objetiva*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1998, p. 93. Entretanto, parece conveniente sublinhar a crítica lançada pelo autor, relativa à possibilidade de surgirem *problemas de delimitação* acerca do momento em que uma conduta deixa de ser uma “colocação em perigo” e passa a ser um “suicídio”. Cancio Meliá acode a uma definição objetiva, que, num marco determinado pela *incerteza*, deve partir de uma apreciação *ex ante*: os casos em que a conduta possa ser qualificada, já *ex ante*, como determinante para a lesão – disposição do bem jurídico – deverão ser considerados como pertencentes ao âmbito do suicídio. Por outro lado, os casos em que apenas o risco é percebido *ex ante* devem ser qualificados como colocações em perigo. Em nota de rodapé, o autor acrescenta que isso não implica que deva existir certeza sobre a produção do resultado. Num caso de roleta russa, p. ex., a perspectiva *ex ante* ainda não responde se o resultado vai ser produzido, ou não. No entanto, seria possível identificar um ato concreto que produz, sob determinadas circunstâncias, o resultado. Portanto, trata-se de uma conduta de disposição (ainda que com incerteza). De outro giro, numa corrida arriscada entre motociclistas, o risco pode ser, inclusive, superior ao da roleta russa, mediante uma comparação *ex ante*. Contudo, essa atividade não pode ser identificada como um ato concreto de disposição: trata-se de uma colocação em perigo, e não de disposição do bem jurídico. Para Silva Sánchez, a definição de suicídio deve ampliar-se aos casos equiparados a *dolo eventual*. Di-lo: “se o dolo eventual basta para estimar que se *queira* matar alguém (homicídio doloso), não parece que existam razões suficientes para afirmar que, com tal configuração subjetiva, o sujeito *não queira* matar-se. Do mesmo modo que o que caracteriza o suicídio – *juridicamente* – é o domínio do fato por parte do próprio suicida, o relevante no plano subjetivo não é o *desejo de morrer*, mas a ‘condução’ do processo que há de levar à morte. E, para isso, basta o dolo eventual” [tradução livre]; cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Causación de la propia muerte y responsabilidad penal de terceros. Comentarios a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 50, fasc. 2, p. 451-478. 1987, p. 457. Por outro lado, considerando que o dolo eventual não implica a voluntariedade requerida para qualificar uma conduta como suicida, já que, nas ações arriscadas, o que realmente importa é que o titular do bem jurídico *quer o perigo*, e não o resultado lesivo ou mortal que possa ser produzido, cf. GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora. *La responsabilidad penal de terceros en caso de suicidio, lesiones, y puestas en peligro de la vida y/o la integridad física asumidas voluntariamente por su titular*. 1998. 697 f. Tese (Doutorado). Universidad de Sevilla, Departamento de Derecho Penal y Procesal, Área de Derecho Penal. Sevilla, 1998, p. 91 et seq.

⁴¹⁸ “Art. 122. [...] § 6º Se o crime de que trata o § 1º deste artigo resulta em lesão corporal de natureza gravíssima e é cometido contra menor de 14 (quatorze) anos ou contra quem, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência, responde o agente pelo crime descrito no § 2º do art. 129 deste Código. § 7º Se o crime de que trata o § 2º deste artigo é cometido contra menor de 14 (quatorze) anos ou contra quem não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência, responde o agente pelo crime de homicídio, nos termos do art. 121 deste Código”.

4.2.2 Os requisitos da organização conjunta da atividade

Em primeiro lugar, a atividade organizada em conjunto entre o autor e a vítima deve estar inserida num contexto comum de mesmo significado objetivo – requisito positivo. Isso pretende expressar que os fatores de risco envolvidos na organização da atividade devem ser conhecidos tanto pelo autor quanto pela vítima. Por conseguinte, ambos terão as suas respectivas incumbências no desenrolar do acontecimento, de modo que cada um dos envolvidos aporte, invariavelmente, um elemento de certa importância na execução da atividade. Tais aportes podem ser diversificados, podendo ir desde um simples ato comunicativo, até a realização direta da atividade arriscada. No entanto, a significância comum do contexto fica a depender, sobretudo, da eleição e da assunção, pela vítima, dos variados elementos de perigo que a atividade, a ser desenvolvida com o autor, carregará. Portanto, o acréscimo de fatores de perigo, que não foram objeto de prévia delimitação, retira o significado objetivo em comum da organização conjunta. Deve haver uma *congruência entre a atividade planejada e a atividade efetivamente praticada*. Se isso não ocorrer, as consequências não poderão ser atribuídas ao âmbito de responsabilidade preferente da vítima, de modo a indiciar a tipicidade do comportamento do autor.⁴¹⁹ Vejamos, na sequência, os critérios que permitem afirmar ou excluir a organização conjunta.

4.2.2.1 O controle dos fatores de perigo

Quando analisamos a auto e a heterocolocação em perigo, elaboramos uma pequena crítica à proposta de distinção entre ambas as categorias por intermédio da ideia de domínio do fato. Fizemo-lo por considerarmos um tanto quanto volátil o enquadre de supostos fáticos a quaisquer delas, circunstância que, se bem nos parece, abre margem a uma instabilidade dogmática. Basta pensarmos no caso de transmissão do vírus HIV, que, a depender do autor, ora se amolda à autocolocação em perigo, ora à heterocolocação em perigo consentida.⁴²⁰ Diante disso, preferimos seguir uma proposta, digamo-lo unitária, para os casos de

⁴¹⁹ No essencial, cf. CANCIO MELIÁ, Manuel. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas. 1997. 664 f. Tese (Doutorado). Universidad Autónoma de Madrid, Facultad de Derecho. Madrid, 1997, p. 472. Do mesmo autor, cf. CANCIO MELIÁ, Manuel. *Líneas básicas de la Teoría de la Imputación Objetiva*. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, p. 92; no mais, cf. LÓPEZ DÍAZ, Claudia. Acciones a propio riesgo. *Revista CENIPEC*, n. 25, p. 115-174. Bogotá: 2006, p. 145-146; SILVA JÚNIOR, Délio Lins e. *Imputação objetiva e a conduta da vítima*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 163.

⁴²⁰ Cf. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Imputación objetiva y conducta de la víctima. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 58, fasc. 3, p. 733-806. 2005, p. 778-779.

intervenção conjunta num acontecer lesivo, de modo a dispensar a referência à auto e à heterocolocação em perigo. Assim sendo, é possível agrupar, no âmbito de responsabilidade preferente da vítima, os supostos fáticos em que há uma prévia interação entre ela e o autor, com critérios únicos de delimitação do comportamento proibido.

Dessa forma, a crítica que endereçamos ao domínio do fato referiu-se mais ao seu recurso para diferenciar a auto da heterocolocação em perigo, e não tanto à sua importância na estrutura de imputação. Parece-nos necessário, nos casos abrangidos pelo âmbito de responsabilidade preferente da vítima, que exista uma *possibilidade compartilhada de controle dos fatores de perigo* entre ela e o autor. Assim sendo, aproximamo-nos, de certa forma, do critério proposto por Luzón Peña, para quem o importante consiste em verificar se a vítima tem o controle do perigo, ainda que seja compartilhado com o autor.⁴²¹ No caso de relações sexuais, em que um dos parceiros é portador do vírus HIV e o fato é conhecido pelo outro, ambos têm a possibilidade compartilhada de controlar o fator de perigo, fazendo uso, por exemplo, do preservativo.⁴²² No *Caso do transporte de eleitores*, a vítima podia controlar a situação fática, bastando que ficasse sentada durante o percurso. Do mesmo modo, nos casos de consumo de drogas por meio de seringas, p. ex., ambos os envolvidos compartilham, em tese, o controle da situação de perigo, tanto em hipóteses de autocolocação do objeto na veia, quanto de permissão dada ao terceiro para aplicá-lo.

Nesse cenário, a vítima não precisa dominar, *diretamente*, o fator de perigo, bastando que ela tenha a possibilidade de influenciar, comissiva ou omissivamente, o desenrolar do processo causal. Noutras palavras, é suficiente que a vítima tenha a possibilidade de evitar, mediante um comportamento ativo ou omissivo, a futura lesão, ainda que a atividade seja

⁴²¹ LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Principio de alteridad o de identidad vs. principio de autorresponsabilidad. Participación en autopuesta en peligro, heteropuesta en peligro consentida y equivalencia: el criterio del control del riesgo. *Nuevo Foro Penal*, v. 6, n. 74, p. 58-80. Medellín. Janeiro/Julho de 2010. Disponível em: <https://bit.ly/38IEg4X>. Acesso em: 8 jul. 2020, p. 75-76, ainda que o autor fundamente a distinção em sede de autoria e de participação. Crítico à proposta de Luzón Peña, cf. ROXIN, Claus. La polémica en torno a la heteropuesta en peligro consentida. Tradução de Enrique Peñaranda Ramos. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n. 1. Barcelona. Janeiro de 2013, p. 20-21, para quem o recurso à possibilidade de controle seria duvidosa. Oliveira Neto, por outro lado, conquanto admita que a possibilidade de controle dos riscos pela vítima seja uma regra fundamental, não a considera absoluta, “uma vez que em determinadas ações a próprio risco esse controle perderá densidade se ficar demonstrado que a vítima conhecia o risco igualmente ao autor”; cf. OLIVEIRA NETO, Emetério Silva de. *Vitimodogmática e limitação da responsabilidade penal nas ações arriscadas da vítima*. 2019. 274 f. Tese (Doutorado). Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito. Belo Horizonte, 2019, p. 166. Temos as nossas dúvidas sobre até que medida as questões relativas à consciência podem interferir em critérios fáticos, de modo a tornar irrelevante a ausência de controle da vítima em relação aos fatores de perigo, pelo simples fato de, em tese, conhecê-los. Por isso, parece-nos que não é possível abdicar da possibilidade compartilhada de controle.

⁴²² Nesse sentido, ainda que não com o mesmo critério, cf. LÓPEZ DÍAZ, Claudia. Acciones a propio riesgo. *Revista CENIPEC*, n. 25, p. 115-174. Bogotá: 2006, p. 147.

executada diretamente pelo terceiro.⁴²³ No *Caso da queda da carroceria*, p. ex., a vítima poderia ter permanecido sentada durante o trajeto, conduta que não lhe exporia ao risco do desequilíbrio e da queda. Desse modo, ela teria controlado o fator de perigo em relação a si, não obstante a condução ter sido realizada pelo terceiro.⁴²⁴ Além do mais, deve haver uma *relação* entre a conduta estouvada da vítima e o perigo criado pelo autor, a significar que ele não pode incrementar o risco básico que foi aceito ao organizar a atividade, como poderia

⁴²³ No entender de Ivan Angeli, no que toca à heterocolocação em perigo consentida, “o ofendido, depois de realizar a conduta que o expõe ao risco, nada mais pode fazer senão aguardar que o risco cesse ou diminua por si, conforme seu natural desenvolvimento, fatores externos ou mesmo por condutas do terceiro ofensor”. Desse modo, as ações ou omissões do ofendido “não são eficazes para influir diretamente na existência e na intensidade do risco”, de tal modo que “a mera tolerância do risco é a única conduta que o ofendido pode realizar após a exposição”. Entretanto, nas situações em que “ofendido no caso concreto pode efetivamente intervir no risco para diminuir sua intensidade ou mesmo para cessá-lo, ainda que não o queira fazê-lo”, o autor parece desqualificar a heterocolocação em perigo para a colaboração à autocolocação em perigo, “pelo fato de que ao ofendido era possível a intervenção no risco depois de sua conduta”. A possibilidade de intervenção deve ser “real, concreta e efetiva, ou seja, o risco pode sofrer influência da conduta do ofendido de modo direto e imediato, dado que, com sua vontade e conduta, pode alterar sua intensidade ou mesmo cessar sua existência”; cf. ANGELI, Ivan Wagner. *Ofendido e risco: autocolocação em risco e heterocolocação em risco consentida*. 2018. 320 f. Tese (Doutorado). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018. Disponível em: <https://bit.ly/2XxgvaV>. Acesso em: 11 jan. 2020, p. 179-180. Como não aderimos a uma distinção entre auto e heterocolocação em perigo, tratando ambos os grupos no âmbito de organização conjunta entre autor e vítima, parece-nos que a proposta do autor não só é desnecessária, como colide com o critério da possibilidade compartilhada de controle dos fatores de perigo. Além do mais, a “desqualificação” de uma categoria para a outra, quando a vítima possa intervir no risco, parece demonstrar a instabilidade que anteriormente criticamos (cf. *supra*, 3.2.2.3.2), ficando ao encargo do intérprete – e muitas vezes à sua subjetividade – em optar por quaisquer delas.

⁴²⁴ Há um caso bastante semelhante julgado pelo TJMG, no ano de 2000, cujo raciocínio foi parecido com o nosso. Leia-se excerto do Voto do Des. Alexandre Victor de Carvalho: “[...] observa-se que foi a vítima quem pediu para que o apelante lhe desse carona, insistindo para que fosse transportada em conjunto com outras amigas na carroceria da caminhonete Toyota. Ressalte-se que a prova testemunhal colhida nos autos informa que a vítima fora advertida que deveria manter-se sentada durante todo o trajeto, sendo esta a condição imposta pelo apelante para atender ao seu pedido. Entretanto, por livre e espontânea vontade, preferiu ficar em pé, pagando com sua própria vida pelo ato irresponsável. É certo que o transporte efetuado pelo apelante foi ilegal, como é certo também que se a vítima obedecesse as suas instruções de manter-se sentada, como fizeram as demais ‘caroneiras’, não haveria acidente porque nada aconteceu com as outras pessoas que também estavam na carroceria e não se levantaram. [...] Na hipótese dos autos, a vítima se colocou numa situação de risco, por livre e espontânea vontade, servindo o apelante apenas como instrumento de realização de sua conduta perigosa, pois, além de ter insistido para que fosse transportada na carroceria do automóvel, não seguiu as orientações para que se mantivesse sentada durante o percurso, levantando-se e vindo a perder o equilíbrio e cair, batendo a cabeça no chão e morrendo em virtude da lesão cerebral. O comportamento da vítima é que determinou a ocorrência do resultado lesivo e não a conduta do apelante não havendo que se falar em criação, por parte do acusado, de uma situação de risco não permitida, mas apenas em participação na conduta perigosa de outrem, no caso, a vítima”; cf. BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Apelação Criminal nº 307.366-7*. Segunda Câmara Criminal. Relator: Des. Erony da Silva. Julgado em: 29/08/2000. Publicado em: 16/09/2000. Disponível em: <https://bit.ly/3rsU70a>. Acesso em: 17 nov. 2020. Parecendo chegar a uma conclusão diferente, considerando que “a heterocolocação em perigo consentida, por sua vez, é sempre punível, pois não existe a possibilidade de manifestação da autonomia através da vontade do titular do bem jurídico, mas a expressão de um evento que resulta em um perigo em que o terceiro deve evitar”, caracterizando, “como espécies de heterocolocação em perigo consentida, punível: os casos em que exista a condução de pessoas, de modo irregular, na carroceria e compartimentos de carga de veículos”, cf. COSTA, Lucas Gabriel Santos. *O Comportamento do Titular do Bem Jurídico como Critério de Imputação Objetiva do Risco Proibido nas Relações de Trânsito*. 2016. Dissertação - Mestrado - Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2016, p. 178-179.

acontecer em caso de excesso de velocidade ou de manobra brusca ao realizar a curva.⁴²⁵ Ao fim e ao cabo, se, voluntariamente, a vítima tivesse ficado em pé na carroceria da caminhonete, de tal modo que a queda resultasse do desequilíbrio, sem qualquer vínculo ao risco básico da condução, então o resultado deveria ser atribuído à sua esfera de responsabilidade preferente, independentemente da infração administrativa cometida pelo terceiro (arts. 230, II, e 235, ambos do CTB).⁴²⁶

Além disso, o autor não pode adicionar, ao decorrer da atividade, *fatores de perigo que não foram objeto de delimitação prévia na organização conjunta*. O momento de transmissão dos fatores de perigo deve ocorrer, em regra, antes do início da atividade. Desse modo, nos casos em que o autor adicionar elementos de perigo que não foram assumidos pela vítima, a organização perderá o significado objetivo em comum.⁴²⁷ Noutras palavras, o dano deve corresponder às consequências diretamente relacionadas ao(s) fator(es) de perigo

⁴²⁵ Juarez Tavares apresenta-nos um exemplo semelhante: “[...] 2) um motorista transporta, na caçamba aberta de seu caminhão, algumas pessoas, atendendo a seus próprios pedidos e sem atar os respectivos cintos de segurança. Em uma curva, um dos passageiros cai e quebra a perna. [...] A imputação será excluída se a queda da vítima e sua consequente lesão se incluir como uma consequência normal da condução do veículo, porque então a atuação daquela será decisiva para a produção do resultado. Se, porém, a vítima vier a cair porque o motorista dirige em alta velocidade e acaba derrapando, já não se poderá dizer que o resultado fora decisivamente consequência de sua conduta, mas sim da situação normal provocada pelo motorista. Nesta última hipótese, haverá imputação, uma vez que a conduta executada pelo motorista excedeu os limites compreendidos pelo consentimento da vítima” (TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 393).

⁴²⁶ Como destacou o Des. Dorival Moreira dos Santos, Relator dos Embargos Infringentes, “ainda que se considere que o embargante tenha desrespeitado o disposto nos arts. 230, II, e 235 do Código de Trânsito Brasileiro, que dispõem sobre a condução de passageiros em compartimento de carga, entendo que o fato de ter cometido infração administrativa não é suficiente para imputar-lhe a morte ocorrida”; cf. BRASIL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. *Embargos Infringentes e de Nulidade nº 0019667-76.2011.8.12.0001-50000*. 1ª Seção Criminal. Relator: Des. Dorival Moreira dos Santos. Julgado em: 21/03/2018. Publicado em: 26/03/2018. Disponível em: <https://bit.ly/37ULdB6>. Acesso em: 30 ago. 2020. Se bem vemos, no caso narrado sequer houve a superação do risco básico, motivo pelo qual seria também possível resolver o caso pelos critérios do comportamento diretamente perigoso ao bem jurídico. Isso porque o transporte irregular do passageiro, apesar de configurar infração administrativa, não implica a desaprovação automática da conduta, no sentido do crime de resultado. O comportamento do autor deve incrementar o risco de ocorrência do resultado, em comparação ao risco básico *ex ante* assumido, o que parece não ter acontecido no caso analisado. Dessa forma, o condutor não praticou uma conduta imprudente. De mais a mais, poderíamos resolver o problema de imputação, também, pelo critério da realização do risco. A estrutura do crime culposo demanda que o resultado tenha sido produzido *pela* violação ao cuidado devido. No caso, o resultado apenas ocorreu devido ao comportamento descuidado da vítima, e não *pelo* fato de transportá-la na carroceria da caminhonete. O ponto falho em recorrer à imputação do resultado, assim nos parece, consiste em supor típica a conduta praticada, o que desconsideraria, de certo modo, o caráter indiciário da norma redutora de perigo.

⁴²⁷ CANCIO MELIÁ, Manuel. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas. 1997. 664 f. Tese (Doutorado). Universidad Autónoma de Madrid, Facultad de Derecho. Madrid, 1997, p. 472, que engloba tais supostos em sede de “extralimitação da organização conjunta”. Do mesmo autor, cf., ainda, CANCIO MELIÁ, Manuel. La exclusión de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima (“imputación a la víctima”). P. 75-140. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; FERRANTE, Marcelo; SANCINETTI, Marcelo A. *Estudios sobre la teoría de la imputación objetiva*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1998, p. 128. No mais, cf. LÓPEZ DÍAZ, Claudia. Acciones a propio riesgo. *Revista CENIPEC*, n. 25, p. 115-174. Bogotá: 2006, p. 146.

anuído(s), e não a elementos adicionais, que não foram previamente delimitados.⁴²⁸ Em sentido contrário, a vítima acaba sendo instrumentalizada, tendo em vista que o desenvolvimento da atividade escapa da sua liberdade decisória e da possibilidade de controle. Diante disso, as consequências não podem ser imputadas à esfera de responsabilidade preferente da vítima, já que não correspondem à projeção da sua autonomia. Portanto, como regra, o autor pratica uma conduta típica ao adicionar fatores de perigo que não foram objeto de delimitação.⁴²⁹ De todos os modos, é possível que o fator de perigo adicional tenha origem em mero infortúnio, o que resulta, à primeira vista, na sua irrelevância para fins de delimitação da norma de conduta.

No *Caso do racha*, p. ex., a vítima aquiesceu à situação de perigo no momento em que decidiu acompanhar um dos condutores que participaram da competição. No entanto, o resultado foi produzido por um fator adicional de perigo, consistente na má execução da atividade pelo condutor do veículo. Noutros termos, embora fosse previsível, a vítima não consentiu no acidente, ou, o que nos parece mais correto, na manobra arriscada que desencadeou o acidente.⁴³⁰ Além do mais, se bem vemos, ela não compartilhava a

⁴²⁸ Nesse sentido, cf. 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, p. 229; GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora. *La responsabilidad penal de terceros en caso de suicidio, lesiones, y puestas en peligro de la vida y/o la integridad física asumidas voluntariamente por su titular*. 1998. 697 f. Tese (Doutorado). Universidad de Sevilla, Departamento de Derecho Penal y Procesal, Área de Derecho Penal. Sevilla, 1998, p. 486 e p. 491; MARTINELLI, João Paulo Orsini; SCHMITT DE BEM, Leonardo. *Lições fundamentais de direito penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 512, ainda que na perspectiva da heterocolocação em perigo.

⁴²⁹ CANCIO MELIÁ, Manuel. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas. 1997. 664 f. Tese (Doutorado). Universidad Autónoma de Madrid, Facultad de Derecho. Madrid, 1997, p. 472.

⁴³⁰ Se bem vemos, assiste razão a Pierangeli quando, embora em menção a suposto fático distinto, afirma que “o consentimento não seria válido, porque, aquele que consente em viajar em uma estrada sem condições de absoluta segurança, não consente na perda do controle sobre o veículo pelo seu condutor. E nem será relevante o consentimento prestado pelo conduzido ao condutor para que este imprima velocidade excessiva ao veículo para que possa demonstrar a sua habilidade, pois, em tal hipótese, compete ao condutor cercar-se das cautelas recomendáveis”; cf. PIERANGELI, José Henrique. *O consentimento do ofendido na teoria do delito*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 190. Desse modo, dificilmente terá relevo o consentimento da pessoa em participar de um racha como caroneiro, já que, nesses casos, ela não tem o controle dos fatores de perigo, apesar de lhe ser previsível o resultado mortal. A resposta é distinta em se tratando de corrida automobilística não regulamentada. Exemplo: A e B realizam uma corrida em via pública, envolvendo aposta para saber quem chegaria ao ponto X mais rápido; B perde o controle do veículo e se acidenta. Nesse caso, A não praticou uma conduta típica de lesões corporais ou de homicídio, pressupondo que B tenha decidido participar, livre e conscientemente, da corrida. Há uma organização conjunta da atividade, circunscrita em contexto comum de mesmo significado objetivo, na qual B controlava o fator de perigo da condução em relação a si próprio. É claro que, para a validade da organização conjunta, não poderiam concorrer desníveis de conhecimento (p. ex., A emprestou o veículo a B, sem informar-lhe dos defeitos no sistema de frenagem), nem defeitos de responsabilidade da vítima (p. ex., B era menor de idade, ou aceitou participar da corrida em estado de embriaguez). O que não impede a punição pelo crime previsto no art. 308 do CTB. Com olhar antagônico, cf. GALVÃO, Fernando. *Imputação objetiva*. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 70-80, para quem o motorista que convida outrem a participar da corrida cria e incrementa a situação de risco, tornando-se garantidor da não ocorrência do resultado.

possibilidade de controlar a situação de perigo, a subtrair-lhe a influência do desenvolvimento do processo causal.⁴³¹ Afastar a imputação, neste caso, implicaria presumir a adesão da vítima ao resultado, o que, a despeito de sua autorresponsabilidade, não nos parece correto. Portanto, a adição de fatores de perigo que incrementaram a possibilidade de ocorrência do resultado, alheios à organização conjunta previamente estabelecida, implicou reconhecer a tipicidade do comportamento do condutor.

4.2.2.2 Os desníveis de conhecimento

A existência de conhecimentos específicos ou superiores, imprescindíveis para a correta compreensão do significado e do alcance da situação de perigo acarreta, em casos de não transmissão à vítima, a exclusão do contexto comum de mesmo significado objetivo, de modo a configurar uma organização unilateral do autor.⁴³² Ao omitir as informações necessárias para o esclarecimento da situação de perigo, o autor coloca-se em posição de superioridade em relação à vítima. Noutras palavras, privá-la do conhecimento dos fatores de perigo implica instrumentalizá-la, tendo em vista que a conduta praticada sem a correta compreensão do significado e do alcance da atividade não pode ser considerada uma conduta autônoma e autorresponsável. Como bem destacou o TS, a assunção do risco pela vítima requer o conhecimento da sua existência.⁴³³ De mais a mais, não parece necessário que a vítima *saiba tudo*, bastando que ela tenha *conhecimento suficiente* para valorar e compreender, corretamente, os fatores de perigo envolvidos.⁴³⁴ Portanto, como regra geral, a

⁴³¹ Devemos esta conclusão a Izabele Kasecker, em *live* promovida pela Coordenadoria Regional do IBCCRIM do Paraná, em parceria com o Introcrim, cuja conferência teve por título “O comportamento da vítima na imputação objetiva”. Convém anotar, entretanto, que não há referência expressa ao caso que trouxemos ao debate, mas a um suposto fático semelhante ocorrido na Alemanha.

⁴³² CANCIO MELIÁ, Manuel. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas. 1997. 664 f. Tese (Doutorado). Universidad Autónoma de Madrid, Facultad de Derecho. Madrid, 1997, p. 570. Cf., também, BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal*. Parte general. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 1999, p. 309; GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Imputación objetiva y conducta de la víctima. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 58, fasc. 3, p. 733-806. 2005, p. 781-782; TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 390, que fala do *conhecimento especial*, dando-nos o exemplo do fornecedor cômico da embriaguez da vítima, mas que, apesar disso, lhe entrega a droga para consumo. Segundo Juarez Tavares, a morte que decorrer da ingestão conjunta de droga e álcool deve ser imputada ao fornecedor, “porque seu especial conhecimento da situação de fato lhe assegura um domínio sobre a causalidade, da qual o usuário não era possuidor”.

⁴³³ ESPANHA. Tribunal Supremo. *Recurso de Casación nº 5.052/1993*. Sala de lo penal. Julgado em: 20/02/1993. Disponível em: <https://bit.ly/3pr0pvB>. Acesso em: 8 jun. 2020.

⁴³⁴ Nesse sentido, cf. GRECO, Luís; KASECKER, Izabele. Autocolocação em perigo e conhecimentos superiores: reflexões a partir de um recente caso da jurisprudência alemã. P. 131-141. In: PRADO, Alessandra Rapacci Mascarenhas; MELLO, Sebastian de Albuquerque; COELHO, Yuri Carneiro. *Novas perspectivas das ciências criminais: homenagem à Professora Maria Auxiliadora Minahim*. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 139,

conduta praticada sem a devida informação dos fatores de perigo não pode ser atribuída à esfera de responsabilidade preferente da vítima.

No *Caso da seringa de heroína*, a vítima possuía o conhecimento da situação de perigo na qual se envolveu, tanto que ela mesma solicitou a compra da droga. Desse modo, a consequência decorrente da organização conjunta que ela empreendeu com o autor deve ser atribuída à sua esfera preferente de responsabilidade.⁴³⁵ Por outro lado, chegaríamos a uma conclusão diferente se o autor soubesse que a substância fornecida continha um grau elevado de pureza, com potencial lesivo superior àquele que a vítima supunha.⁴³⁶ Além disso, mesmo que o autor não tenha o conhecimento do grau de pureza, o fornecimento da droga para a vítima parece conformar uma conduta típica, no sentido do crime de homicídio ou de lesões corporais culposas, tal como no *Caso da entrega de heroína*. Isso porque o *dever de cuidado interno* exige que o agente reconheça a situação de perigo e as consequências previsíveis da atividade.⁴³⁷ Dessa forma, antes de realizar a entrega, o autor deveria averiguar a pureza da substância e prestar as devidas informações à vítima. Do contrário, como reconheceu o TS, o fato não poderia ser imputado à vítima, por não ter consciência do perigo extraordinariamente assumido.⁴³⁸ Entretanto, a *impossibilidade* em reconhecer a pureza da substância não parece

para quem “importa apenas que a vítima tenha conhecimento *suficiente* do *risco* que o seu comportamento representa para a integridade do bem jurídico-penalmente tutelado” [grifos dos autores]; MARTINELLI, João Paulo Orsini; SCHMITT DE BEM, Leonardo. *Lições fundamentais de direito penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 510. Segundo Ivan Angeli, “para ser voluntária, a decisão do sujeito deve compreender todos os fatores relevantes e a magnitude dos riscos assumidos”. Porém, o autor reconhece que “não se pode deixar de lado que um certo grau de inevitável ignorância é inerente a qualquer assunção de risco, sendo relevante para afirmar-se a voluntariedade do ato a consciência do sujeito de que existem fatores desconhecidos. *Deve-se saber qual é o risco que se assume para que haja uma decisão responsável*” [grifo nosso]. E admite, adiante, que basta o conhecimento suficiente do risco pelo ofendido; cf. ANGELI, Ivan Wagner. *Ofendido e risco: autocolocação em risco e heterocolocação em risco consentida*. 2018. 320 f. Tese (Doutorado). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018. Disponível em: <https://bit.ly/2XxgvaV>. Acesso em: 11 jan. 2020, p. 98-99 e p. 160. Por outro lado, Reyes Alvarado sustenta que a simples presença de melhores conhecimentos não permite gerar a responsabilidade penal, mas sim a existência de obrigações de atuação derivadas do exercício de determinados papéis. Noutras palavras, não seria a quantidade ou a qualidade dos conhecimentos que determinaria o surgimento da responsabilidade penal, mas as obrigações de atuação que surgem das posições de garante; cf. REYES ALVARADO, Yesid. *Imputación objetiva*. Bogotá: Editorial Temis, 2005, p. 184.

⁴³⁵ O que não interfere – destaquemo-lo – na eventual responsabilidade pelas infrações penais tipificadas na lei de drogas. Nas palavras de Frister, por nós endossadas, dado que “o risco de que se produza o resultado exigido no respectivo tipo tenha que ser juridicamente desaprovado, não importa a questão de se a causação da conduta, de quem se autocoloca em perigo, está proibida por razões jurídicas distintas” [tradução livre]; cf. FRISTER, Helmut. *La imputación objetiva*. Traducción de Marcelo Sancinetti. In: SANCINETTI, Marcelo A. *Causalidad, riesgo e imputación*. 1. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2009, p. 511.

⁴³⁶ Nesse sentido, cf. GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 69.

⁴³⁷ Sobre os deveres de cuidado interno e externo, cf. TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 318 et seq.

⁴³⁸ ESPANHA. Tribunal Supremo. *Recurso de Casación nº 5.052/1993*. Sala de lo penal. Julgado em: 20/02/1993. Disponível em: <https://bit.ly/3pr0pvB>. Acesso em: 8 jun. 2020. Com razão, também, Frister, ao assinalar que a entrega de drogas apenas fundamenta um risco não permitido, no sentido dos delitos de lesão corporal e de homicídio, se ela acontece em relação a pessoas que não estão em condições de tomar uma decisão

conformar um comportamento típico, pois acarretaria uma extensão exagerada do dever de cuidado.⁴³⁹ Por fim, o repasse da informação a respeito das verdadeiras condições da droga [v.g., do seu grau elevado de pureza], seguida da assunção do perigo e do consumo pela vítima, implica a atribuição das possíveis consequências ao seu âmbito de responsabilidade preferente.

A mesma solução parece ter lugar no *Caso da seringa de morfina*. Com efeito, as provas colhidas demonstraram que a vítima era, de tempos, usuária de drogas. Além disso, ela já injetara morfina anteriormente, inclusive na companhia do autor. Diante disso, é crível que ela tinha conhecimento suficiente dos possíveis efeitos desencadeáveis pela substância. Desse modo, aparentemente não houve, no contexto fático, um desnível de conhecimento na prática da atividade. Além do mais, a punção venosa aconteceu de maneira voluntária, isto é, sem nenhuma violência exercida pelo autor. De mais a mais, o contexto no qual a atividade foi desenvolvida não demonstrou haver uma conduta de disposição do bem jurídico, ou seja, o consumo da droga com a finalidade de cometer suicídio. Assim as coisas, independentemente de quem tenha injetado a seringa no corpo do outro, ou se a injeção ocorreu mediante um ato próprio, a atividade foi mantida num contexto comum de mesmo significado objetivo.⁴⁴⁰ Por mais trágico que tenha sido o desenrolar dos acontecimentos, a vítima agiu de maneira autorresponsável. Portanto, as consequências corresponderam à projeção da sua liberdade decisória e devem ser atribuídas ao seu âmbito de responsabilidade preferente, não obstante a possibilidade de punir o autor pelo crime de omissão de socorro com resultado morte (art. 135, parágrafo único, CP) e pelo crime de tráfico de drogas (art. 33 e §§, Lei nº 11.343/2006).⁴⁴¹

Além do mais, a consequência deve resultar do fator de perigo conhecido pelo autor e não transmitido à vítima. Significa dizer que, se o resultado decorrer de um perigo autônomo

autônoma a respeito do consumo da substância; cf. FRISTER, Helmut. La imputación objetiva. Traducción de Marcelo Sancinetti. In: SANCINETTI, Marcelo A. *Causalidad, riesgo e imputación*. 1. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2009, p. 511. Parecendo chegar a uma conclusão semelhante, em breve comentário a um julgado do BGH, cf. GRECO, Luís; KASECKER, Izabele. Autocolocação em perigo e conhecimentos superiores: reflexões a partir de um recente caso da jurisprudência alemã. P. 131-141. In: PRADO, Alessandra Rapacci Mascarenhas; MELLO, Sebastian de Albuquerque; COELHO, Yuri Carneiro. *Novas perspectivas das ciências criminais: homenagem à Professora Maria Auxiliadora Minahim*. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 139.

⁴³⁹ Também as cautelas internas – lembra-nos Ombretta di Giovine – não podem prescindir, para a sua configuração, do contexto em concreto, contexto este que demanda ora um, ora outro tipo de diligência; cf. DI GIOVINE, Ombretta. *Il contributo della vittima nel delitto colposo*. Torino: Giappichelli, 2003, p. 431.

⁴⁴⁰ Conclusão que seria diferente, por exemplo, se o autor tivesse preparado a seringa e adicionado uma quantidade maior de morfina, superior àquela que a vítima supunha ingerir.

⁴⁴¹ Chega às mesmas conclusões, ainda que na perspectiva da heterocolocação em perigo consentida, OLIVEIRA NETO, Emetério Silva de. *Vitimodogmática e limitação da responsabilidade penal nas ações arriscadas da vítima*. 2019. 274 f. Tese (Doutorado). Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito. Belo Horizonte, 2019, p. 243-244.

àquele omitido, o fato será, em princípio, atípico. Exemplo: *A* e *B* decidiram realizar uma viagem de motocicletas; *A* é mecânico e emprestou uma motocicleta para *B*; *A* sabia que a motocicleta estava com defeitos nos freios, informação que não transmitiu a *B*; durante o trajeto, *B*, mesmo respeitando as regras de diligência, não visualizou um prego na estrada, prego este que cravou no pneu dianteiro da motocicleta; o pneu estava em boas condições de trafegabilidade, mas, devido ao contato com o prego, estourou; diante disso, *B* perdeu o controle da motocicleta, caiu e sofreu lesões corporais. Nesse caso, o fator de perigo que desencadeou o resultado não tem relação com o fator de perigo omitido. Noutras palavras, o acidente ocorreu devido ao prego solto na estrada, não tendo relação com os defeitos nos freios. Poderíamos chegar a uma conclusão oposta se as lesões tivessem sido provocadas pelas falhas no sistema de frenagem. Afinal, a ausência de transmissão do fator de perigo colocou *A*, assim nos parece, na posição de garante, por ter criado o risco da ocorrência do resultado, cabendo-lhe, então, o dever de agir para evitar o resultado (art. 13, § 2º, *c*, CP).

Âmbito em que ainda podem ser incluídos os casos de *erro referente a pressuposto essencial da atividade*.⁴⁴² É possível que o autor induza a vítima a erro, não lhe transmitindo o conhecimento de um pressuposto essencial, relativo ao desenvolvimento da atividade. Analogamente ao erro de tipo, que exclui o dolo nos casos de erro quanto a elemento constitutivo do tipo penal (art. 20, CP), o erro quanto a elemento constitutivo de uma atividade perigosa afetará o seu significado objetivo em comum.⁴⁴³ Afinal, o conhecimento é o pressuposto da vontade, e não se pode querer – querer aqui entendido como liberdade para

⁴⁴² Em se tratando do consentimento, costuma-se distinguir entre *erro* e *engano*. “Nos casos de *erro* (*Irrtum*) é o próprio titular do bem jurídico que espontaneamente se equivoca e acaba consentindo sem saber de todos os fatos relevantes para a tomada de decisão. Haverá *engano* (*Täuschung*), por sua vez, quando o erro no qual incorre o titular do bem jurídico for determinado pelo agente ou por terceiro” (SIQUEIRA, Flávia. *Autonomia, consentimento e direito penal da medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 244); no mais, cf. ROXIN, Claus. *Derecho Penal - Parte General: Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Tradução espanhola de Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 544 et seq.; SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 6. ed. Curitiba: ICPC, 2014, p. 266. Trataremos os casos de erro e de engano de maneira idêntica, pois, se bem vemos, o importante consiste em verificar a autonomia da vítima no momento de tomada da decisão. Noutras palavras, devemos analisar se a vítima tem o *conhecimento suficiente* para compreender o alcance e o significado da situação de perigo, o que parece não acontecer em casos de erro.

⁴⁴³ Santoro Filho chega a uma conclusão semelhante, partindo, porém, do *erro determinado por terceiro* (art. 20, § 2º, CP). De acordo com o autor, “a participação de terceiro em autolesão de bem jurídico será punível, entretanto, por lesões corporais, homicídio tentado ou consumado ou lesão corporal seguida de morte (de acordo com o resultado e o dolo do agente), se o ofendido for colocado em erro quanto à situação de perigo envolvendo o bem jurídico de sua titularidade, nos exatos termos do art. 20, § 2º, do Código Penal brasileiro. Isto porque, nestas hipóteses, a legislação penal confere a atos que seriam, no plano formal, apenas de participação, a característica de autoria – mediata –, uma vez que o executor imediato do resultado – vítima – é utilizado como mero instrumento para a realização do plano do agente, que possui, portanto, o domínio do fato”; cf. SANTORO FILHO, Antonio Carlos. *Teoria da Imputação Objetiva – Apontamentos Críticos à luz do Direito Positivo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 65-66.

valorar a tomada de decisão – aquilo que é desconhecido.⁴⁴⁴ Noutros termos, se um elemento é essencial a um objeto quando este, sem aquele, deixa de existir como tal,⁴⁴⁵ o déficit cognitivo da vítima a respeito de elemento constitutivo da atividade perigosa retira o significado objetivo em comum da organização. A indução a erro subtrai a liberdade decisória da vítima e, portanto, a sua autorresponsabilidade, motivo pelo qual as consequências não lhe poderão ser atribuídas.⁴⁴⁶

À semelhança do consentimento, demanda-se um *dever de esclarecimento* acerca dos fatores essenciais dos perigos relacionados à atividade, que possam influenciar a tomada de decisão da vítima.⁴⁴⁷ Na ausência momentânea de melhor critério, poderíamos verificar se um

⁴⁴⁴ KURI, José Antonio. *Imputación a la víctima en delitos de resultado en México*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México (Instituto de Investigaciones Jurídicas), 2013, p. 67.

⁴⁴⁵ NADER, Paulo. *Filosofia do Direito*. 22. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 96.

⁴⁴⁶ Um ponto que pode ser mais problemático diz respeito à *invencibilidade do erro*, ou seja, se basta uma situação de erro vencível para descaracterizar a autorresponsabilidade da vítima, ou se isso apenas ocorre em casos de erro invencível. Para Ivan Angeli, “no que toca aos casos de erro vencível, entende-se que ele não desqualifica a autocolocação em risco. Nesta hipótese, o ofendido, embora possa adquirir uma adequada apreciação dos fatos, opta por não fazê-lo. É importante notar que não se pode afirmar que há qualquer dever do ofendido em agir de modo cauteloso em relação a si, incluindo-se em tal dever a obrigação de melhor informar-se sobre o risco a que se expõe com sua conduta. O fundamento da irrelevância do erro vencível não é a desídia do ofendido consigo mesmo. Em verdade, o erro vencível torna-se irrelevante, porquanto não afasta o caráter autônomo da conduta. Ao realizar conduta que dá origem a um risco sem a prévia verificação acerca de seus aspectos essenciais – sendo-lhe possível fazê-lo – o ofendido acaba por incluir em sua decisão de colocar-se em risco o desconhecimento de elementos fáticos do risco. Deste modo, passa a ser manifestação de sua autonomia a escolha por realizar a conduta sem procurar informar-se sobre os fatores ligados ao risco. Esta escolha do sujeito é exercício de sua autonomia e assim deve ser respeitada. Em outras palavras, o caráter vencível do erro é compreendido por sua autonomia e por isso não altera sua conduta como autocolocação em risco” (ANGELI, Ivan Wagner. *Ofendido e risco: autocolocação em risco e heterocolocação em risco consentida*. 2018. 320 f. Tese (Doutorado). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018. Disponível em: <https://bit.ly/2XxgvaV>. Acesso em: 11 jan. 2020, p. 151). De todos os modos, parece-nos que deva ser analisada a capacidade da vítima para compreender o significado e o alcance da atividade. Assim sendo, mesmo em caso de erro vencível, pode haver uma limitação ao princípio de autorresponsabilidade.

⁴⁴⁷ Com um ponto de vista relativamente antagônico, Ivan Angeli sustenta que, no âmbito da colaboração à autocolocação em perigo, “não há um dever jurídico de informação que, se for desrespeitado, acarreta em si a responsabilidade penal do terceiro”. No entanto, o autor reconhece que, “se o ofendido não conhece suficientemente o risco, pode haver consequências jurídico-penais ao terceiro decorrentes do fato de que a ação do ofendido não poderá ser considerada autônoma, mas, por outro lado, não se extraem consequências jurídicas ao terceiro pelo simples fato de não esclarecer acerca do risco”. Assim sendo, a conduta da vítima não seria considerada autônoma naquelas situações em que os *fatores essenciais do risco* não lhe fossem transmitidos, o que não se deve ao maior conhecimento do terceiro, mas à privação de conhecimento suficiente da vítima. Por outro lado, ao abordar a heterocolocação em perigo consentida, Angeli afirma que incumbe, ao autor dos fatos, um dever de informação acerca dos fatores de perigo, esclarecendo-os de maneira suficiente para que a vítima os compreenda. Isso se deve, segundo Angeli, pelo fato de que a vítima se submete à ação arriscada do terceiro, que cria ou majora o risco ao bem jurídico. Todavia, a obrigação de informar deveria ser entendida de modo restrito, pois, “nos casos em que o ofendido já possui o necessário conhecimento dos aspectos essenciais do risco, não é necessário que o terceiro verifique se o ofendido sabe suficientemente sobre o risco”; cf. ANGELI, Ivan Wagner. *Ofendido e risco: autocolocação em risco e heterocolocação em risco consentida*. 2018. 320 f. Tese (Doutorado). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018. Disponível em: <https://bit.ly/2XxgvaV>. Acesso em: 11 jan. 2020, p. 161 e p. 190-192. A disparidade conferida ao tratamento das duas categorias num e noutro caso, ora admitindo um requisito, ora o negando, parece confirmar as nossas suspeitas iniciais, relativas à instabilidade dogmática desse modelo dual.

observador objetivo,⁴⁴⁸ situado, agora, na posição da vítima, teria ou não aceitado participar da atividade, caso fosse previamente informado, antes da prática da conduta, sobre o fator de perigo omitido. Se a resposta for negativa, i.e., diante do conhecimento do fator adicional de perigo omitido, a vítima não teria anuído à prática da atividade, as consequências não poderão ser atribuídas à sua esfera de responsabilidade preferente. A pensarmos de maneira contrária, teríamos uma organização derivada de erro, o que não corresponde a um contexto comum de mesmo significado objetivo.⁴⁴⁹ Desse modo, estende-se ao omitente da informação o dever de garantia, por ter criado o risco de ocorrência do resultado (art. 13, § 2º, *c*, CP). O *Caso da entrega de heroína* poderia implicar a responsabilidade por homicídio doloso, se, p. ex., o agente tivesse conhecimento da pureza da droga e aceitasse o resultado morte (hipótese de dolo eventual), ou por homicídio culposo, se o agente, a despeito do particular conhecimento da natureza da droga, tivesse confiado que a ingestão não produziria um efeito letal à vítima (hipótese de culpa consciente).

Além do mais, no interstício do milênio, o Direito Penal se ocupava com problemas de imputação decorrentes da transmissão do vírus HIV. Dentre as incontáveis hipóteses de duvidosa imputação, esclarece-nos Fabio D’Avila, “questionava-se acerca da responsabilidade penal do transmissor nos casos em que a vítima do contágio tinha pleno conhecimento da condição de saúde do seu parceiro e, de forma livre e consciente, submetia-se a relações sexuais desprotegidas, acabando por contrair a doença e vir a óbito”⁴⁵⁰. Seguindo a exposição de D’Avila, seria possível imputar a morte ao responsável pela transmissão? Os tribunais superiores brasileiros procuraram respostas ao problema recorrendo, num primeiro

⁴⁴⁸ Talvez nem seja preciso recorrer ao observador objetivo, se se tratar, *v.g.*, de lesão corporal, pois a própria vítima poderá esclarecer se, mesmo com o conhecimento do fator de perigo omitido, ela teria aderido, ou não, à atividade. Mas isso não deixa de ser – admitamo-lo – contraditório, tendo em conta que o crime de lesão corporal dolosa leve (art. 129, *caput*, CP), bem como o crime de lesão corporal culposa, tanto na modalidade prevista no CP (art. 129, § 6º), quanto na direção de veículo automotor (art. 303, CTB), somente procede mediante representação do ofendido, por força do art. 88 da Lei nº 9.099/1995. Desse modo, se o processo teve início, é sinal de que a vítima exerceu o direito de representação criminal, o que pressupõe a sua vontade em relação à responsabilização criminal do ofensor. Além do mais, os crimes mencionados são de menor potencial ofensivo (desconsiderando as causas de aumento de pena da lesão culposa na direção de veículo automotor), motivo pelo qual estão sujeitos à compensação civil dos danos, à transação penal e à suspensão condicional do processo (arts. 74, 76 e 89, Lei nº 9.099/1995, respectivamente). O crime de lesão corporal culposa na direção de veículo automotor não dependerá de representação, nem se sujeitará à compensação civil e à transação penal, se o agente estiver sob a influência de álcool ou qualquer outra substância psicoativa que determine dependência; participando, em via pública, de corrida, disputa ou competição automobilística, de exibição ou demonstração de perícia em manobra de veículo automotor, não autorizada pela autoridade competente; ou transitando em velocidade superior à máxima permitida para a via em 50 km/h (cinquenta quilômetros por hora) (art. 291, § 1º, CTB).

⁴⁴⁹ Na óptica do consentimento, cf. SIQUEIRA, Flávia. *Autonomia, consentimento e direito penal da medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 253.

⁴⁵⁰ D’AVILA, Fabio Roberto. COVID-19, Autorresponsabilidade e imputação objetiva. Notas introdutórias. In: GIACOMOLLI, Nereu José (org.). *Ciências criminais e Covid-19* [livro eletrônico]. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 73.

momento, ao *tipo subjetivo*, com a expressão mais nítida encontrada em trecho do voto do então Min. Ayres Britto, do STF, proferido no *HC nº 98.712/SP*. Di-lo que, “fosse o propósito do agente apenas transmitir o vírus do HIV, o crime seria o do art. 131 do CP; fosse a intenção do réu ofender a integridade física da vítima, o delito seria o do inciso II do § 2º do art. 129 do CP”, e, por fim, “fosse o intento do autor da ação matar as vítimas, estaria configurado o homicídio (tentado ou consumado)”⁴⁵¹⁻⁴⁵². O STJ, por sua vez, já decidiu que, “em havendo dolo de matar, a relação sexual forçada e dirigida à transmissão do vírus da AIDS é idônea para a caracterização da tentativa de homicídio”, cabendo ao tribunal do júri, por força do princípio *in dubio pro societate*, decidir a respeito da capitulação legal do fato.⁴⁵³

⁴⁵¹ No caso em concreto, o paciente tinha sido denunciado pela prática do crime de homicídio, na modalidade tentada, porque, sabendo-se portador do vírus HIV, mantivera, em épocas distintas, relacionamento amoroso e sexual com três mulheres, das quais, deliberadamente, ocultara a doença. Um dos pedidos da defesa consistiu na desclassificação do crime imputado para o crime de perigo de contágio de moléstia grave (art. 131, CP). A Primeira Turma do STF limitou-se a desconfigurar a imputação a título de homicídio, sem operar a desclassificação para o crime de perigo de contágio, determinando a remessa dos autos ao juiz competente para proceder ao correto enquadramento da conduta; cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus nº 98.712/SP*. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgado em: 5 out. 2010. Publicado em: 17 dez. 2010. Disponível em: <https://bit.ly/3mTZceB>. Acesso em: 9 jul. 2020. Depois disso, em novo julgamento pelo juízo comum, o réu foi condenado pelo crime de perigo de contágio de moléstia grave (art. 131, CP). A magistrada que prolatou a decisão limitou-se a afirmar que, “diante da previsão legal do tipo específico, considerada a imputação perigo de contágio de moléstia, curvo-me ao entendimento de que a tipicidade da conduta praticada pelo acusado reside na exata correspondência com o delito definido no artigo 131, do Código Penal”. Entretanto, houve o reconhecimento da prescrição, sendo declarada extinta a punibilidade; cf. BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Ação Penal nº 0006253-64.2008.8.26.0150*. Vara Única – Foro de Cosmópolis. Magistrada: Maria Thereza Nogueira Pinto. Julgado em: 30 out. 2013. Disponível em: <https://bit.ly/322Tyjs>. Acesso em: 9 jul. 2020.

⁴⁵² Em artigo anterior ao julgado, Andrei Schmidt já criticava – a nosso ver, com acerto – o “equivoco de tratar qualquer caso de transmissão da doença, ainda que de forma voluntária, simplesmente à luz do dolo do agente”. Se isso fosse aceito sem maiores questionamentos, acabaríamos retrocedendo, complementa Schmidt, “a um notório Direito Penal de autor, em que só a maldade subjetiva do agente seria suficiente para a sua responsabilização penal”; cf. SCHMIDT, Andrei Zenkner. Aspectos jurídico-penais da transmissão da AIDS. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, n. 37, p. 209-234. São Paulo. Janeiro/Março de 2002, p. 225. E mesmo a admitir-se a procedência do aspecto subjetivo do tipo, a sua extensão para o campo do homicídio parece implicar um alargamento excessivo da linguagem e do alcance do verbo “matar”. “<<O jogo de linguagem vai desaparecendo” – afirma António Marques, citado por Augusto Silva Dias – “à medida que a possibilidade de concretização do seu objecto se desvanece>>”. No seu lugar surge então o desejo”. Só se pode querer enquanto e na medida do que se sabe e, segundo Wittgenstein – aqui também citado por Augusto Silva Dias –, “<<a gramática da palavra saber está, como é óbvio, intimamente aparentada com a das palavras ‘conhecer’, ‘ser capaz de’. Mas também com a da palavra ‘compreender’ (‘Dominar’ uma técnica)>>”. Daí concluir Augusto Silva Dias que “é, pois, segundo uma lógica de crença ou de desejo e não uma lógica de vontade que, a meu ver, descrevemos a acção de matar do portador de VIH e é também com estas coordenadas significativas que a sua representação se confronta. Olvidar isto na hora da imputação significa funcionalizar o dolo à emotividade social, ao alarme ou aos sentimentos de insegurança colectivos; numa frase, à necessidade político-social de combate à expansão da Sida”; cf. SILVA DIAS, Augusto. Responsabilidade criminal por transmissão irresponsável do vírus da Sida: um olhar sobre o Código Penal português e o novo Código Penal de Cabo Verde. *Direito e cidadania*, Ano VI, n. 20-21, p. 9-38. 2004. Disponível em: <https://bit.ly/3nYUz4m>. Acesso em: 30 nov. 2020, p. 23.

⁴⁵³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus nº 9.378/RS*. Sexta Turma. Relator: Min. Hamilton Carvalhido. Julgado em: 18 out. 1999. Publicado em: 23 out. 2000. Disponível em: <https://bit.ly/2WQyjNX>. Acesso em: 9 jul. 2020. A crítica lançada por Andrei Schmidt continua pertinente, ao nos alertar que, “a menos que se pretenda transmutar o delito de homicídio em permanente, creio que a narração acusatória, por mim destacada, fala por si só: como é que alguém pode tentar matar outrem, com atos capazes para tanto, de março de

Em 2012, o STJ novamente se deparou com um caso de transmissão sexual do vírus HIV. Na ocasião, a relatora, Min. Laurita Vaz, capitulou o fato como lesão corporal qualificada, mencionando, em argumento *obiter dictum*, que o conhecimento da vítima a respeito da contaminação do parceiro sexual não elidiria a punição, sendo inválido o seu consentimento, em razão da indisponibilidade do bem jurídico tutelado, qual seja a integridade corporal.⁴⁵⁴

A opção metodológica em alçar o tipo subjetivo como ponto referencial de imputação não parece a mais adequada, devendo ceder a sua primazia à filtragem objetiva. Cenário a projetar um contexto comum de mesmo significado objetivo, que implica atribuir as consequências à esfera de responsabilidade preferente da vítima, nos casos em que ela tem o conhecimento sobre a condição de saúde do parceiro e consente, de maneira autorresponsável, na prática da relação sexual. Ao mesmo resultado chegamos aos casos em que ocorre o compartilhamento de seringas para injetar drogas: se um dos envolvidos, plenamente responsável, sabe que o outro participante está contaminado, e, ainda assim, aceita utilizar a mesma seringa, o comportamento do sujeito que facilitou a autocolocação em perigo é atípico.⁴⁵⁵ Em ambos os casos, não há uma conduta de renúncia ao bem jurídico.⁴⁵⁶ O que

1991 a julho de 1994? Portanto, em pleno Estado Democrático de Direito (cujo Direito Penal encontra-se fundamentado a partir de *atos*, e não de *personalidades*), um resultado incerto não se pode atribuir a alguém pelo simples fato de o agente desejá-lo”; cf. SCHMIDT, Andrei Zenkner. Aspectos jurídico-penais da transmissão da AIDS. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 37, p. 209-234. São Paulo. Janeiro/Março de 2002, p. 231.

⁴⁵⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* n° 160.982/DF. Quinta Turma. Relatora: Min. Laurita Vaz. Julgado em: 17/05/2012. Publicado em: 28/05/2012. Disponível em: <https://bit.ly/3hssM9N>. Acesso em: 19 out. 2020. O mesmo argumento foi utilizado pelo TJDF, no julgamento da apelação que originou o *habeas corpus*. Leia-se: “[...] 1. A absolvição delitiva mostra-se inviável quando as provas existentes nos autos, em conjunto com a confissão do condenado, demonstram, inequivocadamente, a prática descrita na denúncia. Ademais, se o apelante sabia desde o início que era portador do vírus HIV e, ao manter relações sexuais com a vítima sem a devida proteção, assumiu o risco de transmitir-lhe a enfermidade incurável, impõem-se a sua condenação. 2. Não há que se falar em excludente de ilicitude referente ao consentimento da vítima quando o bem jurídico protegido é indisponível” (BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. *Apelação Criminal* n° 0026263-84.2006.8.07.0003. 2ª Turma Criminal. Relator: Des. Arnaldo Camanho de Assis. Julgado em: 08/10/2009. Publicado em: 13/01/2010. Disponível em: <https://bit.ly/2T6GPGD>. Acesso em: 19 out. 2020). Na doutrina, chega à mesma conclusão GALVÃO, Fernando. *Imputação objetiva*. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 81.

⁴⁵⁵ Nesse sentido, cf. GABBAY, Raquel Bechimol. *Transmissão sexual do VIH e sua problemática para o direito criminal brasileiro e português: análise da questão à luz da teoria da imputação objetiva*. 126 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2015, p. 103 [não mencionando os casos de compartilhamento de seringas]; GIMBERNAT ORDEIG, Enrike. Imputación objetiva y conducta de la víctima. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 58, fasc. 3, p. 733-806. 2005, p. 787-788, fundamentando o rompimento da imputação com base na autocolocação em perigo; SCHMIDT, Andrei Zenkner. Aspectos jurídico-penais da transmissão da AIDS. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 37, p. 209-234. São Paulo. Janeiro/Março de 2002, p. 226; SILVA DIAS, Augusto. Responsabilidade criminal por transmissão irresponsável do vírus da Sida: um olhar sobre o Código Penal português e o novo Código Penal de Cabo Verde. *Direito e cidadania*, Ano VI, n. 20-21, p. 9-38. 2004. Disponível em: <https://bit.ly/3nYUz4m>. Acesso em: 30 nov. 2020, p. 34.

⁴⁵⁶ Nesse sentido, cf. SILVA DIAS, Augusto. Responsabilidade criminal por transmissão irresponsável do vírus da Sida: um olhar sobre o Código Penal português e o novo Código Penal de Cabo Verde. *Direito e cidadania*, Ano VI, n. 20-21, p. 9-38. 2004. Disponível em: <https://bit.ly/3nYUz4m>. Acesso em: 30 nov. 2020, p. 31.

ocorre é uma *exposição à situação de perigo*, motivo pelo qual a doença pode nem chegar a ser transmitida; afinal, o perigo traduz um juízo de possibilidade.⁴⁵⁷ Portanto, ao não concretizar o parâmetro de necessidade de tutela, por não interferir negativamente na autonomia da vítima, o comportamento do autor não pode ser considerado típico.

Por outro lado, a omissão do parceiro sexual contaminado em informar sobre a condição que lhe acomete, conforma, em tese, a tipicidade objetiva, por *controlar por inteiro*, segundo Augusto Silva Dias, o processo de transmissão do vírus. Desse modo, “não se pode falar aqui em consentimento ou assunção do risco pela vítima porque falta a esta o mínimo de conhecimento da condição do autor para que ao seu comportamento possa ser atribuído esse significado”⁴⁵⁸. Se bem vemos, o tipo penal a que a conduta pode se amoldar é o de lesões corporais gravíssimas, das quais resulta enfermidade incurável (art. 129, § 2º, II, CP).⁴⁵⁹ Se o vírus não for transmitido, parece-nos que há tentativa de lesões corporais.⁴⁶⁰ Pode acontecer

⁴⁵⁷ Foi o que aconteceu no caso julgado pela Sentença de 20 de janeiro de 1989, da AP Kempten, e, em grau de apelação, pela sentença de 15 de setembro de 1989, do TSJ da Baviera. Nesse caso, o homem, portador do vírus HIV, comunicou à sua parceira que estava contaminado. Ambos mantiveram relações sexuais, na maioria das vezes, sem preservativo, de junho/julho de 1987 a janeiro de 1988. Mesmo assim, a mulher não contraiu a doença. Ambos os tribunais absolveram o homem da imputação pelo crime de lesões corporais tentadas. As informações foram retiradas de GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Imputación objetiva y conducta de la víctima. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 58, fasc. 3, p. 733-806. 2005, p. 772.

⁴⁵⁸ SILVA DIAS, Augusto. Responsabilidade criminal por transmissão irresponsável do vírus da Sida: um olhar sobre o Código Penal português e o novo Código Penal de Cabo Verde. *Direito e cidadania*, Ano VI, n. 20-21, p. 9-38. 2004. Disponível em: <https://bit.ly/3nYUz4m>. Acesso em: 30 nov. 2020, p. 32.

⁴⁵⁹ Entendendo tratar-se de lesão qualificada pelo perigo de vida, à luz do art. 144, *d*, do CP português (correspondência com o art. 129, § 1º, II, do CP brasileiro), cf. SOUSA, Susana Aires de. A transmissão do vírus da SIDA constitui uma conduta criminalmente relevante? (Considerações sobre a tipicidade criminal). *In: A infecção VIH e o Direito*. Santarém: Normagrafe Lda., 2010, p. 119. O TJRJ já entendeu tratar-se de *lesão corporal seguida de morte*, em caso no qual, pelo que se depreende da leitura do acórdão, a acusada omitira a doença ao parceiro sexual, que somente teve conhecimento após contraí-la, vindo a óbito tempos depois. Duas observações importantes sobre o caso: 1ª) a acusada era prostituta, situação que levaria, segundo um setor doutrinal, a excluir a imputação, ainda que a vítima não soubesse da doença; 2ª) o Tribunal não reputou possível afastar a imputação pela via do consentimento, entendendo que “o ordenamento jurídico brasileiro estabelece que a vida é bem indisponível, bem como a saúde no tocante à contaminação por moléstia grave e sem cura”; cf. BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Apelação Criminal nº 0000689-11.2006.8.19.0008*. Segunda Câmara Criminal. Relator: Des. José Augusto de Araújo Neto. Julgamento em: 19/02/2008. Publicação em: 16/06/2008. Disponível em: <https://bit.ly/3h0vxPq>. Acesso em: 18 dez. 2020.

⁴⁶⁰ Nesse sentido, cf. SCHMIDT, Andrei Zenkner. Aspectos jurídico-penais da transmissão da AIDS. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 37, p. 209-234. São Paulo. Janeiro/Março de 2002, p. 231-232. Para Chaves Camargo, não seria possível a imputação pelo crime de lesões corporais, apenas pelo perigo de contágio (art. 131, CP); cf. CAMARGO, Antônio Luís Chaves. Aids e direito penal: aspectos gerais. *Revista USP (Dossiê Aids)*, n. 33, p. 57-65. São Paulo. 1997, p. 61 e 63. Na perspectiva do Código Penal português, Augusto Silva Dias sustentava o enquadramento da transmissão do vírus HIV às ofensas corporais simples, eventualmente qualificadas por emprego de *meio insidioso*, enquadramento que, di-lo-ia, “se não é totalmente isento de dificuldades probatórias, reduz tais dificuldades à prova de contágio. Na verdade, o resultado das ofensas corporais simples não deve consistir na verificação da Sida como doenças específica, sob pena de o facto se converter em ofensa corporal grave nas modalidades de <<doenças incurável>> ou <<permanente>> ou de <<perigo para a vida>> [...]”. A contaminação representa, segundo o autor, “uma afectação da saúde antes e independentemente de desencadear na vítima um quadro de doença, pois a inoculação no organismo humano de um fluido orgânico contaminado com VIH provoca já uma alteração nociva do equilíbrio biológico geral”; cf. SILVA DIAS, Augusto. Responsabilidade criminal por transmissão irresponsável do vírus da Sida: um olhar

que a pessoa infectada adote as cautelas em princípio idôneas a evitar o contágio, como o uso de preservativo, mas sem informar o(a) parceiro(a) acerca da doença. Se bem vemos, o homem prudente diria que há uma possibilidade de dano, já que pode ocorrer o rompimento do preservativo. Dado com o qual deve contar o eventual transmissor, abstendo-se de praticar a conduta, até porque o desnível de conhecimento não permite atribuir à vítima as consequências da atividade. Desse modo, por não agir com dolo de lesão, ao autor deve ser imputado o crime de lesões corporais culposas, caso ocorra o contágio (art. 129, § 6º, CP).⁴⁶¹-⁴⁶² Ademais, o conhecimento da doença que acomete o parceiro sexual é irrelevante nos casos em que a conduta da vítima não for responsável.⁴⁶³ Exemplo: a vítima sabe que o autor é soropositivo, mas ele a coage à prática das relações sexuais, sem o uso de preservativo. Nesse caso, há uma conduta típica praticada pelo autor, não só no sentido do delito de lesões corporais, mas também relativa ao crime contra a dignidade sexual.⁴⁶⁴

Há certa controvérsia no setor das pessoas pertencentes aos “*grupos de risco*”, grupos estes a abranger, *v.g.*, os drogodependentes e aqueles que se dedicam à prostituição. Para alguns autores, nos casos em que, da prática de relações sexuais com pessoas dedicadas à prostituição, resultar o contágio, mostra-se indiferente o conhecimento da vítima a respeito da existência, ou não, da doença, bastando-lhe que saiba qual a atividade exercida pela pessoa com quem pratica a relação sexual.⁴⁶⁵ Outros autores, por sua vez, apenas excluem a

sobre o Código Penal português e o novo Código Penal de Cabo Verde. *Direito e cidadania*, Ano VI, n. 20-21, p. 9-38. 2004. Disponível em: <https://bit.ly/3nYUz4m>. Acesso em: 30 nov. 2020, p. 29.

⁴⁶¹ “Quando uma pessoa, infectada com o vírus HIV, contagia outra, ao manter contato sexual, sem possuir o dolo de lesão, ela responde, ao menos, por lesões corporais culposas, se ocultou ao(à) parceiro(a) a existência da enfermidade e o risco elevado de contágio” [tradução livre] (SCHÜNEMANN, Bernd. Consideraciones sobre la imputación objetiva. P. 219-248. In: *Teorías actuales en el Derecho Penal*. Buenos Aires: Ad Hoc, 1998, p. 240). Da mesma forma, entendendo que o uso de preservativo, desacompanhado da informação da doença, implica responsabilidade ao autor, cf. GABBAY, Raquel Bechimol. *Transmissão sexual do VIH e sua problemática para o direito criminal brasileiro e português: análise da questão à luz da teoria da imputação objetiva*. 126 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2015, p. 105.

⁴⁶² Cenário que coloca, ademais, problemas probatórios; “ou seja, para que o tipo em causa esteja plenamente realizado é necessária a prova de que alguém foi contagiado com o VIH em consequência de contactos sexuais com o autor e que esses contactos determinaram o aparecimento da doença”; cf. SILVA DIAS, Augusto. Responsabilidade criminal por transmissão irresponsável do vírus da Sida: um olhar sobre o Código Penal português e o novo Código Penal de Cabo Verde. *Direito e cidadania*, Ano VI, n. 20-21, p. 9-38. 2004. Disponível em: <https://bit.ly/3nYUz4m>. Acesso em: 30 nov. 2020, p. 28 [ressaltando que, na passagem, o autor não se refere ao crime de lesões corporais].

⁴⁶³ Nesse sentido, cf. SCHMIDT, Andrei Zenkner. Aspectos jurídico-penais da transmissão da AIDS. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 37, p. 209-234. São Paulo. Janeiro/Março de 2002, p. 227.

⁴⁶⁴ Nesse sentido, cf. ROXIN, Claus. La polémica en torno a la heteropuesta en peligro consentida. Tradução de Enrique Peñaranda Ramos. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n. 1. Barcelona. Janeiro de 2013, p. 16-17.

⁴⁶⁵ “[...] se um sujeito mantém relações sexuais com uma pessoa, cujas circunstâncias pessoais revelam um possível risco – suponhamos tratar-se de uma dedicada à prostituição –, e resulta, desse contato, o contágio de uma enfermidade de transmissão sexual, é indiferente que a vítima conheça, ou não, a condição de portadora de tal enfermidade da outra, ou sequer a possibilidade de transmissão no contato sexual eleito. Afinal, a atividade

imputação quando a vítima aquiesça à relação sexual ao ter o pleno conhecimento de que a outra pessoa é portadora da doença.⁴⁶⁶ Quanto a nós, a segunda solução parece ser a mais adequada, devendo a imputação ser afastada, tão só, quando a vítima aceitar a prática da relação sexual, sendo previamente informada, pelo(a) parceiro(a), que ele(a) é portador(a) da doença, independentemente da sua ocupação.⁴⁶⁷ De todos os modos, na reconstrução cênica, as partes interessadas poderiam indagar à vítima se, mesmo com o conhecimento prévio, ela teria aceitado praticar a relação sexual ou não. Se a resposta for positiva, teríamos uma espécie de *comportamento alternativo*, que afetaria o exame da tipicidade da conduta. Noutras

conjunta realizada – contato sexual com alguém que mantém frequentes relações sexuais com um grande número de pessoas – carrega o risco de contágio de uma enfermidade de transmissão sexual” [tradução livre] (CANCIO MELIÁ, Manuel. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas. 1997. 664 f. Tese (Doutorado). Universidad Autónoma de Madrid, Facultad de Derecho. Madrid, 1997, p. 470). Para Amanda Mello, haverá uma autocolocação em perigo, excludente da tipicidade objetiva, “nos casos em que, apesar de não haver informação por parte do soropositivo, este pertença a um dos denominados grupos de risco, sempre que o participante saudável do casal saiba que está mantendo uma relação com uma pessoa pertencente a este grupo, assim como todos os riscos daí decorrentes, sendo irrelevante, além disso, que o soropositivo, pertencente a tal grupo de risco, tivesse apresentado um teste que mostrasse um resultado negativo” [tradução livre]. A autora parte, ademais, da ideia de *domínio do fato* para verificar uma autocolocação em perigo, afirmando que, não obstante o desconhecimento, ao aceitar a prática de relações sexuais com alguém pertencente ao “grupo de risco”, a vítima assumiria, conscientemente, o risco de contágio e ostentaria, por isso mesmo, o domínio do fato; cf. MELLO, Amanda Palitot Villar de. ¿Es posible hablar de una autopuesta en peligro en los casos de transmisión del virus del SIDA por medio de relaciones sexuales? P. 199-215. In: BITENCOURT, Cezar Roberto (coordenador). *Direito penal no terceiro milênio: estudos em homenagem ao Prof. Francisco Muñoz Conde*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 212-213. Com semelhanças, cf. DUARTE, Diogo Duarte Rodrigues da Silva. *A punibilidade da transmissão do vírus HIV/SIDA*. 2015. 114 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Lusíada de Lisboa, Lisboa, 2015, p. 85, ao argumento de que “a transmissão do vírus dentro de certos grupos acaba assim por valer como sinónimo ou expressão da previsibilidade do risco, pelo que a ausência de responsabilidade parece ser a solução mais evidente”; JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no Direito Penal*. 5. ed. Tradução de André Luís Callegari. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2014, p 31.

⁴⁶⁶ Compartilham desse ponto de vista, por exemplo, Herzberg, Schünemann e Portilla Contreras, como nos informa MELLO, Amanda Palitot Villar de. ¿Es posible hablar de una autopuesta en peligro en los casos de transmisión del virus del SIDA por medio de relaciones sexuales? P. 199-215. In: BITENCOURT, Cezar Roberto (coordenador). *Direito penal no terceiro milênio: estudos em homenagem ao Prof. Francisco Muñoz Conde*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 201-203.

⁴⁶⁷ “Essa posição, no entanto, [a autora refere-se à primeira posição mencionada no texto] 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 respeito 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” (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, p. 229). Cf., também, GABBAY, Raquel Bechimol. *Transmissão sexual do VIH e sua problemática para o direito criminal brasileiro e português: análise da questão à luz da teoria da imputação objetiva*. 126 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2015, p. 104; SILVA DIAS, Augusto. Responsabilidade criminal por transmissão irresponsável do vírus da Sida: um olhar sobre o Código Penal português e o novo Código Penal de Cabo Verde. *Direito e cidadania*, Ano VI, n. 20-21, p. 9-38. 2004. Disponível em: <https://bit.ly/3nYUz4m>. Acesso em: 30 nov. 2020, p. 33, que estende a imputação, inclusive, àqueles que, representando seriamente a possibilidade de estarem contaminados, não informam o parceiro dessa suspeita, e aos que induzem a vítima em erro.

palavras, o (des)conhecimento não interferiria na autonomia da decisão tomada pela vítima, devendo atribuir as consequências à sua esfera preferente de responsabilidade.

Além dos casos de infecção pelo vírus HIV, o cenário atual redireciona o problema às contaminações pelo novo *Coronavírus*, causador da *Covid-19*, doença que se prolifera com extrema rapidez e cuja letalidade não é posta em dúvida. Busquemos um exemplo: *Beltrano* e *Fulana* estão em um relacionamento. Ela é enfermeira e contraiu a doença num dos atendimentos que realizou no hospital. *Beltrano* não se importa com essa condição e, para dar provas do seu amor, dirige-se à residência de *Fulana*. Lá chegando, dá-lhe um abraço e mantém contato físico, beijando-a. Dias depois, *Beltrano* é diagnosticado com a doença. É possível imputar a ofensa à saúde, a título de lesões corporais, ou a morte, a título de homicídio, à pessoa que transmitiu a doença? Em tese, não. A conduta autorresponsável do sujeito que consente à autoexposição ao perigo não implica a desaprovação da conduta do transmissor da doença, como também acontece nos casos de contaminação pela AIDS.

No entanto, um horizonte expandido de questões, muitas das quais ainda incertas, paira em relação ao assunto. Uma delas refere-se à ausência de sintomas da doença, mesmo que a pessoa tenha contraído o vírus (assintomáticos). Nesse caso, é ainda possível que a pessoa contaminada transmita o vírus a terceiros, embora a probabilidade seja menor.⁴⁶⁸ Portanto, ao não manifestar os sintomas, o sujeito pode não saber que foi infectado e, em caso de manter contato físico com outra pessoa, contaminá-la. Apesar de a vítima desconhecer o fator de perigo, não nos parece correto desaprovar, nesse caso, a conduta do sujeito que transmitiu a doença, em razão do seu próprio desconhecimento, que o impede de ativar os deveres de cuidado exigíveis. Por outro lado, ao ter pleno conhecimento e não informar a vítima sobre a infecção, o autor pratica um comportamento típico, motivo pelo qual o resultado posteriormente ocorrido pode ser-lhe imputado.⁴⁶⁹ O elemento subjetivo demandaria uma análise mais minuciosa, a justificar a momentânea omissão.

⁴⁶⁸ VARELLA, Mariana. Covid-19: *Assintomáticos podem transmitir a doença?* Disponível em: <https://bit.ly/34WiDgO>. Acesso em: 20 out. 2020.

⁴⁶⁹ Questão interessante é saber se a pessoa sabidamente infectada, que dolosa ou culposamente transmitiu a doença para terceiro, praticou uma conduta típica, nos casos em que este terceiro não apresentou os sintomas característicos da doença. Se bem vemos, o problema pode ser resolvido segundo os critérios de ofensa ao bem jurídico, já que, de um plano *ex post*, a vida e a saúde da vítima não foram lesadas, apesar de expostas em perigo pelo comportamento do transmissor.

4.2.2.3 A existência de deveres de garantia

A organização de determinadas atividades exige, muitas vezes, que um dos envolvidos assuma determinados deveres de garantia, com a finalidade de evitar resultados prejudiciais aos bens jurídicos da vítima. De acordo com Cancio Meliá, a posição de garantia surge quando o ordenamento jurídico estabelece regras especiais, a partir das quais corresponde, a um dos sujeitos envolvidos, uma especial obrigação de tutela em relação aos demais intervenientes na execução da atividade.⁴⁷⁰ Ao assumir a posição de garante, é imposto ao agente o dever de agir para evitar o resultado, dever este que incumbe a quem tenha por lei a obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; ou, com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado (art. 13, § 2º, CP). Além do mais, não basta o dever de agir, exigindo-se, ademais, o *poder de agir*. De todos os modos, por regra geral, nos casos de atividade organizada em que o autor assumia a posição de garante, as eventuais consequências não poderão ser atribuídas ao âmbito de responsabilidade preferente da vítima.⁴⁷¹

Entretanto, a conduta do garante apenas será típica, segundo Porciúncula, quando ele tenha assumido essa posição *precisamente em razão da ausência de responsabilidade do sujeito “vigiado”*, já que, nesses supostos, não é possível interpretar tal conduta como uma contribuição ao livre desenvolvimento da personalidade.⁴⁷² No particular caso da *ingerência* (art. 13, § 2º, c, CP), “o dever de atuação para evitar o perigo deriva” – de acordo com Busato – “de ser a pessoa a única que domina os meios de controle do risco e não precisamente porque tenha atuado no sentido da criação da situação arriscada”⁴⁷³. Dessa forma, segundo

⁴⁷⁰ CANCIO MELIÁ, Manuel. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas. 1997. 664 f. Tese (Doutorado). Universidad Autónoma de Madrid, Facultad de Derecho. Madrid, 1997, p. 505.

⁴⁷¹ Nesse sentido, cf. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Imputação objetiva no Direito penal*. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen. Porto Alegre: CDS Editora, 2019, p. 65. Para Martinelli e Schmitt de Bem, “[...] a posição de garantidor deve ser considerada não quanto à integridade do bem jurídico, e sim em relação à fonte de perigo”; cf. MARTINELLI, João Paulo Orsini; SCHMITT DE BEM, Leonardo. *Lições fundamentais de direito penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

⁴⁷² PORCIÚNCULA, José Carlos. *Lo “objetivo” y lo “subjetivo” en el tipo penal*. Barcelona: Atelier, 2014, p. 275. No mais, cf. JESUS, Damásio de. *Imputação objetiva*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 58-59, para quem “quando o autor restringe-se ao fornecimento da droga ou a uma atitude participativa, mas meramente passiva, não há imputação objetiva”.

⁴⁷³ BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 299. Cf., também, SANTORO FILHO, Antonio Carlos. *Teoria da Imputação Objetiva – Apontamentos Críticos à luz do Direito Positivo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 62, para quem “é necessário que a conduta *crie* o risco, isto é, que seja o fator preponderante para a sua existência, não bastando, para tal fim, a mera contribuição acessória para o surgimento de uma situação perigosa, simples *colaboração* para a criação do perigo”. Desse modo, o que importa “é aferir se a conduta constitui o *fator preponderante* para a ocorrência do risco, de forma a se lhe poder atribuir a ‘criação de perigo’ [grifos do autor].”

Roxin, não se configura a posição de garantia nos casos em que o perigo provocado pela ação precedente desemboque, unicamente, no âmbito de responsabilidade de quem o provocou.⁴⁷⁴ No *Caso da seringa de morfina*, p. ex., não incumbia ao autor dos fatos o dever de agir para evitar o resultado, pois a vítima agiu responsabilmente e tinha, salvo melhor juízo, a possibilidade de controlar a situação de perigo.⁴⁷⁵ Não obstante, permanece intacta a imputação pelo crime de omissão de socorro, qualificado, no caso específico, pelo resultado morte (art. 135, parágrafo único, CP).⁴⁷⁶

As posições de garantia recém-mencionadas podem advir, por exemplo, da relação de tutela incumbida ao autor, em virtude da direção que ele assume ao executar a atividade. Segundo Cancio Meliá, existem determinados âmbitos de relação nos quais a organização conjunta de uma atividade geradora de perigo é desenvolvida a partir da direção ou da supervisão dos sujeitos intervenientes e no interesse deles. Em tais setores, o ordenamento jurídico pode atribuir certas funções de tutela ao responsável pelo empreendimento em relação aos seus subordinados, quando estejam sujeitos à prática de condutas arriscadas.⁴⁷⁷ As *atividades laborais* parecem refletir tal possibilidade.⁴⁷⁸ Com efeito, o empregador é obrigado a assumir os riscos da atividade econômica (art. 2º, *caput*, CLT), incluindo-se, aí, os riscos de acidentes de trabalho dos seus empregados.⁴⁷⁹ Portanto, o empregador parece assumir a

⁴⁷⁴ ROXIN, Claus. Ingerencia e imputación objetiva. *Revista Penal*, n. 19, p. 152-161. Huelva. 2007. Disponível em: <https://bit.ly/37TH3cH>. Acesso em: 6 ago. 2020, p. 158.

⁴⁷⁵ Entendendo haver posição de garante e o dever de evitar o resultado, cf. GALVÃO, Fernando. *Imputação objetiva*. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 78.

⁴⁷⁶ Com semelhanças, cf. 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, p. 235.

⁴⁷⁷ CANCIO MELIÁ, Manuel. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas. 1997. 664 f. Tese (Doutorado). Universidad Autónoma de Madrid, Facultad de Derecho. Madrid, 1997, p. 507.

⁴⁷⁸ Nesse sentido, cf. GÓMEZ RIVERO, Carmen. Víctimas culpables: ¿Victimodogmática, dogmática penal o intuición? *Cuadernos de política criminal*, n. 113, II, Época II, p. 105-158. Setembro de 2014, p. 125.

⁴⁷⁹ “Art. 19. Acidente do trabalho é o que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço de empresa ou de empregador doméstico ou pelo exercício do trabalho dos segurados referidos no inciso VII do art. 11 desta Lei, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho. [...] Art. 20. Consideram-se acidente do trabalho, nos termos do artigo anterior, as seguintes entidades mórbidas: I - doença profissional, assim entendida a produzida ou desencadeada pelo exercício do trabalho peculiar a determinada atividade e constante da respectiva relação elaborada pelo Ministério do Trabalho e da Previdência Social; II - doença do trabalho, assim entendida a adquirida ou desencadeada em função de condições especiais em que o trabalho é realizado e com ele se relacione diretamente, constante da relação mencionada no inciso I. § 1º Não são consideradas como doença do trabalho: a) a doença degenerativa; b) a inerente a grupo etário; c) a que não produza incapacidade laborativa; d) a doença endêmica adquirida por segurado habitante de região em que ela se desenvolva, salvo comprovação de que é resultante de exposição ou contato direto determinado pela natureza do trabalho. [...] Art. 21. Equiparam-se também ao acidente do trabalho, para efeitos desta Lei: I - o acidente ligado ao trabalho que, embora não tenha sido a causa única, haja contribuído diretamente para a morte do segurado, para redução ou perda da sua capacidade para o trabalho, ou produzido lesão que exija atenção médica para a sua recuperação; II - o acidente sofrido pelo segurado no local e no horário do trabalho, em conseqüência de: a) ato de agressão, sabotagem ou terrorismo praticado por terceiro ou companheiro de trabalho; b) ofensa física intencional, inclusive de terceiro,

posição de garante, devido à obrigação de cuidado, proteção ou vigilância (art. 13, § 2º, *a*, CP), decorrente, em grosso resumo, do dever de prevenção de acidentes no ambiente de trabalho.⁴⁸⁰ Diante disso, até que ponto o empregador pode ser responsabilizado penalmente pelas lesões ou, inclusive, pelas mortes dos seus empregados, decorrentes de acidentes laborais?⁴⁸¹

A organização da atividade empresarial é responsabilidade do empregador. As prerrogativas da liberdade organizacional têm, como correlatas, as imposições de velar pelo

por motivo de disputa relacionada ao trabalho; c) ato de imprudência, de negligência ou de imperícia de terceiro ou de companheiro de trabalho; d) ato de pessoa privada do uso da razão; e) desabamento, inundação, incêndio e outros casos fortuitos ou decorrentes de força maior; III - a doença proveniente de contaminação acidental do empregado no exercício de sua atividade; IV - o acidente sofrido pelo segurado ainda que fora do local e horário de trabalho: a) na execução de ordem ou na realização de serviço sob a autoridade da empresa; b) na prestação espontânea de qualquer serviço à empresa para lhe evitar prejuízo ou proporcionar proveito; c) em viagem a serviço da empresa, inclusive para estudo quando financiada por esta dentro de seus planos para melhor capacitação da mão-de-obra, independentemente do meio de locomoção utilizado, inclusive veículo de propriedade do segurado; d) no percurso da residência para o local de trabalho ou deste para aquela, qualquer que seja o meio de locomoção, inclusive veículo de propriedade do segurado” (arts. 19 a 21, Lei nº 8.213/1991).

⁴⁸⁰ “Assim, seguindo critérios gerais básicos de atribuição de responsabilidade, cabe atribuir ao titular da empresa uma posição de segurança, uma posição de garantia, em relação aos processos de risco que emanam da sua empresa, porque são riscos que gerou no uso de sua liberdade. [...] O empresário – chamemo-lo assim – é garante porque a empresa é uma fonte própria de riscos, ou porque os riscos da empresa para a vida, para a integridade física ou para a saúde dos trabalhadores são riscos que ele originariamente desencadeou” [tradução livre] (LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. *La imputación penal del accidente del trabajo*. In: *Tutela penal en la seguridad en el trabajo*. P. 41-64. Bilbao: Publicaciones de la Universidad de Deusto, 2006, p. 44). Nesse sentido, cf., ainda, PERIN, Andrea. *La contribución de la víctima y la imputación objetiva del resultado en la teoría del delito imprudente*. Un estudio comparado en materia de prevención de riesgos laborales. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 18. 2016. Disponível em: <https://bit.ly/2KV8GJb>. Acesso em: 1 jul. 2020, p. 3.

⁴⁸¹ Antes mesmo desse primeiro questionamento, deveríamos verificar *quem é* a pessoa que se encontra na posição de garante. Afinal, a delimitação dessa posição é bastante diversa se compararmos, p. ex., uma empresa familiar de serralheria, administrada por uma única pessoa e que conta com cerca de dez funcionários, a uma indústria multinacional. Nas estruturas empresariais simples, p. ex., existe um superior hierárquico (um empresário individual ou um administrador) que dirige e coordena os sujeitos a ele subordinados, sendo ele o único que detém o poder de mando e de decisão da empresa. Caso em que a identificação do garante pode ser considerada mais simples quando comparada a estruturas empresariais complexas (médias e grandes empresas), nas quais a gestão empresarial geralmente é estratificada, além de apresentar maiores níveis de impessoalidade, já que as tarefas são atribuídas a diversos setores e a diversos responsáveis, podendo haver uma cadeia de delegações em tal âmbito; nesse sentido, cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Fundamentos del derecho penal de la empresa* [con la colaboración de Raquel Montaner Fernández e Lorena Varela]. 2. ed. Montevideo: B de F, 2016, p. 92-93. Como bem observa Lascuraín Sánchez, “o titular da empresa, frequentemente uma massa de acionistas, quase nunca observará o seu dever diretamente, mas, sim, por intermédio da delegação a outras pessoas, que, por sua vez, delegarão parte de suas funções” [tradução livre]. Um dos efeitos mais evidentes dessa delegação consiste em gerar um dever de segurança novo à pessoa delegada, o que não dispensa o delegante de deveres residuais de vigilância em relação ao delegado. A precisão do dever de vigilância do delegante em relação ao delegado deve atender ao tipo de atividade – quanto maior o risco, mais intensa deverá ser a supervisão – e às características pessoais do delegado – qualificação e experiência. Os requisitos da delegação consistiriam, basicamente, na liberdade tanto dessa delegação quanto da respectiva assunção, da seleção adequada e da atribuição de domínio. Com isso, há uma geração de deveres de garantia; cf. LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. *La imputación penal del accidente del trabajo*. In: *Tutela penal en la seguridad en el trabajo*. P. 41-64. Bilbao: Publicaciones de la Universidad de Deusto, 2006, p. 45-47. Para uma visão mais ampla da posição de garante dos dirigentes e administradores da empresa, cf. ESTELLITA, Heloisa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa*. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 75 et seq.

cumprimento das regras de segurança no trabalho, independentemente, em regra, das possíveis condutas geradoras de risco dos próprios trabalhadores.⁴⁸² Isso decorre da assimetria da relação de trabalho, marcada pela posição de superioridade hierárquica do empregador em relação ao empregado. Destarte, as normas redutoras de perigo no ambiente laboral têm por escopo promover, ainda que indiretamente, uma maior paridade na relação laboral. Afinal, o *princípio da proteção*, característico das relações de trabalho, tem o objetivo de “retificar (ou atenuar), no plano jurídico, o desequilíbrio inerente ao plano fático do contrato de trabalho”⁴⁸³. Dessa forma, sendo obrigatório o controle dos fatores de perigo, as regras gerais de delimitação dos âmbitos de responsabilidade entre autor e vítima são restringidas. Diante disso, a conduta arriscada da vítima não poderá ser atribuída, em princípio, ao seu âmbito de responsabilidade preferente.⁴⁸⁴

A CLT impõe às empresas e, conseqüentemente, aos empregadores, o dever de “cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho” e “instruir os empregados, através de ordens de serviço, quanto às precauções a tomar no sentido de evitar acidentes do trabalho ou doenças ocupacionais” (art. 157, I e II, CLT; deveres também requeridos pelo art. 19, §§ 1º e 3º, da Lei nº 8.213/1991). Uma das medidas de prevenção consiste no uso de equipamento de proteção individual (EPI), definido pela NR nº 6 como “todo dispositivo ou produto, de uso individual utilizado pelo trabalhador, destinado à proteção de riscos suscetíveis de ameaçar a segurança e a saúde no trabalho”. Nos casos de trabalho insalubre, p. ex., a CLT estipulou que a eliminação ou a neutralização da insalubridade ocorrerá com a utilização de EPI ao trabalhador (art. 191, II, CLT). Portanto, o empregador é obrigado a fornecer aos empregados, gratuitamente, EPI adequado ao risco, em perfeito estado de conservação e funcionamento (item 6.3 da NR nº 6 e art. 166 da CLT). Desse modo, se o empregado sofrer um acidente de trabalho que resulte em lesão corporal ou morte, em decorrência da falta de EPI adequado a evitar a situação de risco, a sua autoexposição ao perigo não exime o empregador pelo resultado ocorrido. Nesse caso, a

⁴⁸² CANCIO MELIÁ, Manuel. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas. 1997. 664 f. Tese (Doutorado). Universidad Autónoma de Madrid, Facultad de Derecho. Madrid, 1997, p. 508.

⁴⁸³ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019, p. 233.

⁴⁸⁴ CANCIO MELIÁ, Manuel. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas. 1997. 664 f. Tese (Doutorado). Universidad Autónoma de Madrid, Facultad de Derecho. Madrid, 1997, p. 509-510. Cf., também, GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Imputação objetiva no Direito penal*. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen. Porto Alegre: CDS Editora, 2019, p. 67; LÓPEZ DÍAZ, Claudia. Acciones a propio riesgo. *Revista CENIPEC*, n. 25, p. 115-174. Bogotá: 2006, p. 156.

submissão do empregado à situação de perigo não foi totalmente livre, o que impede o reconhecimento da autorresponsabilidade de sua conduta.⁴⁸⁵

Entretanto, pode acontecer que o empregador forneça o EPI adequado, mas o empregado decida, simplesmente, não utilizá-lo, do que resulta um acidente laboral. Em tais situações, parece-nos que conformar o comportamento típico do empregador implicaria uma extensão exagerada do dever de cuidado.⁴⁸⁶ Deve-se evitar, conforme Juarez Tavares, “qualquer extensão exagerada das exigências de cuidado, quando seja absolutamente impossível o seu reconhecimento ou este ultrapasse a medida do que pertence à experiência geral da vida diária”⁴⁸⁷. Desse modo, o empregador pode confiar que o empregado fará uso do EPI fornecido, tanto é que constitui ato faltoso do empregado a recusa injustificada ao uso dos equipamentos de proteção individual fornecidos pela empresa (art. 158, parágrafo único, *b*, CLT). Como nos esclarece Feijóo Sánchez, o empregador tem a obrigação de adotar os cuidados necessários em relação aos seus trabalhadores, mas não de tratá-los como pessoas

⁴⁸⁵ Não temos, em nossa legislação penal, um crime específico que tutele a segurança das relações de trabalho. O art. 132 do CP pune a conduta de “expor a vida ou a saúde de outrem a perigo direto e iminente”. No entanto, tal crime apenas pode ser praticado na modalidade dolosa, tendo em vista que não há derivação típica para a modalidade culposa. Desse modo, a menos que o empregador tenha agido dolosamente, a exposição da vida ou da saúde do empregado a uma situação de perigo, devido ao não cumprimento das normas de segurança do trabalho, não parece ser punível, não, pelo menos, de acordo com o art. 132 do CP. O art. 19, § 2º, da Lei nº 8.213/1991, por sua vez, dispõe que “constitui contravenção penal, punível com multa, deixar a empresa de cumprir as normas de segurança e higiene do trabalho”. Talvez fosse mais adequado adotar uma técnica de tutela parecida com a da legislação espanhola, que tipifica, no art. 316 do CP, a seguinte conduta: “Aqueles que, com infração às normas de prevenção de riscos laborais e estando legalmente obrigados, não facilitem os meios necessários para que os trabalhadores desempenhem sua atividade com as medidas de segurança e higiene adequadas, de forma a colocar em perigo grave sua vida, saúde ou integridade física, serão castigados com as penas de prisão, de seis meses a três anos, e multa, de seis a doze meses” [tradução livre]. Na redação original: “Los que con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales y estando legalmente obligados, no faciliten los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, de forma que pongan así en peligro grave su vida, salud o integridad física, serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses”.

⁴⁸⁶ Abordando a questão na perspectiva do consentimento, cf. PIERANGELI, José Henrique. *O consentimento do ofendido na teoria do delito*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 185, para quem “não se pode falar em responsabilidade penal quando o empregador ou o seu preposto cumpriram pontualmente todas as obrigações concernentes à segurança do trabalho. Em tal hipótese, sequer há que se falar em consentimento, pois, indubitavelmente, o infortúnio decorre ou da culpa do próprio acidentado, ou de caso fortuito, ou, ainda, de força maior”.

⁴⁸⁷ TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 319.

incapazes.⁴⁸⁸ Afinal, as regras gerais de cuidado e as medidas de segurança no trabalho já foram pensadas para superar as “incapacidades parciais” do trabalhador.⁴⁸⁹⁻⁴⁹⁰

A *Corte di Cassazione* italiana julgou um caso em que o trabalhador, por esquecimento ou desatenção, não apertou corretamente o cinto de segurança, motivo pelo qual caiu do andaime e sofreu lesões corporais. Todavia, o empregador havia informado adequadamente aos trabalhadores acerca dos possíveis riscos do trabalho, além de fornecer-lhes os equipamentos de segurança prescritos pela legislação protetiva em matéria de trabalho, cumprindo, assim, os deveres cautelares. Diante disso, a Corte considerou que o comportamento omissivo do trabalhador (não ter apertado o cinto de segurança) configurou uma causa superveniente que determinou o evento lesivo.⁴⁹¹ Quanto a nós, chegaríamos à mesma conclusão que a Corte, qual seja a atipicidade, mas por via distinta. Se bem vemos, o empregador cumpriu os deveres de cuidado atribuíveis à sua posição de garante, quais sejam o fornecimento do EPI e a informação adequada do uso. Portanto, como o risco básico relacionado à atividade não foi superado, não houve violação ao cuidado devido, o que, se bem vemos, afasta o desvalor objetivo de ação.

No *Caso da queda do telhado*, o trabalhador decidiu livremente realizar um serviço para o qual não fora contratado. Noutras palavras, submeteu-se de maneira consciente a um fator de perigo diverso daquele que a norma de diligência (fornecimento do equipamento de proteção individual) procura evitar. Destacou com acerto o Relator da Apelação Criminal, o Des. Renato Martins Jacob, que “não haveria como exigir do acusado que fornecesse os

⁴⁸⁸ Lembremo-nos da vedação, explicitamente reconhecida na CF (art. 5º, XXXIII), do trabalho noturno, perigoso ou insalubre aos trabalhadores menores de idade. As lesões corporais ou, até mesmo, a morte do trabalhador menor de idade, ocorrida em quaisquer das condições mencionadas, não exonera o empregado, em princípio, da responsabilidade penal, mesmo que ele tenha fornecido e instruído o uso do EPI adequado. Afinal, a própria legislação estabeleceu limites para o trabalho do menor, limites estes de observância e cumprimento obrigatórios pelo empregador.

⁴⁸⁹ FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el derecho penal. Fundamento y consecuencias dogmáticas. *Derecho Penal y Criminología*, v. 21, n. 69, p. 37-76. 2000, p. 69-70.

⁴⁹⁰ Obviamente, o fornecimento de EPI é apenas uma das diversas medidas redutoras de perigo nas relações empregatícias. Além do mais, fornecer o equipamento simplesmente por fornecer, sem explicar aos trabalhadores a maneira correta e as demais cautelas no respectivo uso, não significa cumprir, automaticamente, o dever de diligência imposto. Nesse sentido, “[...] é legítimo confiar num sujeito na medida em que se lhe proporcione, previamente, os conhecimentos e as informações necessárias para que ele possa atuar de maneira diligente (isto é, de acordo com tais conhecimentos e informações). Por isso, e em relação com a responsabilidade do empresário, a conduta descuidada da vítima deveria ser tomada em conta, ao menos num primeiro plano de avaliação, no momento de dar concretude ao dever ‘relacional’ de vigilância do próprio garante, acudindo ao critério de previsibilidade (*ex ante*) do resultado em concreto e conforme ao denominado ‘princípio de confiança’ [tradução livre] (PERIN, Andrea. La contribución de la víctima y la imputación objetiva del resultado en la teoría del delito imprudente. Un estudio comparado en materia de prevención de riesgos laborales. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 18. 2016. Disponível em: <https://bit.ly/2KV8GJb>. Acesso em: 1 jul. 2020, p. 24).

⁴⁹¹ Informações retiradas de VENTUROLI, Marco. *La vittima nel sistema penale*. Dall’oblio al protagonismo? Napoli: Jovene, 2015, p. 245.

equipamentos de segurança para aquele serviço [o de reparação das telhas quebradas], não se descurando que, para cada atividade de risco, existem equipamentos de proteção diversos”. Desse modo, prossegue o Relator, “não há como concluir, de forma segura, que, caso tivesse fornecido EPI para a construção dos fornos ou calefação da goteira, funções para as quais o acusado [*sic*, vítima] estava contratado, o resultado morte teria sido evitado”⁴⁹². Além disso, o local em que ocorreu a queda não foi o mesmo em que deveria ser realizada a calefação. Portanto, o resultado deveria ser atribuído à esfera de responsabilidade preferente da vítima, afastando-se a tipicidade da conduta do autor.

As relações verticalizadas, como são as relações de trabalho, apresentam uma série de problemas adicionais no contexto da pandemia da Covid-19. Seria possível imputar ao empregador as lesões ou a morte do empregado, provocadas pelo contágio do coronavírus, contraído no ambiente de trabalho? Parecer-nos-ia intuitivo que, conforme os critérios recém-arrolados, a resposta devesse bifurcar-se em, pelos menos, duas raízes: o cumprimento das normas de higiene e segurança no trabalho implicaria a ausência de violação ao cuidado objetivo devido, inclusive nos casos em que o trabalhador decidisse abandoná-los e expor-se voluntariamente ao perigo de contágio, ao passo que o descumprimento indicaria o sobrepujamento do risco autorizado, de modo a violar o cuidado objetivo devido. Entretanto, são várias as questões que nos colocam à prova, muitas das quais, pelo ineditismo do momento em que vivemos, ainda são incertas e carentes de precisão dogmática. Vejamo-las.

O art. 20, § 1º, *d*, da Lei nº 8.212/1991 não considera doença do trabalho “a doença endêmica adquirida por segurado habitante de região em que ela se desenvolva, salvo comprovação de que é resultante de exposição ou contato direto determinado pela natureza do trabalho”. Sem adentrarmos em aspectos trabalhistas ou previdenciários, no campo penal a norma orienta que a doença endêmica, que, se bem vemos, pode compreender as doenças adquiridas em razão de epidemia ou de pandemia, equipara-se a acidente de trabalho quando resultar da exposição ou contato direto determinado pela natureza do labor. Assim sendo, o empregador assume o dever de agir para evitar que os trabalhadores contraíam as doenças endêmicas, vinculadas ao serviço prestado. A possibilidade preferencial de imputação, assim nos parece, decorre de conduta culposa por omissão imprópria.

Nesse contexto, devemos analisar, em primeiro lugar, se o empregador violou o cuidado objetivo devido. Além das normas gerais de higiene e segurança no trabalho, devem

⁴⁹² BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Apelação Criminal nº 1.0431.10.000189-7/001*. Segunda Câmara Criminal. Relator: Des. Renato Martins Jacob. Julgamento em: 20/03/2014. Publicação em: 31/03/2014. Disponível em: <https://bit.ly/2LSrhpH>. Acesso em: 21 dez. 2020.

ser observadas as normas específicas que foram editadas para prevenir e conter o avanço do coronavírus no ambiente de trabalho. A SIT, p. ex., expediu o Ofício Circular nº 1329/2020/ME, de 20 de abril de 2020, que contém “orientações gerais aos empregadores e trabalhadores do setor de supermercados em razão da pandemia da covid-19”⁴⁹³. Entre as práticas de boa higiene e conduta, a SIT orientou a disponibilização de equipamentos de proteção e higiene para trabalhadores de áreas comuns, como profissionais de limpeza e de refeitórios, além de meios para higienização das mãos logo após o registro de ponto pelo trabalhador (itens 26 e 27). Além disso, o Ministério da Economia e o Ministério da Saúde lançaram portaria conjunta, a qual “estabelece as medidas a serem observadas visando à prevenção, controle e mitigação dos riscos de transmissão da COVID-19 nos ambientes de trabalho (orientações gerais)”⁴⁹⁴. O não cumprimento dessas normas constitui indício de violação ao cuidado devido pelo empregador.⁴⁹⁵

Mesmo admitindo a conduta típica, o maior entrave encontra-se na imputação do resultado, especialmente no campo probatório. Inicialmente, incumbe à acusação o ônus de provar a contração da doença no ambiente de trabalho, o que apresenta inúmeras dificuldades. Acompanhando Vincenzo Mongillo, notemos que, “considerados os múltiplos outros lugares que um indivíduo poderia ter frequentado além da atividade laboral (a sua habitação, um meio público no trajeto casa-trabalho, um exercício comercial, um lugar de lazer etc.)”, além “dos inúmeros contatos interpessoais que poderiam gerar outras tantas possibilidades de infecção, será extremamente difícil determinar onde o sujeito foi contagiado”⁴⁹⁶. Dessa forma, é-nos difícil saber se o comportamento alternativo correto, i.e., o cumprimento das normas de

⁴⁹³ BRASIL. Ministério da Economia. Secretaria Especial de Previdência e Trabalho. Secretaria de Trabalho. Subsecretaria de Inspeção do Trabalho. *Ofício Circular SEI nº 1329/2020/ME*, de 20/04/2020. Disponível em: <https://bit.ly/3pvVuJS>. Acesso em: 2 nov. 2020. A SIT também expediu “orientações gerais aos trabalhadores e empregadores em razão da pandemia da Covid-19”, por intermédio do Ofício Circular SEI nº 1088/2020/ME, de 27/03/2020, que pode ser acessado em: <https://bit.ly/2JpbHB4>. Acesso em: 2 nov. 2020.

⁴⁹⁴ BRASIL. Ministério da Economia. Ministério da Saúde. *Portaria Conjunta nº 20*, de 18 de junho de 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3rxEtAP>. Acesso em: 2 nov. 2020. O alcance da norma é-nos informado pelo 4º da Portaria: “As disposições contidas nesta Portaria são de observância obrigatória pelos órgãos integrantes da estrutura organizacional da Secretaria Especial de Previdência e Trabalho do Ministério da Economia e do Ministério da Saúde, pelas entidades da administração pública federal indireta a este vinculadas, nos termos do Decreto nº 9.960, de 1º de janeiro de 2019, e por seus respectivos agentes públicos, durante o enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (COVID-19), decretada pelo Ministro de Estado da Saúde, em 3 de fevereiro de 2020, nos termos do disposto na Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, com a finalidade de prevenção contra a COVID-19”.

⁴⁹⁵ Questão mais complexa é saber até que ponto essas normas são de observância obrigatória pelos empregadores e em que medida a não observância implica um perigo acima do permitido, questão que, pelo menos por ora, não poderemos esmiuçar (cf. *supra*, 2.3.1.2).

⁴⁹⁶ MONGILLO, Vincenzo. Salute e sicurezza nei luoghi di lavoro in tempi di pandemia. Profili di responsabilità individuale e dell’ente per contagio da coronavirus. *Diritto Penale Contemporaneo*, n. 2, p. 16-62. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3hq2eGs>. Acesso em: 2 nov. 2020, p. 43.

higiene e de segurança do trabalho, teria evitado o contágio. Portanto, em se tratando de um contexto de dúvida, o resultado não poderia ser imputado ao empregador.

4.2.3 Os defeitos de responsabilidade da vítima

Um dos requisitos para a validade da organização conjunta é a *responsabilidade da vítima*, tendo em conta que o pleno conhecimento das circunstâncias fáticas pressupõe que ela esteja “em condições de discernir e de valorar *ex ante* o perigo ao qual se submete” [tradução livre]⁴⁹⁷. Como nos esclarece Cancio Meliá, a atribuição das consequências ao âmbito de responsabilidade preferente da vítima dá-se mediante a afirmação da sua especial responsabilidade no cuidado com os próprios bens. Desse modo, se constatarmos que, na realidade, a vítima não agiu responsabilmente, o que significa, em última análise, que a sua conduta não foi livre e voluntária, então o resultado não poderá ser atribuído à sua esfera de preferência.⁴⁹⁸ Afinal, a decisão tomada pela vítima deve corresponder à projeção da sua autonomia, que constitui “uma condição necessária da responsabilidade, da capacidade de comprometer-se consigo mesmo e com os outros”⁴⁹⁹. Dessa maneira, a autoexposição da vítima ao perigo, assumida em momento de ausência de responsabilidade, implica reconhecer uma organização unilateral do autor.⁵⁰⁰ Portanto, analogamente aos entraves do romance

⁴⁹⁷ COLÔMBIA. Corte Suprema de Justicia. *Recurso de Casación n° 36.842*. Ponente: María del Rosario González Muñoz. Julgado em: 27/11/2013. Disponível em: <https://bit.ly/3ryzksb>. Acesso em: 4 jul. 2020.

⁴⁹⁸ CANCIO MELIÁ, Manuel. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas. 1997. 664 f. Tese (Doutorado). Universidad Autónoma de Madrid, Facultad de Derecho. Madrid, 1997, p. 570. Cf., também, SILVA JÚNIOR, Délio Lins e. *Imputação objetiva e a conduta da vítima*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 171; de certa forma, ROSO CAÑADILLAS, Raquel. Autoría mediata, imputación objetiva y autopuestas en peligro. *Derecho Penal y Criminología*, v. 25, n. 75, p. 245-289. 2004, p. 259-260.

⁴⁹⁹ VÁZQUEZ, Rodolfo. Autonomia e responsabilidade individual. In: CASADO, María (org.). *Sobre a dignidade e os princípios: análise da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos da UNESCO*. Tradução de Janaína de Azevedo Baladão. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2013, p. 241.

⁵⁰⁰ Da mesma forma que nos desníveis de conhecimento, os defeitos de responsabilidade constituem hipóteses de instrumentalização da vítima. Diante disso, a autoria mediata poderia surgir, imediatamente, como ponto de referência. No entanto, a autoria mediata é apenas um elemento parcial para a compreensão global do problema. Isso porque a análise da responsabilidade da vítima e das hipóteses em que é possível considerá-la instrumentalizada abrange tanto os casos em que ela executa, diretamente, a ação perigosa (tradicionalmente, os casos de contribuição à autocolocação em perigo, nos quais poderíamos falar de autoria mediata), quanto os casos em que a intervenção da vítima é menos destacada (tradicionalmente, os casos de heterocolocação em perigo consentida, que poderiam ser tratados como autoria direta). Portanto, o exame da instrumentalização e do espaço de ausência de autonomia da vítima não depende, apenas, do domínio do acontecimento pelo autor, antes tem que ver com a delimitação dos âmbitos de responsabilidade, nos quais a figura da vítima detém um papel importante; cf. CANCIO MELIÁ, Manuel. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas. 1997. 664 f. Tese (Doutorado). Universidad Autónoma de Madrid, Facultad de Derecho. Madrid, 1997, p. 573-575.

proibido entre Brás Cubas e Virgília, não podem concorrer fatores que tolham a *expansão da vontade* da vítima.⁵⁰¹

Afirmar que alguém deve ser responsável para que algo lhe seja imputado é, no mínimo, tautológico. Importa-nos, pois, preencher o conteúdo desse recipiente ainda vazio, de modo a encontrar os parâmetros que permitam demonstrar quando a vítima é responsável. São dois os caminhos que a doutrina costuma percorrer para encontrar uma resposta. O primeiro deles consiste em aplicar as regras que conferem validade ao consentimento do ofendido.⁵⁰² O segundo, por sua vez, vale-se da aplicação analógica das regras da culpabilidade, de modo a “negar validade ao princípio da autorresponsabilidade em relação às pessoas que não possam atuar culpavelmente”⁵⁰³. Essa impossibilidade ocorre, de acordo com Juarez Tavares, “quando se trata de inimputáveis ou daqueles que se encontrem em uma situação que lhes tolha a

⁵⁰¹ “Empunhara o binóculo da imaginação; lobrigava, ao longe, uma casa nossa, uma vida nossa, um mundo nosso, em que não havia Lobo Neves, nem casamento, nem moral, nem nenhum outro liame, que nos tolhesse a expansão da vontade” (ASSIS, Machado de. *Memórias póstumas de Brás Cubas*. São Paulo: Martin Claret, 2012, p. 103).

⁵⁰² CANCIO MELIÁ, Manuel. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas. 1997. 664 f. Tese (Doutorado). Universidad Autónoma de Madrid, Facultad de Derecho. Madrid, 1997, p. 587. No entanto, o autor critica as regras do consentimento, argumentando que reconduzir o problema à exclusiva perspectiva da vítima não abarcaria, adequadamente, a interação entre ela e o autor, levando a uma ampliação inadequada da punibilidade da conduta deste último, especialmente no âmbito de possíveis erros da vítima. Além disso, a ampliação injustificada do âmbito de “responsabilidade” da vítima não se adequaria aos fundamentos gerais do princípio da autorresponsabilidade. Para Angeli, a adoção das regras do consentimento seria inadequada, no direito brasileiro, em razão da inexistência de embasamento legal, tendo em vista que as regras do consentimento adviriam, apenas, de uma construção doutrinária, não passando pelo crivo do legislador [o que é estranho, já que o autor recorre, posteriormente (p. 219 et seq.), ao estado de necessidade exculpante – hipótese de inexigibilidade de conduta diversa não prevista no CP – como um critério para avaliar a autonomia do ofendido]. Além disso, segundo o autor, as regras do consentimento trariam elementos eminentemente morais para a análise da autonomia do ofendido. Por fim, Angeli também critica o recurso à (in)disponibilidade do bem jurídico, considerando-a inadequada ao exame da autorresponsabilidade; cf. ANGELI, Ivan Wagner. *Ofendido e risco: autocolocação em risco e heterocolocação em risco consentida*. 2018. 320 f. Tese (Doutorado). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018. Disponível em: <https://bit.ly/2XxgvaV>. Acesso em: 11 jan. 2020, p. 205-207. Apesar da inexistência de regulamentação legal, não vemos óbice em aplicar analogicamente as regras do consentimento para verificar a responsabilidade da conduta da vítima. Afinal, trata-se de categoria reconhecida, há bastante tempo, pela doutrina e pela jurisprudência. Além do mais, a própria teoria da imputação objetiva – âmbito em que estão situadas, geralmente, as hipóteses de intervenção da vítima – é uma construção doutrinária, não tendo uma base de direito positivo que a discipline de modo explícito. A ausência de previsão legal do consentimento permite que a doutrina avance em seu estudo e em seu aperfeiçoamento dogmático, desamarrando-se de dogmas até então predominantes – basta mencionarmos, no âmbito do Direito Penal Médico, a aprofundada tese de Flávia Siqueira, que põe em xeque a ética hipocrática, valorizando a ética voltada à autonomia; cf. SIQUEIRA, Flávia. *Autonomia, consentimento e direito penal da medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2019. No mesmo sentido, a omissão legislativa também permite que a doutrina elabore uma dogmática do consentimento desvinculada da cláusula dos bons costumes. Como procuramos brevemente demonstrar (cf. *supra*, 3.2.3), a autonomia é, acima de tudo, um valor político, independentemente da sua correção moral. Nesse viés, não se deslocam, para a discussão, elementos teológicos, moralistas, paternalistas ou coletivistas, o que implica buscar, no sujeito de direitos, o ponto de partida do debate. Por fim, estando o bem jurídico individual vinculado à autonomia do sujeito, o foco não parece estar na sua (in)disponibilidade, mas nos limites que o ordenamento jurídico impõe, em determinadas situações, para dispô-lo.

⁵⁰³ TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 388.

capacidade de motivação, como, por exemplo, nos estados de coação ou em execução de ordem de superior hierárquico não manifestamente ilegal”⁵⁰⁴.

Se bem vemos, as regras do consentimento nos oferecem um contorno mais preciso para explicar e demarcar a responsabilidade da vítima.⁵⁰⁵ A organização da atividade demanda a capacidade de decidir autonomamente, de projetar externamente a autonomia da vontade através da conduta, o que é fundamental para validar o consentimento. Portanto, o sujeito deve ser *capaz de compreender o significado e o alcance dos fatores de perigo e das possíveis consequências da atividade*, permitindo-lhe autodeterminar-se e agir responsabilmente.⁵⁰⁶ A exposição autorresponsável da vítima à situação de perigo implica reconhecer, em regra, a ausência de conduta típica daquele que organizou a atividade em conjunto com ela. Por outro lado, faltando os requisitos que concretizam as exigências do agir autônomo, a exposição da vítima ao perigo não implicará, automaticamente, o desaparecimento da tipicidade da conduta do autor. Encontramo-nos perante uma valoração paternalista moderada ou suave, que autoriza limitar, em razão do contexto fático, a liberdade do sujeito.⁵⁰⁷

Além do mais, a capacidade para consentir difere da capacidade de imputabilidade. O parâmetro de referência pode ser encontrado no art. 217-A do CP, que estabeleceu a idade de 14 anos para a autodeterminação sexual. O legislador considerou que o(a) adolescente, maior de 14 anos, tem a liberdade decisória para manter relações sexuais consentidas com outrem. Podemos considerar essa faixa etária como um marco de avaliação sobre a voluntariedade e a liberdade da decisão, desde que outros fatores não tolham a autonomia da pessoa. Por outro lado, as regras da culpabilidade referem-se à possibilidade de o agente reconhecer o caráter ilícito do fato criminoso e de determinar-se de acordo com esse entendimento, ou seja, à reprovação pessoal pelo injusto praticado. Desse modo, a capacidade de consentir, que agora ampliamos para a capacidade de organizar uma atividade perigosa com outrem, tem como fundamento a dignidade da pessoa humana, cujo núcleo radica na autonomia da vontade. A capacidade de imputabilidade tem, por sua vez, um fundamento político-criminal, impondo ao

⁵⁰⁴ TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 388. Adotando as regras da culpabilidade, cf. LÓPEZ DÍAZ, Claudia. Acciones a propio riesgo. *Revista CENIPEC*, n. 25, p. 115-174. Bogotá: 2006, p. 150-151.

⁵⁰⁵ Nesse sentido, cf. PORCIÚNCULA, José Carlos. *Lo “objetivo” y lo “subjetivo” en el tipo penal*. Barcelona: Atelier, 2014, p. 274-275.

⁵⁰⁶ Nesse sentido, cf. WESSELS, Johannes. *Direito penal*. Parte Geral (aspectos fundamentais). Tradução de Juarez Tavares. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1976, p. 77 [em referência ao consentimento justificante].

⁵⁰⁷ Em razão do contexto fático porque a autorresponsabilidade não pode admitir esquemas presuntivos, exigindo, sempre, uma demonstração *in concreto*, com referências às específicas características do fato e da vítima; cf. DI GIOVINE, Ombretta. *Il contributo della vittima nel delitto colposo*. Torino: Giappichelli, 2003, p. 142 [o que não significa que a autora concorde com a aplicação do princípio de autorresponsabilidade].

Estado a cautela em restringir o direito à liberdade.⁵⁰⁸ Portanto, a adoção das regras do consentimento parece fundar-se na maximização do direito geral de liberdade e do livre desenvolvimento da personalidade, que constituem manifestações da autonomia.

4.2.3.1 Semelhanças e diferenças entre o consentimento do ofendido e a imputação ao âmbito de responsabilidade preferente da vítima

Na proposta que assumimos, há uma linha tênue entre o consentimento do ofendido e a imputação ao âmbito de responsabilidade da vítima, o que nos move a elaborar uma proposta de aproximação e de distinção entre ambas as categorias.⁵⁰⁹ O ponto de encontro entre elas parece derivar da autonomia e, em última análise, do princípio de autorresponsabilidade. Com efeito, a validade do consentimento e a possibilidade de atribuir o resultado ao âmbito de responsabilidade preferente da vítima demandam a capacidade de autodeterminação da pessoa afetada. A decisão privada de liberdade corresponde a um defeito de responsabilidade da vítima, implicando afastar não só a validade do seu consentimento, mas também da organização conjunta da atividade perigosa. Diante disso, o consentimento e a imputação ao âmbito de responsabilidade da vítima constituem duas espécies agrupadas pelo gênero autorresponsabilidade, contendo, ambas, as suas particularidades, a demandar um desenvolvimento dogmático autônomo, mas sem perder o enlace fundamentador em comum, que, se bem vemos, é a projeção externa da autonomia.⁵¹⁰ No singular espaço de imputação à

⁵⁰⁸ SANTOS, Cleopas Isaías; NETO, João Beccon de Almeida; SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. Capacidade etária mínima para consentir no direito penal médico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 88, p. 19-42. São Paulo. Janeiro/Fevereiro de 2011, p. 38. No sentido do texto, cf., ainda, SIQUEIRA, Flávia. *Autonomia, consentimento e direito penal da medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 230.

⁵⁰⁹ Não entraremos no mérito dos erros e dos acertos das teorias *monista* e *dualista* do consentimento, o que fugiria do nosso objeto de análise. Para uma leitura mais aprofundada, cf. SIQUEIRA, Flávia. *Autonomia, consentimento e direito penal da medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 173 et seq.

⁵¹⁰ “[...] é a autonomia pessoal que empresta a legitimação material e baliza a eficácia do consentimento. Não é, por isso, sem propriedade que se refere o consentimento como o estatuto jurídico-penal da autonomia” (COSTA ANDRADE, Manuel da. *Consentimento e acordo em direito penal*. Contributo para a fundamentação de um paradigma dualista. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 265). No entanto, ao abordar a heterocolocação em perigo consentida, o autor, assim nos parece, desvincula-a do exercício da autonomia. Di-lo: “Aqui [refere-se à heterocolocação em perigo consentida] não é a homenagem à autonomia individual que reclama a relativização da tutela penal e predetermina o seu alcance”. E, logo adiante: “Em síntese, se, no contexto do consentimento, o recuo da ordem jurídico-penal configura uma solução de *autonomia*, já em caso de *heterocolocação em perigo consentida* a mesma solução jurídico-penal pode emergir como uma resposta de *heteronomia*” [grifos do autor] (ps. 294 e 297). Conclusão que, pelo já exposto nas linhas do trabalho, não compartilhamos. De mais a mais, no campo da bioética, Raylla Albuquerque e Volnei Garrafa afirmam que “a expressão do princípio da autonomia na prática biomédica é conhecida como consentimento informado, que consiste no pleno conhecimento, por parte do indivíduo, das possibilidades terapêuticas, de modo que possa optar, de maneira livre e esclarecida, pela que melhor lhe aprouver. *Consentimento implica extensão da autonomia*, pois compreende tanto a obrigação do pesquisador/profissional de informar o sujeito de maneira adequada quanto o efetivo entendimento e assentimento do paciente/sujeito da atenção ou da pesquisa” [grifo nosso]; cf. ALBUQUERQUE, Raylla;

vítima, ei-lo no seu comportamento o foco de atenção; trocando em miúdos, na influência que a sua conduta pode jogar no exame da (a)tipicidade do comportamento do autor. Essa – permitamo-lo a expressão – *irmandade* parece justificar o porquê de aderir às regras do consentimento para aferir a responsabilidade da vítima.

O ponto distintivo entre as duas categorias coloca em questão, em primeiro lugar, o *grau de adesão* à atividade. No consentimento, há um ato de disposição do bem jurídico, por meio do qual o sujeito adere ao *resultado*. Na imputação ao âmbito de responsabilidade preferente da vítima, o resultado não é desejado. Desse modo, o sujeito adere, apenas, à *situação de perigo* característica da atividade organizada.⁵¹¹ O segundo ponto distintivo está, assim nos parece, no *controle da atividade*. No consentimento, esse controle pertence ao executor da atividade, diferentemente da imputação à vítima, em que o controle dos fatores de perigo deve ser compartilhado entre os intervenientes.⁵¹² De todos os modos, ambas as categorias exigem a *congruência* entre o objeto de adesão e as consequências relacionadas ao desenvolvimento da atividade. É dizer, no consentimento, o resultado deve corresponder àquilo que foi livremente consentido, e, na imputação à vítima, não podem ser adicionados fatores de perigo diferentes daqueles que foram objeto de delimitação ao organizar a atividade.⁵¹³

GARRAFA, Volnei. Autonomia e indivíduos sem a capacidade para consentir: o caso dos menores de idade. *Revista Bioética*, v. 24, n. 3, p. 452-458. 2016. Disponível em: <https://bit.ly/3pqt7N9>. Acesso em: 9 nov. 2020, p. 453.

⁵¹¹ Nesse sentido, cf. GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora. *La responsabilidad penal de terceros en caso de suicidio, lesiones, y puestas en peligro de la vida y/o la integridad física asumidas voluntariamente por su titular*. 1998. 697 f. Tese (Doutorado). Universidad de Sevilla, Departamento de Derecho Penal y Procesal, Área de Derecho Penal. Sevilla, 1998, p. 477; GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. *A autocolocação da vítima em risco*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 130-131, que ainda fala do “nível de vontade da vítima dirigida ao resultado” (p. 105); LÓPEZ DÍAZ, Claudia. *Acciones a propio riesgo*. *Revista CENIPEC*, n. 25, p. 115-174. Bogotá: 2006, p. 129-130; OLIVEIRA NETO, Emetério Silva de. *Vitimodogmática e limitação da responsabilidade penal nas ações arriscadas da vítima*. 2019. 274 f. Tese (Doutorado). Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito. Belo Horizonte, 2019, p. 160 e p. 167 [abordando a distinção na perspectiva da heterocolocação em perigo]; ROXIN, Claus. *La polémica en torno a la heteropuesta en peligro consentida*. Tradução de Enrique Peñaranda Ramos. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n. 1. Barcelona. Janeiro de 2013, p. 11; na perspectiva do direito penal médico, cf. SIQUEIRA, Flávia. *Autonomia, consentimento e direito penal da medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 338. Considerando que na autocolocação em perigo “existe um direcionamento direto da expressão da autonomia na manifestação do resultado lesivo ao bem”, configurando uma situação que revelaria uma manifestação pessoal da vítima quanto ao resultado, cf. COSTA, Lucas Gabriel Santos. *A conduta típica e o comportamento da vítima no Direito Penal. A intervenção da vítima no fato perigoso*. 2019. Tese - Doutorado - Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2019, p. 105.

⁵¹² Com certa aproximação, cf. GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. *A autocolocação da vítima em risco*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 130.

⁵¹³ Como nota, com acerto, García Álvarez, “ainda que o resultado lesivo ou mortal produzido em decorrência da conduta de risco consentida não precise ser *objeto* do consentimento prestado, para que este possa fundamentar a exclusão da responsabilidade daquele que desenvolveu tal conduta de risco consentida, o resultado finalmente produzido (lesivo ou mortal) deve ser consequência do risco consentido e não produto de outra falha adicional” [tradução livre]; cf. GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora. *La responsabilidad penal de terceros en caso de suicidio, lesiones, y puestas en peligro de la vida y/o la integridad física asumidas voluntariamente por su titular*. 1998.

4.2.3.2 A (in)disponibilidade do bem jurídico

A doutrina costuma vincular a validade do consentimento à disponibilidade do bem jurídico. Dessa forma, somente poderiam ser objetos de livre disposição os bens jurídicos disponíveis, a exemplo do patrimônio. Os bens jurídicos indisponíveis, como a vida, não poderiam ser objeto de livre disposição pelo seu titular.⁵¹⁴ Os argumentos tradicionalmente utilizados para justificar a indisponibilidade do bem – pelo menos em se tratando da vida – são, basicamente, de quatro ordens: *teológica*, que atribui um valor sacro à vida; *moralista*, que advém de uma *ratio* teológica ou metafísica, como acontece na doutrina de Kant; *paternalista*, que busca proteger o indivíduo dele mesmo, de modo a justificar a proteção, mesmo que a contragosto da vontade do titular; *coletivista*, que impõe ao indivíduo um dever de viver e de manter incólume o próprio corpo.⁵¹⁵

Todos esses argumentos têm em comum o fato de ignorar a autonomia do sujeito, a quem são impostos valores externos, pois “aludir à limitação genérica da indisponibilidade significa dizer que a dimensão da liberdade da pessoa *não é dela, mas sim da sociedade*, o que conduz claramente a uma falsificação do conteúdo da autonomia” [grifo da autora]⁵¹⁶. Com efeito, a dignidade da pessoa humana, que tem por fundamento a autonomia da vontade, confere ao sujeito a liberdade de organização do seu próprio âmbito vital. A restrição ao livre desenvolvimento da personalidade, sem uma razão que a justifique, pode ser considerada uma atitude paternalista, e, como tal, deve ser evitada. Nesse sentido, o conceito de autonomia projeta-se como *extensão do conceito de bem jurídico individual*, vinculando-o ao exercício do direito geral de liberdade.⁵¹⁷ De acordo com Flávia Siqueira,

697 f. Tese (Doutorado). Universidad de Sevilla, Departamento de Derecho Penal y Procesal, Área de Derecho Penal. Sevilla, 1998, p. 486.

⁵¹⁴ Nesse sentido, cf., exemplificativamente, MASSON, Cleber. *Direito Penal: parte geral*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 328; QUEIROZ, Paulo. *Curso de direito penal*. Parte geral. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 356 [que, no entanto, admite a existência de graus de disponibilidade, estendendo-a a alguns casos relativos à integridade corporal – como na esterilização – e à vida – como no aborto necessário e no aborto em caso de gravidez resultante de estupro].

⁵¹⁵ SIQUEIRA, Flávia. *Autonomia, consentimento e direito penal da medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 220-224.

⁵¹⁶ SIQUEIRA, Flávia. *Autonomia, consentimento e direito penal da medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 224.

⁵¹⁷ Para Cadoppi e Veneziani, por exemplo, o princípio da *autonomia pessoal* pressupõe que os indivíduos são completamente livres para tomar decisões, mesmo que tais decisões sejam censuráveis pela moral dominante. Desse modo, somente as ações que produzam um dano a terceiros ou à sociedade podem ser legítimas do ponto de vista da intervenção penal; cf. CADOPPI, Alberto; VENEZIANI, Paolo. *Elementi di diritto penale*. Parte Generale. 2. ed. Padova: CEDAM, 2004, p. 86. Para Milenna da Cunha, “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

[...] com base numa concepção de bem jurídico liberal e referido ao indivíduo, *todos os bens jurídicos individuais possuem uma dimensão de autonomia e vinculam-se, mesmo que indiretamente, ao exercício da liberdade individual*. Em razão disso, devem destinar-se ao livre desenvolvimento da personalidade e à realização dos direitos fundamentais do seu titular. Parece tautológico afirmá-lo, mas os bens jurídicos individuais pertencem ao *indivíduo*. Afirmar a sua *disponibilidade* significa apenas que ao seu titular é garantido o direito de deles *usufruir e gozar* e que, por exemplo, ao submeter-se a uma cirurgia de qualquer natureza, o paciente pratica um ato de disposição, consistente no pleno exercício da liberdade de definir o destino do próprio corpo. Diante disso, resta claro que os argumentos da indisponibilidade, da intangibilidade ou até mesmo da sacralidade de certos bens não podem ser admitidos, tampouco podem representar verdadeiros trunfos indefinidos para a restrição do seu usufruto por parte dos indivíduos. Conclui-se, portanto, que *todos os bens jurídicos* são, de fato, *disponíveis* [grifos da autora].⁵¹⁸

De mais a mais, a lei pode estabelecer *limites objetivos à liberdade de disposição do bem jurídico*, de modo a afetar a validade do consentimento e, se for o caso, da organização conjunta entre o autor e a vítima.⁵¹⁹ Uma hipótese a refletir tais limites pode ser encontrada na Lei nº 9.434/1997, que “dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências”. Essa lei permite à pessoa juridicamente capaz dispor gratuitamente de tecidos, órgãos e partes do próprio corpo vivo,

consciente e voluntaria (sic) a respeito da produção do resultado que constitui elemento típico”; cf. 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, p. 226. Na leitura de Ivan Angeli, “a autonomia não é um bem jurídico, ainda que se relacione proximamente com ele. A autonomia é antes um atributo do ser humano, que possibilita que ele faça uso dos bens jurídicos. Deste modo, a autonomia permite que os bens jurídicos sejam usufruídos de modo pleno por seu titular, encontrando barreira apenas na autonomia dos demais sujeitos”; cf. ANGELI, Ivan Wagner. *Ofendido e risco: autocolocação em risco e heterocolocação em risco consentida*. 2018. 320 f. Tese (Doutorado). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018. Disponível em: <https://bit.ly/2XxgvaV>. Acesso em: 11 jan. 2020, p. 96.

⁵¹⁸ SIQUEIRA, Flávia. *Autonomia, consentimento e direito penal da medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 225. Nesse sentido, para Zaffaroni, o bem jurídico consiste na relação de disponibilidade de uma pessoa com um objeto, protegida pelo Estado, que revela o seu interesse por intermédio de normas proibitivas de condutas que afetam tal relação. Desse modo, todos os bens jurídicos seriam disponíveis, desde que a disposição seja realizada pelo titular e que este seja o titular único, ou que o faça na forma legalmente admissível. Portanto, a vida também seria um bem jurídico disponível. Na realidade, como destaca Zaffaroni, costuma-se identificar a disponibilidade com a possibilidade de destruição do ente com o qual o sujeito se relaciona. Todavia, o correto seria entender a disposição como um *uso* que os seres humanos fazem de determinados objetos, com a finalidade de promover a sua *autorrealização*. Desse modo, a vida consistiria no mais disponível dos bens, porque dela dispomos a cada momento e, também, porque dela dependem todos os bens jurídicos restantes; cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de derecho penal: Parte General, III*. Buenos Aires: Ediar, 1996, p. 240-241. No mais, cf. MARINHO, Renato Silvestre. *Princípio da autorresponsabilidade no Direito Penal*. 2013. 133 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Porto São Paulo, 2013, p. 99; RODRÍGUEZ, Camilo Iván Machado. El consentimiento en materia penal. *Revista Derecho Penal y Criminología*, v. 33, n. 95, p. 29-49. Julho/Dezembro de 2012, p. 35, para quem a distinção entre bens disponíveis e indisponíveis seria tautológica e carente de significado, “dado que o bem jurídico deve ser considerado como domínio autônomo do titular sobre o âmbito de organização que lhe corresponde” [tradução livre].

⁵¹⁹ SIQUEIRA, Flávia. *Autonomia, consentimento e direito penal da medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 225. No mais, cf. ROXIN, Claus. *Derecho Penal - Parte General: Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Tradução espanhola de Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 540.

para *fins terapêuticos* ou para *transplantes* em cônjuge ou consanguíneos até o quarto grau, inclusive, ou em qualquer outra pessoa, *mediante autorização judicial*, apenas dispensada, esta, em relação à medula óssea (art. 9º, *caput*). O § 3º do art. 9º estabelece mais restrições.⁵²⁰ O § 7º, por sua vez, veda à gestante “dispor de tecidos, órgãos ou partes de seu corpo vivo, exceto quando se tratar de doação de tecido para ser utilizado em transplante de medula óssea e o ato não oferecer risco à sua saúde ou ao feto”. Dessa forma, não há um consentimento válido, por exemplo, na remoção do coração de alguém vivo (art. 15 c/c art. 9º, § 3º, ambos da Lei nº 9.434/1997).⁵²¹

Dessa maneira, o argumento determinante não parece estar na (in)disponibilidade, mas nos limites normativos impostos à liberdade de disposição do bem jurídico. Se bem vemos, até mesmo o acurtamento da vida, voluntariamente realizado num ato suicida, caracteriza uma projeção da autonomia do sujeito.⁵²² Tal conduta não é penalmente proibida, limitando-se, o legislador, a proibir a contribuição dolosa de terceiros ao suicídio (art. 122, CP). Argutamente observa Figueiredo Dias que a vida seria indisponível, portanto, “perante lesões provenientes de *terceiros*, não quando provenientes do seu próprio *titular*” [grifos do autor]⁵²³. Dessa forma, o consentimento, que tem a eliminação da vida como objeto, é inválido, configurando

⁵²⁰ “Art. 9º [...] § 3º Só é permitida a doação referida neste artigo quando se tratar de órgãos duplos, de partes de órgãos, tecidos ou partes do corpo cuja retirada não impeça o organismo do doador de continuar vivendo sem risco para a sua integridade e não represente grave comprometimento de suas aptidões vitais e saúde mental e não cause mutilação ou deformação inaceitável, e corresponda a uma necessidade terapêutica comprovadamente indispensável à pessoa receptora”.

⁵²¹ Milenna da Cunha considera que o art. 15 da Lei nº 9.434/1997 reflete um paternalismo direto, ao cominar pena, também, àquele que vende o órgão. Para a autora, tal possibilidade “deve ser rechaçada em uma interpretação do dispositivo conforme a ordem constitucional, em consideração ao respeito exigível à esfera nuclear da autonomia”. Além disso, “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”; cf. 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, p. 165-166.

⁵²² Aparentemente, no mesmo sentido, cf. ANGELI, Ivan Wagner. *Ofendido e risco: autocolocação em risco e heterocolocação em risco consentida*. 2018. 320 f. Tese (Doutorado). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018. Disponível em: <https://bit.ly/2XxgvaV>. Acesso em: 11 jan. 2020, p. 72; MARINHO, Renato Silvestre. *Princípio da autorresponsabilidade no Direito Penal*. 2013. 133 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Porto São Paulo, 2013, p. 101-102. Para Bajo Fernández, “existe, pois, um direito constitucional a dispor da vida, no sentido de liberdade de fazer, que determina a impunidade do suicídio” [tradução livre]. Entretanto, o autor reconhece não haver óbice para o Estado incriminar formas de participação no suicídio, de acordo com as razões político-criminais oportunas; cf. BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. Disponibilidad de la propia vida. P. 1130-1144. In: *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*. 2005. Disponível em: <https://bit.ly/38CTRDq>. Acesso em: 22 ago. 2020, p. 1137. Além do mais, não podemos desconhecer que as causas do suicídio podem ser as mais diversas, a exemplo do estado clínico de depressão. Nesse caso, o comportamento da vítima pode não ser autorresponsável, de tal modo que a participação no suicídio, por meio da indução, da instigação ou do auxílio material ao suicídio, será considerada uma *conduta típica de homicídio*, praticado em *autoria mediata* (art. 122, § 7º, CP).

⁵²³ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal: parte geral*. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 479.

um injusto punível. Por outro lado, as atividades com certo nível de perigo para a vida, para a saúde ou para a integridade corporal, organizadas por duas ou mais pessoas, não estão, em regra, penalmente proibidas, já que elas não acarretam a renúncia ao bem jurídico.⁵²⁴

Horizonte projetado que nos permite superar, ou, pelo menos, colocar uma fundada dúvida em relação ao argumento que costuma embasar as decisões dos tribunais e as considerações da doutrina, para impedir a valoração do comportamento da vítima. Referimo-nos à impossibilidade da compensação de culpas em Direito Penal, que teria como um de seus fundamentos a natureza pública da sanção penal.⁵²⁵ Argumento que é sustentado, segundo parte da doutrina e dos tribunais, pela valoração da vida e da integridade corporal como bens indisponíveis.⁵²⁶ Para contestá-lo, é preciso recorrer à interpretação do art. 122 do CP, dispositivo que, ao desvalorar certas modalidades de conduta, não instituiu um estatuto de absoluta indisponibilidade da vida, da saúde ou da integridade corporal, ou, ainda, o desvalor de todo comportamento lesivo para esses bens.⁵²⁷ Segundo Feijóo Sánchez, a indisponibilidade dos bens aludidos ocorreria apenas em ocasiões específicas e mediante a observância de determinados requisitos. De modo contrário, toda a atividade perigosa, como

⁵²⁴ “[...] 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” (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, p. 233).

⁵²⁵ No STF, o Min. Edson Fachin foi assertivo ao afirmar, em decisão monocrática, que “no Direito Penal não se cogita de compensação de culpas ou da contribuição da vítima para análise da caracterização dos crimes culposos”; cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário com Agravo nº 1.209.443/RS*. Relator: Min. Edson Fachin. Julgado em: 26/03/2020. Publicado em: 31/03/2020. Disponível em: <https://bit.ly/34Nx46s>. Acesso em: 9 out. 2020. Na doutrina, encontramos em Magalhães Noronha uma das passagens mais reativas à impossibilidade da compensação de culpas, que, segundo o autor, levaria “a tempos de antanho, em que a pena tinha o fim precípua de conciliar as partes e evitar a vindita do ofendido”. Prossegue: “[...] desde que novos horizontes se rasgaram no Direito Penal; desde que se compreendeu que o mal do delito não atinge apenas o ofendido, mas toda a sociedade; desde que se firmou o caráter público da pena, como meio de combate ao crime, não se pode admitir a compensação de culpas [grifo do autor]; cf. NORONHA, Edgard Magalhães. *Do crime culposo*. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 1974, p. 67. Cf., também, MASSON, Cleber. *Código Penal Comentado*. 3. ed. São Paulo: Método, 2015, p. 147. Não é que estamos a admitir, com isso, a validade duma compensação de culpas. O que pretendemos esclarecer é que a conduta da vítima pode interferir no exame do comportamento típico ou da imputação do resultado, a justificar a importância em analisá-lo para atribuir penalmente o fato ao autor.

⁵²⁶ Conclusão a que chegou o STJ para impedir a valoração da conduta da vítima em caso de transmissão do vírus HIV, cf. visto *supra*, 4.2.2.2.1.

⁵²⁷ FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. 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*, 2. época, n. 5, p. 265-333. 2000, p. 297, em referência aos arts. 143 e 155 do CP Espanhol, que tratam, respectivamente, dos crimes de intervenção no suicídio e de lesões corporais consentidas. De modo contrário, cf. GALVÃO, Fernando. *Imputação objetiva*. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 79, para quem, “havendo intenção de que o viciado morra com o consumo de droga, caracteriza-se o crime previsto no art. 122 do Código Penal”, conclusão que não parece correta, por não haver, num tal caso, conduta de renúncia ao bem jurídico.

um rapel, um *rafting*, um voo de asa-delta ou uma luta de boxe [apenas esta última é mencionada pelo autor] teria que ser qualificada como delitiva, o que contradiria a nossa realidade jurídica.⁵²⁸

Portanto, consistindo a autonomia numa projeção do bem jurídico individual, permite-se ao indivíduo autorresponsável organizar livremente o seu âmbito vital, desde que não atinja os bens jurídicos de terceiros e não concorra nenhuma circunstância que o limite no livre desenvolvimento de sua personalidade. Sendo o bem jurídico o fundamento da imputação (cf. *supra*, 2.1), é-o também nas hipóteses de atribuição ao âmbito de responsabilidade preferente da vítima, com particular atenção, em casos tais, para o aspecto da autonomia (cf. *supra*, 3.2.3).

4.2.3.3 Limitações à capacidade decisória

A capacidade de autodeterminação e, portanto, de decidir livre e autonomamente supõe um grau mínimo de habilidade do sujeito para considerá-lo competente e, assim, autorizá-lo a organizar uma atividade perigosa em conjunto com alguém.⁵²⁹ Isso significa que o indivíduo deve ter a capacidade de *entendimento* e de *decisão*, ambas consubstanciadas “pela real compreensão do significado e da extensão da intervenção, bem como pela competência para escolher, com base nas informações depreendidas, se deseja ou não a ela se submeter”⁵³⁰. Nos casos de incapacidade compreensiva e decisória, a restrição da liberdade do autor está justificada, tendo em vista que a decisão da vítima não é o reflexo da projeção da sua autonomia – paternalismo suave.⁵³¹ Nesses casos, o contexto da atividade não possuirá um significado objetivo em comum, mas unilateral e pertencente, com exclusividade, ao autor. Portanto, nos casos de incapacidade, as consequências não poderão ser atribuídas, em princípio, ao âmbito de responsabilidade preferente da vítima. Nesse particular, são vários os fatores que devem ser levados em consideração, fatores estes que procuraremos concatenar nos próximos tópicos.

⁵²⁸ FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. 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*, 2. época, n. 5, p. 265-333. 2000, p. 297-298.

⁵²⁹ SIQUEIRA, Flávia. *Autonomia, consentimento e direito penal da medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 227 [a autora refere-se às hipóteses de consentimento no Direito Penal Médico].

⁵³⁰ SIQUEIRA, Flávia. *Autonomia, consentimento e direito penal da medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 227-228.

⁵³¹ Na perspectiva do consentimento, cf. SIQUEIRA, Flávia. *Autonomia, consentimento e direito penal da medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 228.

4.2.3.3.1 Incapacidade em razão da idade

O CP brasileiro não estabelece uma idade mínima para consentir, na medida em que tampouco regulou o consentimento em si,⁵³² lacuna esta que coloca, queiramos ou não, uma ordem de problemas. Diante disso, alguns autores equiparam a idade mínima para consentir ao marco etário da imputabilidade penal, ou seja, aos 18 anos de idade (art. 27, CP). Para Alessandra Greco, p. ex., “a pessoa física que pode consentir é o ser humano com, no mínimo, dezoito anos de idade e no pleno uso de suas faculdades mentais, ou seja, o imputável”⁵³³. Para Paulo Queiroz, “como regra, não podem consentir validamente os menores de dezoito anos nem incapazes de um modo geral (portador de doença mental etc.), motivo pelo qual, se o fizerem, o consentimento será inválido”⁵³⁴. A voz mais ressonante parece ser a de Pierangeli, que, em clássica obra sobre o consentimento, afirma que o critério a ser seguido, entre nós, “é aquele que o Código Penal [...] estabelece para a imputabilidade, ou seja, 18 anos”⁵³⁵.

No entanto, reiterando as linhas precedentes, a capacidade para consentir difere da capacidade de imputabilidade penal. A primeira “se refere à competência para usufruir dos próprios bens jurídicos e exercer o direito à autodeterminação, e, com isso, de ser *sujeito passivo* de um ato praticado por terceiro, em consonância com a sua vontade”⁵³⁶. Adaptando ao nosso contexto de fala, relaciona-se à capacidade que deve ter o sujeito para organizar e participar de uma atividade perigosa com terceiro, de modo que a escolha adotada corresponda a uma projeção da sua autonomia. Por outro lado, a capacidade para cometer uma

⁵³² O CP alemão e o CP italiano também não estabeleceram uma idade mínima para consentir. O primeiro estipula, no art. 228, que, em caso de lesões corporais consentidas, a ação apenas será ilícita quando o fato contrariar os bons costumes. O CP Italiano, por sua vez, determina que não é punível a lesão ou a colocação em perigo a um direito, desde que consentidos pela pessoa que possa validamente dispor (art. 50). Por outro lado, o CP português previu, expressamente, uma faixa etária mínima para consentir: “O consentimento só é eficaz se for prestado por quem tiver mais de 16 anos e possuir o discernimento necessário para avaliar o seu sentido e alcance no momento em que o presta” (art. 38, n. 3). O CP espanhol não contém uma cláusula geral a respeito do consentimento, disciplinando-o no Título das Lesões. O art. 155 estabelece uma causa de diminuição da pena nos casos de consentimento, considerando-o inválido quando prestado por menor de idade ou por pessoa com deficiência, que necessite de proteção especial. A menoridade também se aplica à hipótese prevista no art. 156 do diploma espanhol.

⁵³³ GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. *A autocolocação da vítima em risco*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 99.

⁵³⁴ QUEIROZ, Paulo. *Curso de direito penal*. Parte geral. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 356.

⁵³⁵ PIERANGELI, José Henrique. *O consentimento do ofendido na teoria do delito*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 137. Em adendo, diz o autor: “Adquire, pois, o indivíduo a sua capacidade penal aos 18 anos. Mas, não a adquire tão-somente o imputado, mas, também, o consenciente, porquanto seria inadmissível que em um mesmo Código se estabelecesse duas idades para uma mesma capacidade penal, ou, por outras palavras, uma para a prática do fato e outra para consentir em fato que a justifica”.

⁵³⁶ SIQUEIRA, Flávia. *Autonomia, consentimento e direito penal da medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 230.

infração penal diz respeito a um fundamento político-criminal, eleito pelo legislador e relativo à exigência de reprovação pessoal pelo injusto praticado, para que a liberdade do sujeito possa ser restringida.⁵³⁷

Outra proposta pretende equiparar a idade mínima para consentir à faixa etária da capacidade civil. De acordo com o art. 3º do CC, são *absolutamente incapazes* de exercer pessoalmente os atos da vida civil, sujeitando-se ao regime da representação, os menores de 16 (dezesseis) anos. Já os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos são considerados *relativamente incapazes* a certos atos ou à maneira de exercê-los, devendo ser assistidos pelos seus responsáveis nos atos da vida civil (art. 4º, I, CC). A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil (art. 5º, *caput*, CC). No entanto, nos casos previstos em lei, é possível que o menor seja emancipado, momento em que cessará a incapacidade, mesmo que incompletos os dezoito anos de idade (art. 5º, parágrafo único, CP).

Entretanto, essa proposta equipara a capacidade para consentir à capacidade negocial, o que nos parece, num primeiro momento, problemático. Demonstremo-lo pelos possíveis regimes que poderiam surgir, levando em conta as normas de direito positivo. O *regime de exclusão* invalidaria o consentimento de qualquer pessoa civilmente incapaz. O *regime de inclusão* admitiria a validade do consentimento nos casos de cessação da menoridade ou da incapacidade. Nesse caso, até mesmo o *menor impúbere*, ao ser emancipado, p. ex., pela colação de grau em curso de ensino superior,⁵³⁸ poderia prestar validamente o consentimento, o que soa, no mínimo, contraditório. Além do mais, o consentimento “se refere ao exercício de direitos fundamentais e ao usufruto de bens jurídicos e, portanto, possui como pressuposto a concreta *capacidade de entendimento e de juízo*” [grifo da autora]⁵³⁹.

Portanto, a capacidade para realizar negócios jurídicos do direito civil não é decisiva na determinação da capacidade para consentir, a qual demanda o exame, no caso em concreto, da capacidade [de entendimento e] de juízo necessária do lesionado.⁵⁴⁰ Trata-se de uma

⁵³⁷ SANTOS, Cleopas Isaías; NETO, João Beccon de Almeida; SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. Capacidade etária mínima para consentir no direito penal médico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 88, p. 19-42. São Paulo. Janeiro/Fevereiro de 2011, p. 38.

⁵³⁸ Uma hipótese bastante rara, convenhamos, mas não impossível. Um menino de 11 anos, chamado William Maillis, p. ex., formou-se num curso de Letras da Universidade do Sul da Flórida, nos EUA [noticiado em: EPOCH TIMES. *Aos 11 anos ele se formou em Letras, agora planeja doutorado em Física e demonstrar que Deus existe*. Disponível em: <https://bit.ly/3n3LcPs>. Acesso em: 20 jun. 2020]. Se o fato tivesse acontecido no Brasil, ele poderia ser emancipado.

⁵³⁹ SIQUEIRA, Flávia. *Autonomia, consentimento e direito penal da medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 227-228.

⁵⁴⁰ MEZGER, Edmund. *Derecho Penal: parte general*. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1958, p. 165 [que apenas se refere à capacidade de juízo, razão pelo qual acrescentamos a expressão “de entendimento” no

capacidade situacional, que depende do grau de maturidade fática do envolvido.⁵⁴¹ Dessa maneira, é possível que um adolescente tenha a maturidade suficiente para organizar e participar de uma atividade perigosa com outrem. Nesses casos, o objeto de avaliação é a *capacidade de discernimento*, que abrange a compreensão da essência, do significado e da extensão dos fatores de perigo ínsitos à atividade.⁵⁴² Além disso, a decisão deve constituir “a autêntica expressão de sua liberdade e autodeterminação”⁵⁴³.

O ordenamento jurídico confere múltiplos graus de competência aos menores de dezoito anos.⁵⁴⁴ A CF faculta ao menor púbere, por exemplo, o direito ao voto (art. 14, § 1º, II, c), considerando-o apto ao exercício da soberania popular e da escolha dos respectivos representantes. A legislação civil permite que os menores púberes contraiam vínculo conjugal pelo casamento, desde que assistidos pelos seus representantes (art. 1.517, CC).⁵⁴⁵ Noutras palavras, a lei entende que os adolescentes compreendidos pela faixa etária dos dezesseis aos dezoito anos têm a capacidade de autodeterminar a vida conjugal, o que supõe, certamente, um mínimo de responsabilidade. Além do mais, a CF garante o direito à relação de emprego ao menor púbere, e, ao impúbere, a partir dos quatorze anos, o trabalho na condição de aprendiz (art. 7º, XXXIII, CF; art. 60, ECA; art. 403, CLT). O contrato de aprendizagem, por sinal, “constitui efetivo contrato de emprego, com CTPS anotada, inscrição e recolhimentos previdenciários pertinentes, além da incidência dos direitos trabalhistas clássicos”⁵⁴⁶ (art. 65, ECA).

texto, ainda que esta pudesse ser deduzida daquela]. Cf., também, BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal*. Parte general. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 1999, p. 294-295; VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho Penal*. Parte General. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2006, p. 343.

⁵⁴¹ SIQUEIRA, Flávia. *Autonomia, consentimento e direito penal da medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 231-232. Cf., também, GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho penal*. Parte general. 3. ed. Lima: Ideas Solución Editorial, 2019, p. 452.

⁵⁴² “Antes se torna necessário garantir que quem consente é capaz de avaliar o *significado do consentimento* e o *sentido da ação típica*” [grifos do autor] (FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Derecho penal*: parte geral. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 483). Nesse sentido, cf., ainda, MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal*: parte general. 9. ed. Barcelona: Editorial Reppertor, 2011, p. 524-525.

⁵⁴³ SIQUEIRA, Flávia. *Autonomia, consentimento e direito penal da medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 232-233.

⁵⁴⁴ Algumas das possibilidades previstas na legislação brasileira são mencionadas, v.g., por SANTOS, Cleopas Isaías; NETO, João Beccon de Almeida; SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. Capacidade etária mínima para consentir no direito penal médico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 88, p. 19-42. São Paulo. Janeiro/Fevereiro de 2011, p. 32 et seq.

⁵⁴⁵ Até pouco tempo, era permitido, excepcionalmente, o casamento de quem ainda não tivesse alcançado a idade núbil, em caso de gravidez (art. 1.520, CC). O escopo da norma era o de “permitir a constituição jurídica da família, uma vez que os interessados já podem estar convivendo faticamente” (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*: parte geral e LINDB. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 301). No entanto, a Lei nº 13.811/2019 alterou a redação do art. 1.520 do CC, não permitindo, em qualquer caso, o casamento de quem não atingiu a idade núbil.

⁵⁴⁶ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019, p. 689.

A idade mínima para o trabalho, na condição de aprendiz, coincide com a idade mínima que o legislador estabeleceu para a autodeterminação sexual (art. 217-A, CP), ou seja, catorze anos. Diante disso, antes de completar essa idade, o legislador presumiu que há uma capacidade incompleta de entendimento e de juízo, faltando, às crianças e aos adolescentes com menos de catorze anos, a capacidade plena de autodeterminação.⁵⁴⁷ De mais a mais, nas recentes alterações do art. 122 do CP, o legislador fixou um juízo mais acentuado de censura, mediante a duplicação da pena, nos casos em que a vítima for menor de idade (art. 122, § 3º, II, CP). Já nos §§ 6º e 7º do art. 122, o legislador positivou hipóteses de autoria mediata, remetendo a imputação aos crimes de lesões corporais gravíssimas ou de homicídio, em casos de indução, instigação ou auxílio material ao suicídio de pessoas com menos de catorze anos de idade. O art. 122 do CP impõe limites à liberdade de disposição do bem jurídico, tendo em vista que mesmo o consentimento de alguém responsável não afasta a imputação. No entanto, a conformação típica desse crime, na modalidade simples e nas situações agravadas pelo § 3º, presume a autorresponsabilidade da vítima, o que não ocorre nas situações em que ela ainda não tenha completado os catorze anos. Noutras palavras, o legislador considerou que o menor de catorze não tem a capacidade de compreender o significado e o alcance da conduta suicida ou de automutilação, motivo pelo qual previu a punição do participante como autor mediato da morte ou das lesões provocadas. Portanto, em interpretação *a contrario sensu*, o adolescente com mais de catorze anos teria a capacidade mínima de compreender o ato de disposição e agir de maneira autorresponsável.

Diante disso, a criança e o adolescente menor de quatorze anos ainda não apresentam a capacidade de compreender o significado e o alcance do ato de disposição do bem jurídico, de tal modo que o consentimento prestado pelas pessoas compreendidas nesta faixa etária é, em regra, inválido. Por conseguinte, os menores de quatorze anos não estão autorizados a organizar e a participar de uma atividade perigosa com terceiro, motivo pelo qual a autoexposição ao risco não produzirá efeitos exoneratórios em relação ao autor.⁵⁴⁸ Dessa maneira, presume-se responsável, a partir das valorações legislativas que nos conduziram até aqui, a conduta do maior de catorze anos, presunção esta que é, no entanto, relativa. Se bem vemos, essa faixa etária constitui um elemento formal de demarcação da capacidade, o que

⁵⁴⁷ Na realidade, entende-se que há, antes dos quatorze anos, uma presunção absoluta de incapacidade do menor à prática de relações sexuais, ainda que consentidas. Diz-nos enunciado da Súmula n. 593 do STJ: “O crime de estupro de vulnerável se configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante eventual consentimento da vítima para a prática do ato, sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente”. O trabalho do menor de quatorze anos é juridicamente inválido, devendo ser declarado nulo o respectivo contrato.

⁵⁴⁸ Nesse sentido, cf. SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. 4. ed. Curitiba: ICPC, 2005, p. 193.

demanda complementá-lo materialmente, tendo como vetor a possibilidade fática de compreensão do significado e do alcance da decisão, identificada com a *capacidade situacional*. Do mesmo modo que um adolescente com treze anos pode ter a maturidade fática suficiente para valorar corretamente as suas decisões, um adolescente com quinze anos pode não tê-la. Vários são os fatores a influenciar nesse exame, bastando citar, por ora, as condições de vida, o local de nascimento e de desenvolvimento inicial da personalidade e a qualidade da educação recebida.⁵⁴⁹

⁵⁴⁹ Trata-se de questão complexa, pois aos nos referirmos, nas passagens anteriores, ao sujeito autônomo e livre, pressupomos um sujeito ideal e nas circunstâncias ideais que deveriam ser. No entanto, a previsão constitucional de um direito geral de liberdade é insuficiente para que a população como um todo goze do pleno exercício de sua liberdade, justamente pela desigualdade social e econômica que assola os diversos recantos do país. A ausência de condições mínimas de saúde, segurança e educação, por exemplo, dificulta – para não dizer impossibilita – o livre desenvolvimento da personalidade de muitas pessoas, na medida em que lhes impõe condições extremamente desiguais. Nesse sentido, parece-nos interessante compartilhar alguns aspectos da leitura de Amartya Sen, que vincula a noção de desenvolvimento com o de liberdade. Para o autor, ganhador do Nobel de Economia de 1998, o desenvolvimento pode ser concebido “como um processo de expansão das liberdades reais de que disfrutam os indivíduos” [tradução livre]. Desse modo, o desenvolvimento reclama a eliminação das principais fontes de privação da liberdade, como, por exemplo, a pobreza e a escassez de oportunidades econômicas e sociais. Com efeito, a falta de liberdades fundamentais pode muito bem estar relacionada diretamente com a pobreza econômica, “que priva os indivíduos da liberdade necessária para satisfazer a fome, para conseguir um nível de nutrição suficiente, para conseguir remédios a enfermidades tratáveis, para vestir-se dignamente ou ter uma moradia aceitável, ou, ainda, para dispor de água limpa ou de serviços de saneamento” [tradução livre]. Em outros casos, continua o autor, “a privação da liberdade está estreitamente relacionada com a falta de serviços e atenção social públicos, como a ausência de programas epidemiológicos ou de sistemas organizados de assistência sanitária, ou de educação, ou de instituições eficazes para a manutenção da paz e da ordem locais” [tradução livre]. Por fim, a violação da liberdade também pode decorrer da “negativa dos regimes autoritários em reconhecer as liberdades políticas e civis e a imposição de restrições à liberdade para participar na vida social, política e econômica da comunidade” [tradução livre]. Ao fim e ao cabo, tudo isso revela a necessidade de favorecer a criação das condições necessárias, como educação básica, assistência sanitária adequada e segurança do emprego, por exemplo, para que os indivíduos tenham verdadeiras oportunidades de julgar o tipo de vida que gostariam de viver; cf. SEN, Amartya. *Desarrollo y libertad*. Traducción de Esther Rabasco y Luis Toharia. Barcelona: Editorial Planeta, 2000, p. 19-20. Esse panorama poderia repercutir, inclusive, no âmbito da *liberdade do consentimento*, pois, de acordo com Perrin, “a percepção da força do livre consentimento varia, consideravelmente, em função do nível social dos entrevistados” [tradução livre]; cf. PERRIN, Jean-François. La autonomía de la voluntad y el pluralismo jurídico en nuestros días. *Sociologias*, ano 7, n. 12, p. 162-178. Porto Alegre. Janeiro/Junho de 2005. Disponível em: <https://bit.ly/38QJfRh>. Acesso em: 7 set. 2020, p. 164. Reflexão que não passou despercebida por Maria Auxiliadora Minahim, ao destacar que a transposição de figuras europeias “para a América Latina acrescenta mais uma dificuldade às já existentes, que está ligada às diferenças culturais e econômicas entre os continentes, sobretudo quando grande parte dessas figuras assenta-se na responsabilidade por uma autonomia que a população vulnerável da América Latina não tem como assumir. Na maioria de suas atividades como cidadãos, apenas no plano formal são livres, já que muitos não dispõem do mínimo essencial a uma existência com dignidade. Produzem-se, desse modo, interpretações e inquietações na proteção devida pelo direito penal à vida e à saúde”; cf. MINAHIM, Maria Auxiliadora. *Autonomia e frustração da tutela penal*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 105. No campo da bioética, Márcio dos Anjos entrelaça a leitura da vulnerabilidade com a da autonomia, entendendo que “o respeito à autonomia das pessoas não pode se limitar a atitudes passivas (simplesmente não invadir a autonomia do outro). Mas implica, além disso, em mútua ajuda para o enfrentamento das insuficiências e para a construção da autonomia”; cf. ANJOS, Márcio Fabri dos. A vulnerabilidade como parceira da autonomia. *Revista Brasileira de Bioética*, v. 2, n. 2, p. 173-186. 2006. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/rbb/article/view/7967>. Acesso em: 14 set. 2020, p. 184. É de suma importância saber até que ponto a vulnerabilidade social pode afetar a autonomia decisória do sujeito, questão que, pelos estritos limites do trabalho, não terá como ser aprofundada com maior rigor.

Por fim, a lei pode estabelecer idades mínimas para validar o consentimento em determinadas situações. A disposição gratuita de tecidos, órgãos e partes do próprio corpo vivo, p. ex., somente é permitida a pessoas juridicamente capazes (art. 9º, Lei nº 9.434/1997). A Lei de Planejamento Familiar, por sua vez, permite a esterilização voluntária de pessoas com capacidade civil plena e maiores de 25 (vinte e cinco) anos de idade, ou, pelo menos, com dois filhos vivos, ou em caso de risco à vida ou à saúde da mulher ou do futuro conceito, testemunhado em relatório escrito e assinado por dois médicos (art. 10, I e II, Lei nº 9.263/1996).⁵⁵⁰ A cirurgia de readequação sexual, de acordo com a Resolução nº 2.265/2019, do CFM, pode ser efetuada, apenas, em pessoas maiores de 18 (dezoito) anos de idade, permitindo-se a realização de hormonioterapia cruzada a partir dos 16 (dezesseis) anos de idade (arts. 11 e 10, respectivamente).⁵⁵¹

4.2.3.3.2 Incapacidade em razão de doença mental ou de desenvolvimento mental incompleto ou retardado

Em princípio, restringe-se a possibilidade das pessoas acometidas por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado em organizar, validamente, uma atividade perigosa com outrem. Encontramo-nos diante de uma situação de paternalismo moderado, que justifica a proteção em virtude da capacidade incompleta de autodeterminação. Se bem vemos, a aplicação analógica das regras da culpabilidade conduziria ao mesmo ponto de chegada que as regras do consentimento. Diante disso, parece que não há objeção em recorrer ao art. 26 do CP, que declara a inimputabilidade do “agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão,

⁵⁵⁰ A Lei nº 9.263/1996 incrimina, em seu art. 15, a realização de esterilizações cirúrgicas realizadas em desacordo com o estabelecido no art. 10, cominando pena de reclusão, de 2 a 8 anos, e multa, se a prática não constitui crime mais grave. O parágrafo único do art. 15 elenca hipóteses de aumento de pena em um terço, a exemplo da esterilização realizada em pessoa absolutamente incapaz, sem autorização judicial. Além do mais, o art. 17 da mencionada lei tipifica a conduta de “induzir ou instigar dolosamente a prática de esterilização cirúrgica”, cominando a pena de reclusão, de 1 a 2 anos. Trata-se de incriminação suspeita de paternalismo indireto. De acordo com Milenna da Cunha, “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, caso em que, ademais, existe um aparato normativo destinado a assegurar um consentimento válido e refletido”; cf. 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, p. 166.

⁵⁵¹ Os dois primeiros exemplos estão em SIQUEIRA, Flávia. *Autonomia, consentimento e direito penal da medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 234. A autora adverte para o fato de ser “importante que os padrões de capacidade sejam individualizados de acordo com a natureza da intervenção. Contudo, o legislador deve ter cuidado ao estipular tais parâmetros para evitar que seja fixada uma limitação paternalista do direito de consentir em determinadas intervenções, como parece ocorrer no caso da lei de planejamento familiar”.

inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato [leia-se, caráter arriscado do fato]⁵⁵² ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”. Adaptando-o ao nosso contexto de fala, a doença mental ou o desenvolvimento mental incompleto ou retardado, ao privar o sujeito da capacidade fática de compreender o significado e o alcance dos fatores de perigo, representam defeitos de responsabilidade, que implicam a invalidez da autoexposição da vítima ao risco.⁵⁵³ Noutras palavras, as consequências não poderão ser atribuídas ao âmbito de responsabilidade preferente da vítima.

A doença mental compreende “toda e qualquer alteração mórbida da saúde mental apta a comprometer, total ou parcialmente, a capacidade de entendimento do seu portador, como esquizofrenia, psicose maníaco-depressiva [...]”⁵⁵⁴. O termo desenvolvimento mental incompleto abrange “todos aqueles que, por qualquer razão, não tenham atingido, após completar dezoito anos, ‘desenvolvimento mental completo’, desde que nessa condição não tenham adquirido desenvolvimento pleno”⁵⁵⁵. Os surdos-mudos que sofrem com a sublimação da capacidade de interação podem enquadrar-se nessa hipótese, “pois mesmo que sejam capazes de comunicação por sinais, têm reduzida a sua possibilidade de participação na vida social”, desde que, diante dessa condição, eles sejam incapazes de compreender e de decidir autonomamente.⁵⁵⁶ O desenvolvimento mental retardado é “aquele em que não se atingiu a *maturidade psíquica*, por deficiência de saúde mental”⁵⁵⁷, como a idiotia, a imbecilidade e a debilidade mental (hipóteses de oligofrenia).⁵⁵⁸

De mais a mais, embora as regras do art. 26 do CP nos permitam uma aproximação em termos valorativos, elas não constituem, assim pensamos, causas automáticas de exclusão da capacidade decisória. Do mesmo modo que a inimputabilidade dos menores de dezoito anos, o art. 26 do CP refere-se à capacidade de compreensão do injusto. Ao organizar uma atividade perigosa em conjunto com outrem, importa-nos verificar se a vítima compreendia o *alcance* e o *significado* da sua autoexposição ao perigo; trata-se, pois, de uma *capacidade situacional*.⁵⁵⁹

⁵⁵² Nesse sentido, cf. ANGELI, Ivan Wagner. *Ofendido e risco: autocolocação em risco e heterocolocação em risco consentida*. 2018. 320 f. Tese (Doutorado). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018. Disponível em: <https://bit.ly/2XxgvaV>. Acesso em: 11 jan. 2020, p. 213.

⁵⁵³ Os casos de semi-imputabilidade podem dar lugar, também, a um defeito de responsabilidade, desde que, na circunstância fática, a vítima não consiga compreender o significado e o alcance da atividade.

⁵⁵⁴ QUEIROZ, Paulo. *Curso de direito penal*. Parte geral. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 378.

⁵⁵⁵ QUEIROZ, Paulo. *Curso de direito penal*. Parte geral. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 379.

⁵⁵⁶ BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 561.

⁵⁵⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 491.

⁵⁵⁸ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*. Parte geral. Tomo 2º. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 135.

⁵⁵⁹ Nesse sentido, cf. ANGELI, Ivan Wagner. *Ofendido e risco: autocolocação em risco e heterocolocação em risco consentida*. 2018. 320 f. Tese (Doutorado). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018. Disponível em: <https://bit.ly/2XxgvaV>. Acesso em: 11 jan. 2020, p. 103-104, para quem “é possível a transposição da ideia de

De acordo com Flávia Siqueira, essa incapacidade é relativa, por referir-se à habilidade intelectual do indivíduo em compreender o significado da atividade a ser desenvolvida e avaliar as suas possíveis consequências, o que atesta a necessidade de analisar as circunstâncias do caso concreto. Dessa forma, o exame da (in)capacidade possuiria um caráter clínico e somente poderia ser realizado por um médico, preferencialmente psiquiatra.⁵⁶⁰ A capacidade situacional assume importância, p. ex., nos casos de embriaguez patológica ou de dependência química (art. 43, Lei nº 11.343/2006). Afinal, na situação concreta, a vítima pode ter a capacidade de autodeterminação plenamente ativada. Pensar em direção oposta levaria o trilhar argumentativo a concluir que “toda entrega de droga a um viciado não configuraria apenas delito de entorpecente, como também de lesões corporais em autoria mediata, o que parece estranho”⁵⁶¹. Portanto, como regra geral, as consequências da autoexposição ao perigo não podem ser atribuídas à esfera de responsabilidade preferente da vítima acometida por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, a menos que ela tenha a capacidade situacional de, no momento da prática da conduta, compreender corretamente o significado e o alcance da atividade.⁵⁶²

4.2.3.3 Incapacidade em razão de embriaguez

A embriaguez patológica e a dependência química são consideradas, juridicamente, casos de doença mental, enquadrando-se, por isso, nas hipóteses abordadas anteriormente.⁵⁶³ Interessam-nos, agora, os casos de *embriaguez voluntária* e *involuntária*. A embriaguez voluntária pode ser dolosa, quando o agente faz uso de bebida alcoólica com o propósito de embriagar-se, ou culposa, quando o sujeito ingere de maneira imprudente uma quantidade excessiva de bebida alcoólica (ou substância de efeitos análogos), sem a intenção de

inimputabilidade para determinar a autonomia das condutas dirigidas contra si mesmo. Há obstáculo à autonomia, caso a deficiência ou desenvolvimento mental incompleto do agente impeça-lhe o entendimento dos fatos relevantes.[...] Entretanto, para impedir o exercício da autonomia seus efeitos sobre o sujeito devem ser suficientes para impossibilitar a compreensão dos fatos relevantes ou a determinação da conduta, de modo concreto e efetivo”.

⁵⁶⁰ SIQUEIRA, Flávia. *Autonomia, consentimento e direito penal da medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 235.

⁵⁶¹ GRECO, Luís; KASECKER, Izabele. Autocolocação em perigo e conhecimentos superiores: reflexões a partir de um recente caso da jurisprudência alemã. P. 131-141. In: PRADO, Alessandra Rapacci Mascarenhas; MELLO, Sebastian de Albuquerque; COELHO, Yuri Carneiro. *Novas perspectivas das ciências criminais: homenagem à Professora Maria Auxiliadora Minahim*. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 137.

⁵⁶² SIQUEIRA, Flávia. *Autonomia, consentimento e direito penal da medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 235 [que não se refere à imputação à vítima, mas ao consentimento].

⁵⁶³ Nesse sentido, cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 510; BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*. Parte geral. Tomo 2º. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 149.

embriagar-se,⁵⁶⁴ como pode acontecer, p. ex., ao não dimensionar corretamente o teor alcoólico da bebida. A embriaguez involuntária provém de caso fortuito ou de força maior. O caso fortuito ocorre, segundo Cezar Bitencourt, “quando o agente ignora a natureza tóxica do que está ingerindo, ou não tem condições de prever que determinada substância, na quantidade ingerida, ou nas circunstâncias em que o faz, poderá provocar a embriaguez”⁵⁶⁵. A força maior, por sua vez, “independe do controle ou da vontade do agente. Ele sabe o que está acontecendo, mas não consegue evitar”, o que poderia ter lugar por intermédio de coação.⁵⁶⁶

Ao tolher completamente a capacidade de autodeterminação do sujeito, a embriaguez involuntária constitui uma limitação ao princípio da autorresponsabilidade. Desse modo, a anuência da vítima à participação de uma atividade perigosa com terceiro não caracteriza uma organização conjunta, tendo em vista que a decisão não corresponde à projeção da sua autonomia. Noutras palavras, a embriaguez involuntária impede que a vítima dimensione corretamente o alcance e o significado da atividade que a expõe à situação de perigo. Configura um caso de embriaguez involuntária, p. ex., a adição de substância entorpecente, como uma “boa noite cinderela”, na bebida de outrem, sem o seu conhecimento.

As hipóteses de embriaguez voluntária revelam-se mais complexas. Em se tratando de culpabilidade, o legislador declarou que a embriaguez, dolosa ou culposa, produzida pelo álcool ou por substância de efeitos análogos, não exclui a imputabilidade penal (art. 28, II, CP). No entanto, as regras de validade do consentimento, que se estendem à delimitação das esferas de responsabilidade na organização conjunta, não se confundem com as regras da imputabilidade. Dessa maneira, mesmo nos casos de embriaguez voluntária, parece haver uma limitação à esfera organizativa da vítima, nos casos em que, devido ao seu estado psicofísico, ela não consiga compreender o sentido e o alcance da sua decisão. Geralmente, a completude da embriaguez ocorre no segundo estágio, i.e., o depressivo, “quando os reflexos ficam lentos, o pensamento fica confuso, a coordenação motora apresenta deficiências, a noção de distância fica prejudicada”⁵⁶⁷. Portanto, é preciso avaliar se, em razão da embriaguez, a vítima

⁵⁶⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 507.

⁵⁶⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 508.

⁵⁶⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 508.

⁵⁶⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 508.

conseguia compreender o significado e o alcance da atividade perigosa, bem como se não foi privada da capacidade de autodeterminação.⁵⁶⁸

Além disso, é preciso prestar atenção se o sujeito estava embriagado no momento em que a atividade foi planejada, ou noutra distinto. Desse modo, a adesão voluntária do sujeito à autoexposição ao perigo, ao organizar a atividade conjuntamente com terceiro, permanece válida, em princípio, mesmo que a embriaguez provenha em momento posterior. Nos casos de entrega de drogas, o pedido livre e consciente da vítima não parece implicar um déficit de responsabilidade, quando decorra, p. ex., um lapso entre a solicitação e a entrega, ocasião em que o solicitante está embriagado, tendo-se posto nessa situação para melhor aproveitar os efeitos da substância (*actio libera in causa*). Todavia, o autor não pode adicionar fatores de perigo desconhecidos, que não foram objeto de esclarecimento no instante de adesão à atividade. No *Caso do capotamento*, supunha-se o hipotético acordo para designar quem seria o “condutor da rodada”. Durante a festa, a pessoa escolhida ingeriu bebidas alcoólicas voluntariamente. O fator de perigo adicional adveio da conduta da própria vítima, o que não parece ser suficiente para não considerá-la autorresponsável. Diante disso, a entrega das chaves para que ela realizasse a condução não configura uma conduta típica. Resposta que

⁵⁶⁸ Apesar de reconhecer que a embriaguez diminua a capacidade de compreensão do fato arriscado e a possibilidade de o sujeito agir conforme a sua representação fática, Angeli pretende validar a autorresponsabilidade da vítima em tais casos, “isso porque o caráter autônomo da conduta não necessita de uma completa e irrestrita capacidade de compreensão e determinação do sujeito, mas apenas em um nível suficiente, ainda que diminuído pela embriaguez. Além disso, é preciso pautar a autorresponsabilidade pelos parâmetros legais destinados ao juízo de culpabilidade e, se o ordenamento entende ser autônoma a decisão do autor em estado de embriaguez para fins de responsabilização penal, esta mesma decisão também o será na mesma medida para o ofendido embriagado que se coloca em risco”; cf. ANGELI, Ivan Wagner. *Ofendido e risco: a heterocolocação em risco consentida*. 2018. 320 f. Tese (Doutorado). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018. Disponível em: <https://bit.ly/2XxgvaV>. Acesso em: 11 jan. 2020, p. 216 [o autor adere às regras da culpabilidade para verificar a conduta autorresponsável da vítima]. De outras bandas, no *RC nº 36.842*, a CSJ da Colômbia afastou a autorresponsabilidade da vítima (ou a validade da autocolocação em perigo, observada a terminologia utilizada na decisão), porque ela não teria a capacidade plena de entender o alcance do risco. O suposto fático, em grosso resumo, foi o seguinte: *A* e *B* estavam numa festa da empresa; ambos ingeriram bebidas alcoólicas; *B* aceitou a carona oferecida por *A*; devido à embriaguez, *A* causou um acidente e, consequentemente, lesões corporais em *B*; o recurso da defesa pugnou pela absolvição de *A*, argumentando que *B* autocolocou-se numa situação de perigo. A CSJ expressamente declarou que *B* não tinha, naquele contexto, a capacidade de discernir sobre o risco e o possível resultado dele decorrente, dado que também estava embriagado. Desse modo, a CSJ considerou que o estado de embriaguez de *B* o impedia de valorar, em toda a sua dimensão, a situação de perigo, tendo em vista que as faculdades intelectivas estavam sensivelmente diminuídas. Além disso, a Corte destacou que o resultado deve ser consequência do risco aceito, e não de condições adicionais, que não foram consideradas *ex ante* pela vítima. No caso, o autor dos fatos, além da embriaguez, conduziu o veículo em excesso de velocidade, circunstância que não teria sido conhecida de antemão pela vítima, e que, portanto, não fora assumida. A CSJ ainda estendeu a posição de garante ao autor dos fatos, pela ingerência (art. 25 do CP colombiano). Diante disso, não foi afastada a responsabilidade penal de *A* pelas lesões provocadas; cf. COLÔMBIA. Corte Suprema de Justicia. *Recurso de Casación nº 36.842*. Ponente: María del Rosario González Muñoz. Julgado em: 27/11/2013. Disponível em: <https://bit.ly/3ryzksb>. Acesso em: 4 jul. 2020. Para comentários mais detalhados da decisão, cf. ZAPATA, Sebastián Felipe Sánchez. *Actuación de la víctima e imputación objetiva: Comentario a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia 36.842 del (27) de noviembre de 2013. Nuevo Foro Penal*, n. 82, p. 197-209. Medellín. Janeiro/Julho de 2014. Disponível em: <https://bit.ly/3pvclFG>. Acesso em: 4 jul. 2020.

poderia tomar rumo oposto se a direção do veículo tivesse sido oferecida somente depois da autocolocação em estado de embriaguez, mesmo que voluntária, em razão da qual ocorresse a perda da capacidade de compreender o significado e o alcance da atividade.⁵⁶⁹⁻⁵⁷⁰

De mais a mais, parece-nos que, nos casos de embriaguez incompleta, as decisões tomadas pela vítima ainda refletem projeções da sua autonomia, de modo a não configurar uma limitação ao princípio da autorresponsabilidade. A embriaguez incompleta está associada ao primeiro estágio da embriaguez, que é o de excitação. De acordo com Aníbal Bruno, “o indivíduo mostra-se vivo, lúcido, loquaz, mas revelando já o desvio que começa a acometê-lo

⁵⁶⁹ Temos dúvidas do acertamento dogmático se invertêssemos o suposto fático, ou seja, se quem tivesse sofrido as lesões corporais ou a morte fosse o passageiro transportado pelo motorista embriagado. Para Roxin, se o passageiro cedeu às insistências do condutor ébrio, para que aceitasse a carona, a imputação deve ser mantida, já que o motorista tinha a responsabilidade primária sobre os acontecimentos. No entanto, a resposta tomaria rumo diverso se fosse o passageiro quem tivesse incitado o condutor a levá-lo, apesar de advertido dos perigos prováveis da condução em estado de embriaguez, e tendo, pois, o conhecimento da debilidade psicomotora do condutor. No entanto, Roxin adverte que a análise da responsabilidade do passageiro não deve limitar-se *tout court* à incitação, resumida num simples questionar, como “Posso ir contigo?”. Diante disso, o condutor deveria informar ao passageiro a respeito das suas condições reduzidas de controle da direção veicular, em razão das quais não conseguiria dirigir com total segurança. Portanto, o comportamento da vítima equivaleria a uma autocolocação em perigo – do que resultaria o afastamento da imputação – apenas se fez caso omissis das possíveis consequências, previamente advertidas pelo condutor; cf. ROXIN, Claus. La heteropuesta en peligro consentida: ¿una discusión sin final? Traducción de Beatriz Escudero García-Calderón. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 71, fasc. 1, p. 53-73. 2018, p. 60-61. Imaginemos que a vítima deixou-se levar como passageira num dos bancos do veículo, mesmo consciente da debilidade psicomotora do condutor: parece-nos que a lei penal não afasta a necessidade de proteção em tais casos, tendo em conta que a vítima não tem a *possibilidade compartilhada de controle do fator de perigo*, i.e., da direção do veículo automotor, que compete, exclusivamente, ao motorista ébrio. Sinal disso é que a legislação de trânsito prevê um grau mais elevado de desvalor ao condutor que praticar homicídio ou lesões corporais culposas na direção de veículo automotor em estado de embriaguez (arts. 302, § 3º, art. 303, § 2º, ambos do CTB). De todos os modos, o resultado deve ser causado *pela* violação ao cuidado devido, e não por fatores de perigo estranhos à embriaguez. Exemplo: o motorista ébrio, X, conduzia o veículo sem ultrapassar o *risco básico*. Em determinado ponto da rodovia, o condutor Z, devido à alta velocidade que imprimia, perdeu o controle do veículo e colidiu contra o automóvel conduzido por X. Da colisão resultaram lesões corporais nos passageiros. Nesse caso, a embriaguez do motorista X sequer pode ser considerada causa: suprimindo-a mentalmente, o resultado ainda teria ocorrido. Puni-lo pelos resultados significaria reconhecer a responsabilidade objetiva (*versari in re illicita*), o que não nos parece possível. Lembremo-nos do *Caso da queda da carroceria*, agregando ao condutor da caminhonete o estado de embriaguez. Nessa situação hipotética, se a manobra realizada tivesse decorrido de um *déficit* psicomotor, relacionado à embriaguez, as lesões corporais resultantes da queda da vítima, que estava na carroceria do veículo, deveriam ser imputadas ao motorista. No entanto, se, a despeito da embriaguez, a direção tivesse sido realizada corretamente, sem a superação do risco básico, resultando as lesões de uma ação arriscada da vítima, como aconteceu no caso concreto, o condutor não teria praticado uma conduta típica, no sentido do crime de resultado. Sustentar o contrário – reafirmemo-lo – acarretaria conformar tipicamente a conduta pela simples violação à norma regulamentar, o que viola o princípio de culpabilidade.

⁵⁷⁰ Reyes Alvarado nos brinda com um didático exemplo: “A Suprema Corte de Justiça alemã condenou por homicídio culposo um jovem que desafiou a qualquer pessoa que estivesse bebendo na taberna a realizar uma corrida de motocicletas na via pública, desafio que foi aceito pela vítima; no desenvolvimento da atividade, e devido a um erro próprio na condução, a vítima caiu do seu veículo e sofreu graves feridas que causaram, no dia seguinte, a sua morte; a polícia estabeleceu que a vítima estava embriagada no momento em que sofreu o acidente mortal (demonstrou-se uma concentração alcoólica de 1,5 por mil). A imputação de homicídio ao acusado seria correta somente se o grau de concentração alcoólica da vítima tivesse sido suficiente para suprimir ou diminuir consideravelmente a sua capacidade de compreender o perigo que corria, ou a sua capacidade de autodeterminação. Entretanto, se a vítima aceitou participar da atividade com a plena consciência dos riscos à sua integridade pessoal, o homicídio não deveria ter sido imputado ao acusado” [tradução livre]; cf. REYES ALVARADO, Yesid. *Imputación objetiva*. Bogotá: Editorial Temis, 2005, p. 189.

na maneira de apreender e julgar os fatos e sensível *deficit* na sua habitual capacidade de inibição”⁵⁷¹. Importa analisar, em todo caso, se, nas circunstâncias concretas, a pessoa estava em condições de compreender o significado e o alcance da atividade.

4.2.3.3.4 Ausência de vícios da vontade

Os vícios de vontade constituem privações da capacidade de autodeterminação e da liberdade decisória do sujeito, inculcando-lhe uma divergência entre o propósito íntimo e verdadeiramente querido em relação àquele efetivamente realizado;⁵⁷² afinal, “não pode haver nada mais horroroso do que um homem dever estar sujeito à vontade de outro”⁵⁷³. Os casos de erro já foram examinados nas linhas precedentes (cf. *supra*, 4.2.2.2). A legislação civil, ao disciplinar as hipóteses de defeito do negócio jurídico, pode nos emprestar alguns parâmetros para determinar as situações em que há vício de vontade. Importa-nos verificar, contudo, se o agente possuía a capacidade de juízo necessária para empreender uma atividade conjunta com outrem. Essa capacidade de juízo atrela-se à congruência entre a vontade real do sujeito e a manifestação de vontade exteriorizada. O fato de tomarmos de empréstimo alguns dos parâmetros da legislação civil não parece transformar o consentimento em negócio jurídico.⁵⁷⁴ Ao analisarmos a incapacidade etária, afirmamos que a capacidade civil não é decisiva para a capacidade de consentir, cuja validade depende da compreensão do significado e do alcance da atividade. Dessa maneira, ela necessita de um exame da realidade, revelado pela projeção fática da autonomia da vontade. Nesse fator parece ter abrigo a essencialidade dos negócios jurídicos e dos seus correspondentes defeitos. Como aduz Caio Mário, “o direito não cogita de uma declaração de vontade qualquer. Cuida de sua realidade, de sua consonância com o verdadeiro e íntimo querer do agente”⁵⁷⁵. Se bem vemos, a base é semelhante, já que o consentimento exarado deve corresponder à vontade real do emitente. Noutras palavras, os vícios de vontade que maculam os negócios jurídicos defeituosos referem-se à incongruência entre o verdadeiro querer do agente e a declaração de vontade emitida. Portanto, não há um

⁵⁷¹ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*. Parte geral. Tomo 2º. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 149.

⁵⁷² Do ponto de vista do Direito Civil, cf. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: parte geral e LINDB*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 543.

⁵⁷³ RUSSELL, Bertrand. *História da filosofia ocidental*. Livro terceiro. Tradução de Brenno Silveira. São Paulo: Companhia Editorial Nacional, 1968, p. 254.

⁵⁷⁴ Para Flávia Siqueira, “os vícios que afetam o consentimento no âmbito penal não se vinculam às determinações do direito civil (art. 138 e ss., CCB), pois, mais uma vez, não nos referimos à validade de negócios jurídicos, mas sim da disposição de bens jurídicos penalmente tutelados”; cf. SIQUEIRA, Flávia. *Autonomia, consentimento e direito penal da medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2019, p. 245.

⁵⁷⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, v. I. 30. ed. Atualizado por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 417.

contexto de comum significado objetivo nos casos em que a vítima adira à autoexposição ao perigo em decorrência de uma vontade viciada. À semelhança dos negócios jurídicos, o vício de vontade anula o consentimento da vítima e não produz efeitos exoneratórios ao autor.

Um desses vícios ocorre nos casos de *coação*.⁵⁷⁶ De acordo com o art. 151 do CC, para que a coação vicie a declaração de vontade, ela “há de ser tal que incuta ao paciente fundado temor de dano iminente e considerável à sua pessoa, à sua família, ou aos seus bens”. Parece haver um defeito de responsabilidade, p. ex., se a vítima aceita ingerir uma substância cujo potencial lesivo lhe é desconhecido, sendo admoestada que a sua família “sofreria as consequências” caso não praticasse a conduta exigida. Outro parâmetro que nos auxilia a verificar se a coação restringe a autorresponsabilidade da vítima pode ser encontrado no art. 146 do CP, que tipifica o crime de constrangimento ilegal.⁵⁷⁷ No exemplo de Luís Greco, temos que a autoexposição da vítima ao perigo é inválida no caso de ter sido coagida pelo patrão a acompanhá-lo numa escalada no Dedo de Deus, sob a ameaça de demissão.⁵⁷⁸ É-nos irrelevante analisar o caráter resistível ou irresistível da coação, diferentemente do que aconteceria se tivéssemos aderido às regras da culpabilidade (art. 22, CP). Importa-nos verificar, portanto, se a coação tolheu a capacidade de autodeterminação da vítima, de modo a demonstrar a incongruência entre a sua vontade e o ato que foi obrigada a praticar.

Poderíamos cogitar um defeito de responsabilidade por vício volitivo nos casos de *estado de perigo*. Esse defeito assemelha-se à coação, segundo Caio Mário, “uma vez que a vontade não se manifesta livremente, porém influenciada pelas circunstâncias”. Entretanto, “da coação se distingue, todavia, em que ocorre não uma ameaça, senão que alguém, conhecendo a existência do perigo, aproveita-se para extrair benefício excessivamente oneroso para o declarante”⁵⁷⁹. De acordo com o art. 156 do CC, “configura-se o estado de perigo quando alguém, premido da necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa”. Exemplo: *Fulano*, cientista, tendo conhecimento da doença extremamente delicada que acomete o filho de *Beltrano*, aproveita-se da situação e oferece quantia monetária para este último, desde que

⁵⁷⁶ Também afastando a validade do consentimento pela coação, cf. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Imputação objetiva no Direito penal*. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen. Porto Alegre: CDS Editora, 2019, p. 61-62 [ainda que se refira à coação delitiva].

⁵⁷⁷ “Art. 146 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda: Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa”.

⁵⁷⁸ GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013 [o que não significa que o autor compartilhe da mesma posição que a nossa].

⁵⁷⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, v. I. 30. ed. Atualizado por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 442.

participe de testes clínicos para a experimentação de um fármaco. *Beltrano*, que carece de recursos financeiros para custear o tratamento do filho, aceita participar do experimento. Se bem vemos, a manifestação de vontade de *Beltrano* não corresponde à projeção da sua autonomia, tendo em conta que ele decidiu participar de uma atividade com riscos somente em razão da escassez financeira e por estar premido da necessidade de salvar o filho. Portanto, as eventuais consequências dos testes não poderiam ser atribuídas à esfera de responsabilidade preferente da vítima.⁵⁸⁰

4.3 CONDOTA DA VÍTIMA E COMPORTAMENTO TÍPICO EM CONTEXTOS ORGANIZADOS DE FORMA INDEPENDENTE

A conduta da vítima pode aportar significados e consequências diversas na estrutura de imputação, repercutindo efeitos, sobretudo, no âmbito do comportamento típico, e, principalmente, nas questões que envolvem o risco autorizado e o princípio da confiança. Contudo, nas situações em que não existe uma prévia interação entre as pessoas envolvidas, no sentido de estabelecer uma organização conjunta para a prática de determinada atividade, não será necessário recorrer à imputação ao âmbito de responsabilidade preferente da vítima. Nessas hipóteses, as *ações a próprio risco* da vítima podem ser consideradas um *critério delimitador do perigo tolerado*.⁵⁸¹ Noutras palavras, busca-se avaliar de que forma a conduta

⁵⁸⁰ Lembremos que as participações em pesquisas com seres humanos devem ocorrer de maneira gratuita, conforme dispõe o item II.10 da Resolução nº 466/2012, do CNS, *verbis*: “II DOS TERMOS E DEFINIÇÕES. A presente Resolução adota as seguintes definições: [...] II.10 – participante da pesquisa – indivíduo que, de forma esclarecida e voluntária, ou sob o esclarecimento e autorização de seu(s) responsável(is) legal(is), aceita ser pesquisado. A participação deve se dar de forma gratuita, ressalvadas as pesquisas clínicas de Fase I ou de bioequivalência”.

⁵⁸¹ Utilizamos a expressão “ações a próprio risco” com um conteúdo diferente daquele inicialmente proposto por JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no Direito Penal*. 5. ed. Tradução de André Luís Callegari. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 30. Para este autor, as ações a próprio risco agrupariam a *lesão a um dever de autoproteção* e, inclusive, a *própria vontade* da vítima (consentimento). Quem parece seguir esta orientação é GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho penal*. Parte general. 3. ed. Lima: Ideas Solución Editorial, 2019, p. 448 et seq. Para este autor, “a vítima infringe as suas incumbências de autoproteção, quando, diante de uma situação de risco, atua de tal maneira que é possível esperar, razoavelmente, consequências para ela. Trata-se, portanto, de riscos que se encontram presentes em sua interação com os demais e frente aos quais resulta uma incumbência de autoproteção” [tradução livre] (p. 449). García Caveró situa, entre os deveres de autoproteção, tanto as hipóteses de organizações independentes, mencionando exemplo relativo à responsabilidade penal pelo produto, quanto de organizações conjuntas; di-lo: “uma competência conjunta se revelaria, por exemplo, se a vítima viaja como passageira, sem capacete, numa motocicleta, resultando lesionada na cabeça por um acidente causado pela excessiva velocidade do condutor” [tradução livre] (p. 449). O consentimento constituiria, por sua vez, outra especificação da esfera de competência preferente da vítima na atribuição objetiva de riscos (p. 450). No mais, cf., LÓPEZ DÍAZ, Claudia. *Acciones a propio riesgo*. *Revista CENIPEC*, n. 25, p. 115-174. Bogotá: 2006, p. 135-136. Crítico aos deveres de autoproteção, cf. CANCIO MELIÁ, Manuel. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas. 1997. 664 f. Tese (Doutorado). Universidad Autónoma de Madrid, Facultad de Derecho. Madrid, 1997, p. 493-494, para quem o decisivo consiste em recorrer ao caráter autônomo da conduta da vítima,

da vítima influencia na conformação da tipicidade do comportamento do autor, de acordo com os critérios do comportamento diretamente perigoso ao bem jurídico. Portanto, não estamos diante de uma categoria autônoma. Da mesma forma que ocorre com o princípio da confiança, as ações a próprio risco parecem delimitar as normas redutoras de perigo, com a finalidade de verificar se a conduta do autor violou, concretamente, a prescrição normativa.

No *Caso do atropelamento*, p. ex., a ação arriscada da vítima foi importante para delimitar o alcance da norma redutora de perigo. Em primeiro lugar, o pedestre relapso atravessou a rodovia em local inadequado, onde não havia faixa de pedestres. A poucos metros de distância, a vítima poderia ter atravessado, com segurança, a passarela destinada à travessia dos pedestres, sendo certo que a legislação de trânsito proíbe ao transeunte andar fora da faixa própria ou da passarela (art. 254, V, CTB). Além disso, a manobra repentina do condutor do veículo que estava à frente, realizada para desviar do imprudente pedestre, impossibilitou que o autor dos fatos enxergasse a vítima. Diante disso, a exceção ao princípio da confiança, que cabe em relação às pessoas idosas, não tem aplicação, já que não houve indício concreto a respeito do comportamento incorreto do terceiro. A norma redutora de perigo, relativa aos limites de velocidade, não parece ter o objetivo de evitar, em regra, os perigos provocados pelos próprios pedestres, ao repentinamente surgirem nas rodovias. Como sequer houve provas da imprudência do condutor, e, portanto, da violação ao cuidado devido, temos que ele não praticou um comportamento típico.⁵⁸²

preferindo abandonar a terminologia relativa aos deveres de autoproteção; FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. 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*, 2. época, n. 5, p. 265-333. 2000, p. 307-308. Em adendo, no âmbito da criminalidade culposa, Ombretta di Giovine pretende resolver alguns dos problemas relacionados à autoexposição da vítima ao perigo pelo critério da previsibilidade. Segundo a autora, “a autoexposição ao perigo é relevante em ambos os perfis, o quantitativo e o qualitativo, porque representa uma forma de expressão do risco que foge à possibilidade normal de prever, e incorpora, ao mesmo tempo, uma violação dos princípios comportamentais que estão fora do dever de representação. Assim, o motorista, ao conformar a sua conduta ao cuidado devido, não é obrigado a representar antecipadamente a possibilidade de que terceiros violem as normas de trânsito” [tradução livre]; cf. DI GIOVINE, Ombretta. *Il contributo della vittima nel delitto colposo*. Torino: Giappichelli, 2003, p. 424.

⁵⁸² A depender da estrutura de imputação adotada, o caso poderia ser resolvido pelo critério do *fim de proteção da norma de cuidado*. Leia-se o trecho escrito por Juarez Tavares, que pode ser aplicado ao nosso caso: “Assim também não se inclui, no âmbito de proteção da norma, a atenção que o motorista deve ter para com pessoas que estejam passando nas passarelas sobre a pista. Se os limites de velocidade máxima têm a finalidade de possibilitar que o motorista possa parar o veículo a tempo (isto se deduz, inclusive, da indicação do art. 28 do CTB), nisso não se inclui que deva sempre prestar atenção nas passarelas sobre a pista, pois a construção de tais vias para pedestres tem, por sua vez, a função de desonerá-lo desse dever. Portanto, no exemplo do pedestre que se atira por sobre o veículo de uma dessas passarelas, a imputação estará excluída porque o resultado se situa além da finalidade protetiva da norma respectiva”; cf. TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposos*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 365. Além do mais, uma circunstância que não parece ter sido analisada pelo tribunal no nosso caso diz respeito à distância de segurança entre o veículo conduzido pelo causante do atropelamento e o veículo que estava à sua frente. Se bem vemos, o fim dessa norma parece consistir em que o condutor de atrás, percebendo a iminência de um sinistro à sua frente, possa evitá-lo, acionando a tempo, por exemplo, o sistema de frenagem. Duma perspectiva do *modelo de perigo*, diríamos que *ex ante*

Da mesma forma, no *Caso do braço na janela*, a conduta da vítima teve um papel importante na delimitação da norma redutora de perigo. A ultrapassagem do ônibus parado para o embarque de passageiros, nas circunstâncias fáticas apresentadas, não parecia estar proibida. Com efeito, as regras de ultrapassagem de coletivos⁵⁸³ não aparentam ter a finalidade de evitar que passageiros relapsos sejam atingidos ao deixar partes do corpo ao lado de fora da janela, ainda mais quando advertidos sobre a postura correta a ser adotada durante o percurso. Dessa forma, o condutor do ônibus não praticou um comportamento típico, por não ter violado o cuidado que lhe era exigível. Mesmo assim, a relação de realização entre a conduta do motorista e o resultado morte não parece ter sido esclarecida suficientemente. A vítima somente faleceu depois de três meses da ocorrência do acidente, em razão de pneumonia e meningoencefalite consecutivas. Dessa maneira, a imputação do resultado poderia ser rompida, caso fosse comprovado que a morte foi causada, por si só, pelos fatores supervenientes (art. 13, § 1º, CP), o que implicaria reconhecer a ausência de relação de realização. Sem descartar, ainda, o recurso ao fim de proteção da norma, já que as

considerada, a ação que não observe a distância de segurança é perigosa por criar a possibilidade de ocorrência do acidente. Esse modelo de perigo, doravante, tem que explicar o resultado ocorrido. O que nos desloca a um juízo de adequação *ex post*, afastando a imputação do resultado se, por exemplo, a vítima tenha entrado na pista tão repentinamente que a evitação do acidente não foi possível ao autor. Noutras palavras, o modelo de perigo do descumprimento da distância de segurança não teria, num tal caso, ligação com o resultado, que não foi causado pelo desrespeito à norma redutora de perigo, mas pelo comportamento irrefletido da vítima. O exemplo e a solução proposta por Curado Neves podem oferecer contornos mais nítidos: “[...] um condutor que atravessa uma povoação em excesso de velocidade atropela um peão que atravessou subitamente a estrada; vem a verificar-se que, caso o condutor tivesse respeitado o limite de velocidade, o mesmo resultado se teria verificado”. Está-se diante de uma conduta típica de homicídio culposo, pois “é previsível a verificação de acidentes fatais como consequência da condução em excesso de velocidade”. No entanto, “[...] o legislador não pode impor regras de cuidado que visem evitar todo e qualquer atropelamento; o que se pode fazer é reduzir o número destes a um mínimo, impossível de ser ainda reduzido sem pôr em causa a continuação do trânsito rodoviário. As regras de cuidado assim impostas permitirão evitar o atropelamento de peões que surjam na faixa de rodagem ainda a uma certa distância do veículo do qual possa resultar o atropelamento. Em contrapartida, as regras sobre limites de velocidade não poderão proteger os indivíduos que atravessem a estrada tão perto da viatura que se aproxima que só a uma velocidade mínima, incompatível com o decurso normal do trânsito automóvel, os poderia salvar. Daqui se pode retirar, para o caso que estava a ser analisado: quando um automóvel atravessa uma cidade à velocidade de oitenta quilómetros por hora, sendo a velocidade máxima permitida apenas sessenta, o tipo de perigo que o agente ilicitamente cria é o de ‘atropelamento de pessoas que atravessem subitamente a estrada a uma distância superior à que é necessária para parar o automóvel (cerca de cinquenta metros). É possível, deste modo, encontrar um princípio de solução para o caso que nos ocupa. Se o peão entrou na faixa de rodagem quando o veículo se encontrava, por exemplo, a vinte metros de distância, o seu atropelamento e consequente morte não são a concretização do modelo de perigo em função do qual a sua conduta é típica [...]. Assim, o atropelamento do peão não é a realização do risco que o agente não estava autorizado a criar, mas sim de um outro, pelo qual ele não é responsável”; cf. CURADO NEVES, João. *Comportamento lícito alternativo e concurso de riscos*. Contributo para uma teoria da imputação objectiva em Direito Penal. Lisboa: AAFDL, 2019, p. 189-193.

⁵⁸³ O art. 31 do CTB, p. ex., estabelece que “o condutor que tenha o propósito de ultrapassar um veículo de transporte coletivo que esteja parado, efetuando embarque ou desembarque de passageiros, deverá reduzir a velocidade, dirigindo com atenção redobrada ou parar o veículo com vistas à segurança dos pedestres”. Além disso, o art. 29, II, do CTB, dispõe que “o condutor deverá guardar distância de segurança lateral e frontal entre o seu e os demais veículos, bem como em relação ao bordo da pista, considerando-se, no momento, a velocidade e as condições do local, da circulação, do veículo e as condições climáticas”.

regras de ultrapassagem de coletivos procuram evitar as lesões dos pedestres que circulam nas proximidades, e não dos ocupantes que deixam partes do corpo ao lado de fora do veículo.⁵⁸⁴

O *Caso da comissão de formatura* também retrata, de certo modo, a influência da conduta da vítima na delimitação do perigo tolerado. Em primeiro lugar, a extensão da posição de garante a todos os membros da comissão parece ter sido equivocada, tendo em conta que a denúncia não especificou em qual das hipóteses do art. 13, § 2º, do CP, eles incorreram, nem descreveu, minimamente, a participação de cada um dos envolvidos, a fim de esclarecer o porquê de lhes colocar na posição de garante.⁵⁸⁵ De mais a mais, não se trata de uma hipótese de organização conjunta, tendo em vista que o fator de perigo decorreu da ação arriscada da própria vítima. Noutras palavras, não houve um ato comunicativo, como uma aposta, *v.g.*, estabelecendo as regras da prática daquela atividade. As circunstâncias fáticas, expostas no acórdão, são pouco claras e dificultam o esclarecimento de quais os deveres de cuidado atribuíveis aos eventuais garantes. Afinal, parece inconcebível atribuir um dever de tutela e de fiscalização da quantidade de bebida ingerida por adultos responsáveis numa festa (!), o que soa, no mínimo, paternalista.⁵⁸⁶

⁵⁸⁴ “[...] o CT determina a distância do veículo em relação à guia da sarjeta para evitar danos físicos a pedestres que transitem ou se utilizem da calçada e não para impedir a morte de crianças que, brincando de ‘pôr a cabeça fora’ do coletivo, venham a ser atingidas por colunas de iluminação. A morte da criança era imprevisível. Como é sabido, nem tudo pode ser previsto. O legislador exige que o autor preveja o que costumeiramente pode acontecer, não que antevêja o incomum, como é o caso de uma pessoa colocar a cabeça para fora de um ônibus em movimento [...]. De aplicar-se o princípio de confiança: o motorista espera que os passageiros, crianças ou adultos, comportem-se de maneira adequada, evitando dano a si próprios e a terceiros” (JESUS, Damásio de. *Imputação objetiva*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 100 [advertindo-se que, por tratar-se de criança, poderia haver uma limitação ao princípio de confiança no exemplo apresentado]).

⁵⁸⁵ Nesse sentido, cf. RIEGER, Renata Jardim da Cunha; PINHEIRO, Rafael Camparra. Tipo penal objetivo. Sociedade comunicacional. Teoria da imputação objetiva. Risco permitido. Proibição de regresso. Imputação ao âmbito de responsabilidade da vítima. Resultado normativamente imputável ao sujeito. Elementos subjetivos do tipo. (Habeas Corpus nº 46.525, do Superior Tribunal de Justiça). *Revista de estudos criminais*, nº 31, p. 195-211. Porto Alegre. Outubro/Dezembro de 2008, p. 197.

⁵⁸⁶ Oliveira Neto apresenta um panorama mais detalhado a respeito da decisão, com alguns desdobramentos e possibilidades: “1ª) a vítima utiliza sozinha a droga disponível na festa e se joga sozinha na piscina, morrendo afogada. Ninguém deve ser responsabilizado penalmente pelo resultado morte, pois trata-se de uma ação a próprio risco da vítima, portanto atípica; 2ª) a vítima se droga na companhia de outra(s) pessoa(s) e se atira sozinha na piscina, morrendo afogada. No mesmo sentido, ninguém deve ser responsabilizado penalmente, em vista da ação a próprio risco da vítima, havendo uma mera autocolocação em risco quando do consumo – embora conjunto – dos entorpecentes, de modo que o fato morte igualmente é atípico; 3ª) a vítima se droga na companhia de outra(s) pessoa(s), a(s) qual(is) a atira(m) na piscina com o seu consentimento, vindo ela a morrer por afogamento. Aqui deverá ser analisada a questão da validade do consentimento da vítima. Releva perquirir, nesse contexto, se ex ante a vítima tinha plena consciência dos seus atos e dos riscos a que, a partir deles, estaria exposta. Em vista disso, não se poderá, de forma apriorística, assentar a ausência de responsabilização penal dos envolvidos diretos pela morte, pois a possível situação de participação em uma autocolocação em risco ou heterocolocação em risco consentida demanda uma análise, repita-se, de validade/legitimidade do consentimento do ofendido no risco; 4ª) a vítima se droga sozinha, mas é atirada na piscina por outra(s) pessoa(s) com o seu consentimento, vindo ela a morrer por afogamento. De igual sorte, há que se verificar com redobrada cautela a situação de vulnerabilidade da vítima, se ex ante ou ex post ao seu consentimento, e bem assim a validade deste; 5ª) a vítima, drogada ou não, não autoriza que outra(s) pessoa(s) lhe jogue(m) na piscina. Neste caso, é indubitável que o uso do entorpecente, por si só, não permite dizer que a

Além dos casos já analisados, as *ações arriscadas de salvamento* constituem hipóteses que costumam ser abordadas no estudo da imputação objetiva e da conduta da vítima. Começamos com um exemplo: *A* incendeia uma casa; *B*, pessoa responsável, reentra no imóvel, não se sabe para salvar o seu irmão, menor de idade, ou bens materiais; *B* inala fumaça e, conseqüentemente, falece.⁵⁸⁷ Em primeiro lugar, falta, aqui, o requisito positivo da imputação ao âmbito de responsabilidade preferente da vítima, que é a organização conjunta da atividade. Afinal, a situação de perigo não adveio de um contexto comum de mesmo significado objetivo, i.e., os fatores de perigo foram originados por condutas independentes umas das outras, em contextos distintos de interação. Diante disso, o lugar de análise das ações arriscadas de salvamento parece estar localizado, a princípio, no comportamento diretamente perigoso ao bem jurídico. Trata-se de verificar, ao fim e ao cabo, se a conduta, “como conduta típica no sentido do crime de incêndio (ou de qualquer outro delito), mostra, ao mesmo tempo, outra dimensão de comportamento típico, a saber, no sentido de um crime de lesões ou de homicídio em relação ao salvador” [tradução livre]⁵⁸⁸.

Em apertado resumo, há duas correntes que propõem soluções para esses problemas. A primeira delas considera que a imputação deve ser excluída no caso de *condutas irracionais* do salvador. No exemplo do parágrafo anterior, seria compreensível que a pessoa reentrasse na casa em chamas para salvar o irmão ou os bens materiais. Desse modo, o causador do incêndio teria praticado um comportamento típico, no sentido do crime de homicídio culposo.⁵⁸⁹ A segunda corrente procura analisar a *liberdade da conduta* do salvador, liberdade esta que faltaria, especialmente, nas situações em que a ação de salvamento fosse praticada durante o *cumprimento de um dever jurídico* (substituamos o personagem *B* por um

vítima violou o dever de autoproteção ao ponto de o resultado lesivo ser indiferentemente reconduzido ao seu âmbito de responsabilidade, com cabal isenção de punição à quem a atirou na piscina sem o seu consentimento, de modo que o fato é típico e a responsabilidade penal deverá em justa medida recair sobre o(s) autor(es). Importa ressaltar, por fim, que os membros da comissão de formatura, pelo simples fato de ostentarem esta condição, não se convolvem em garantes – o que atrairia a aplicação do art. 13, § 2º, do CP –, pois via de regra os riscos oriundos de festas com essas características são absolutamente normais, presentes ainda o princípio de autorresponsabilidade e a natural confiança do conjunto dos participantes de que cada um se comportará em consonância com esse valor” [grifos do autor]; cf. OLIVEIRA NETO, Emetério Silva de. *Vitimodogmática e limitação da responsabilidade penal nas ações arriscadas da vítima*. 2019. 274 f. Tese (Doutorado). Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito. Belo Horizonte, 2019, p. 181-182.

⁵⁸⁷ Retirado de GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 75.

⁵⁸⁸ FRISCH, Wolfgang. *Comportamiento típico e imputación del resultado*. Traducción de Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 501.

⁵⁸⁹ GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 76. Sobre as condutas irracionais, cf. FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. 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*, 2. época, n. 5, p. 265-333. 2000, p. 324; GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Imputación objetiva y conducta de la víctima. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 58, fasc. 3, p. 733-806. 2005, p. 748 et seq.

bombeiro), ou num contexto em que o salvador agisse motivado por uma *excludente de culpabilidade*. Em casos de *ações não livres*, a imputação seria mantida.⁵⁹⁰

Em relação aos deveres jurídicos de salvamento, a imputação do resultado ao causante costuma ser justificada pelo argumento da *ineficácia do consentimento do salvador*, já que ele atuaria *coagido* pelo dever jurídico de agir.⁵⁹¹ Por outro lado, Gimbernat Ordeig sustenta que a ação de salvamento dos profissionais juridicamente obrigados configura uma hipótese de *risco permitido*. Dessa forma, a automorte ou a autolesão do profissional, decorrente de uma ação encoberta pelo risco permitido, não seria dolosa nem culposa. Por isso, o incendiário deveria responder, como autor, pelos eventuais danos sofridos pelo salvador, tendo em conta que, ao provocar ilicitamente o sinistro, ele teria gerado, de maneira inconsequente, uma situação que obrigou alguém a arriscar a sua vida ou integridade física, no exercício legítimo do dever ou da profissão. O rompimento da imputação apenas teria lugar, na fundamentação de Gimbernat Ordeig, nas situações em que o profissional atuasse às margens do risco permitido, a exemplo do bombeiro que tivesse entrado no edifício em chamas para recuperar uma maleta de drogas, ou desobedecendo às ordens do superior, que o alertara do risco de desabamento.⁵⁹² Além disso, Gimbernat Ordeig parece estender a mesma solução para os casos de salvadores não obrigados juridicamente.⁵⁹³ Em adendo, Feijóo Sánchez procura

⁵⁹⁰ Cf. a exposição de GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, 76-77. Se bem vemos, nos supostos de condutas não livres, a imputação costuma ser, geralmente, mantida pela doutrina. De acordo com Rudolphi, o salvador não é livre na tomada de decisão sobre se ele deve ou não correr o risco para salvar os bens jurídicos que se encontram em perigo, pela violação do dever do primeiro causante. É este quem cria o risco para o salvador, motivo pelo qual lhe caberia a responsabilidade pelo resultado; cf. RUDOLPHI, Hans-Joachim. *Causalidad e imputación objetiva*. Traducción de Claudia López Díaz. Universidad Externado de Colombia: Bogotá, 1998, p. 68. Cf., também, a exposição de REYES ALVARADO, Yesid. *Imputación objetiva*. Bogotá: Editorial Temis, 2005, p. 377-378.

⁵⁹¹ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Imputación objetiva y conducta de la víctima. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 58, fasc. 3, p. 733-806. 2005, p. 741.

⁵⁹² GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Imputación objetiva y conducta de la víctima. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 58, fasc. 3, p. 733-806. 2005, p. 759-760. O autor complementa a explicação desse modo (p. 761): “[...] aqui a pergunta que se coloca é se o dano que o bombeiro *autocausou-se* foi imprudente (porque, se não o foi, então não estamos diante de uma participação imprudente numa autocolocação em perigo imprudente, mas em outra, aprovada pelo ordenamento jurídico, e, conseqüentemente, como não é mais aplicável o argumento *a maiore ad minus*, o incendiário deve responder pela automorte ou as autolesões do salvador”. Parecendo afastar a imputação nestes casos, cf., também, FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. 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*, 2. época, n. 5, p. 265-333. 2000, p. 324; FRISCH, Wolfgang. *Comportamiento típico e imputación del resultado*. Traducción de Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 519-520.

⁵⁹³ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Imputación objetiva y conducta de la víctima. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 58, fasc. 3, p. 733-806. 2005, p. 764 et seq. No mesmo sentido, Frisch considera que as ações arriscadas de salvamento são de interesse da comunidade, que as estimam ético-socialmente valiosas. Desse modo, não seria correto negar a necessidade de proteção do salvador, recorrendo à voluntariedade de sua decisão e à ausência de obrigação jurídica; cf. FRISCH, Wolfgang. *Comportamiento típico e imputación del resultado*. Traducción de Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 511-512.

excluir a imputação quando o dano decorra de um fator estranho à situação de perigo criada, como aconteceria no caso de o bombeiro resvalar na calçada e cair, sofrendo lesões corporais.⁵⁹⁴

Além do mais, é possível que a ação arriscada de salvamento tenha origem a partir de uma conduta lícita de terceiro, que se autocolocou na situação de perigo. Exemplos: um suicida escala o alto de um edifício, com a intenção de pôr fim à sua vida. O socorrista, ao tentar salvá-lo, perde o equilíbrio e sofre uma queda, da qual resultam lesões corporais ou morte. Um alpinista se aventura em montanhas perigosas, gerando a necessidade de resgate pelo serviço de auxílio. Durante o trajeto, ocorre uma avalanche e um dos profissionais do resgate morre. Para Gimbernet Ordeig, a imputação deve ser excluída em ambos os casos. Diferentemente do incendiário, o suicida e o montanhista desencadearam o processo causal por intermédio de *ações lícitas*, que não se tornariam ilícitas pelas consequências produzidas aos salvadores. Portanto, eles não teriam gerado, de maneira desnecessária, a ação arriscada de salvamento.⁵⁹⁵

A abordagem que procuramos realizar nas linhas anteriores sobre as ações arriscadas de salvamento foi meramente expositiva, o que não significa que concordemos com as ideias recém-expostas. Em primeiro lugar, muitos dos critérios mencionados parecem carecer de precisão normativa, e, dado a sua ampla volatilidade, abrem espaço para manipulações dogmáticas. Quais as hipóteses que permitiriam adjetivar uma conduta como inconsequente? Um incêndio provocado a título de culpa inconsciente poderia ser enquadrado nessa “definição”? Além disso, a situação de salvamento pode ter sido originada por uma conduta lícita do sujeito, a qual, devido ao contexto, aparentava ser, no momento desencadeante da situação de perigo que demandou a ação de salvamento, ilícita. Tomemos o trânsito viário como exemplo: X atropela o pedestre Z; imediatamente, X aciona o socorro; durante o trajeto, o motorista da ambulância perde o controle, envolve-se num acidente e morre; posteriormente, comprova-se que X não agiu com culpa, por não ter criado risco juridicamente desaprovado, ao atropelar Z. Sem dúvidas, a conduta de X provocou a necessidade de uma ação de salvamento. Parece-nos intuitivo que lhe imputar a morte do condutor da ambulância

⁵⁹⁴ FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. 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*, 2. época, n. 5, p. 265-333. 2000, p. 320.

⁵⁹⁵ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Imputación objetiva y conducta de la víctima. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 58, fasc. 3, p. 733-806. 2005, p. 769. No mesmo sentido, cf. FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. 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*, 2. época, n. 5, p. 265-333. 2000, p. 320 (nas palavras do autor, “apenas interessam, a princípio, para efeitos de tipicidade, as lesões que são consequência de uma situação criada criminosamente” [tradução livre]).

é exagerado, não apenas por ter agido, desde o início, de maneira lícita, mas também pela possível superveniência causal do acidente (art. 13, § 1º, CP).⁵⁹⁶

A exceção que nos foi apresentada por Gimbernat Ordeig, que romperia a imputação no caso de resgate de uma maleta de drogas pelo bombeiro, não é menos problemática; afinal, a maleta poderia ser a prova da materialidade de algum crime. Nesse caso, o resgate ainda seria considerado não permitido? Além do mais, no que toca aos salvadores juridicamente obrigados, parece haver um inconveniente político-criminal. Se o incendiário imprudente tivesse que contar, diz-nos Roxin, com que, além do incêndio, fosse responsabilizado pelo homicídio dos bombeiros, ele poderia desistir de chamá-los para combater o fogo, o que seria indesejável.⁵⁹⁷ Por fim, o principal óbice parece estar na violação ao princípio de legalidade: pelo resultado que agrava especialmente a pena, só responde o agente que o houver causado ao menos culposamente (art. 19, CP), sendo certo que a punição do crime culposos é excepcional (*ex vi* art. 18, parágrafo único, CP). A combinação dolo-culpa – o chamado *crime preterintencional* – forma, por exemplo, a estrutura do crime de lesões corporais seguidas de morte (art. 129, § 3º, CP).⁵⁹⁸ O tipo de incêndio (art. 250, CP) não menciona, entretanto, a morte do salvador como um resultado que agrava especialmente a pena. Silêncio legislativo que nos permite deduzir um motivo para a não desaprovação como proibida da conduta, no sentido do crime de homicídio ou de lesões corporais, e da não imputação dos resultados: se o legislador tivesse visto, nesses casos, uma realização típica e imputável do perigo, não haveria razões para entender o porquê de não tê-las englobado como delitos qualificados pelo resultado.⁵⁹⁹

⁵⁹⁶ Para Reyes Alvarado, se o salvador comporta-se incorretamente ao exercer uma manobra de resgate, resultando lesionado, será tão só a sua conduta imprudente que permite explicar o resultado, motivo pelo qual a responsabilidade pelos danos cabe unicamente ao salvador. Do mesmo modo, se a lesão decorre de um infortúnio, a despeito do cumprimento das medidas de segurança impostas ao exercício da atividade, os danos devem ser considerados como *riscos gerais da vida*. Consequentemente, sendo produto de um risco geral próprio de quem executa a manobra de resgate, o resultado lesivo não poderá ser imputado ao causante da situação perigosa. Em última análise, não é o risco juridicamente desaprovado que o sujeito criou que se materializa no resultado, mas sim o risco proveniente da conduta estouvada do salvador, ou ainda o risco geral da vida. Conclusão que se impõe tanto aos salvadores legalmente obrigados e àqueles que não têm essa obrigação; cf. REYES ALVARADO, Yesid. *Imputación objetiva*. Bogotá: Editorial Temis, 2005, p. 383.

⁵⁹⁷ ROXIN, Claus. *Derecho Penal - Parte General: Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Tradução espanhola de Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 400.

⁵⁹⁸ “Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem: [...] § 3º Se resulta morte e as circunstâncias evidenciam que o agente não quis o resultado, nem assumiu o risco de produzi-lo: Pena - reclusão, de quatro a doze anos”.

⁵⁹⁹ ROXIN, Claus. *Derecho Penal - Parte General: Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Tradução espanhola de Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 400.

Além das ações arriscadas de salvamento, colocam-nos uma série de problemas as *condutas autolesivas adotadas para salvar-se de um perigo atual*.⁶⁰⁰ Elas têm lugar quando a vítima, para salvar-se de perigo atual, provocado por terceiro, desencadeia novo curso causal, mediante conduta autolesiva. Exemplo: X, à beira de uma rodovia, realiza sinais para receber carona; Z concede a carona; durante o percurso, Z pede o dinheiro de X; diante da negativa, Z solicita o relógio que era usado por X, que novamente nega; Z continua a insistir, afirmando ter uma navalha; assustado, X pede que Z pare o veículo, ameaçando atirar-se à estrada; Z não efetua a parada; X salta do veículo em movimento, sofrendo lesões corporais graves.⁶⁰¹ O problema a ser resolvido diz respeito à (im)possibilidade de conformar uma conduta típica de Z e, se for o caso, imputar-lhe o resultado.

Em primeiro lugar, questionaríamos o homem prudente a respeito da adequação da conduta de Z em produzir o resultado. Numa análise mais superficial, poderíamos chegar à conclusão de que o observador objetivo não consideraria que a ação de exigir o dinheiro ou o relógio seria idônea a gerar, no momento da prática da conduta, uma possibilidade real de dano, do modo como ele ocorreu. No entanto, a coação exercida pelo autor, se bem vemos, deve ser incluída na prognose póstuma objetiva. Assim sendo, o homem prudente nos diria

⁶⁰⁰ Cláudia López Díaz fala-nos de “autocolocação em perigo para evitar um dano iminente”; cf. LÓPEZ DÍAZ, Cláudia. *Acciones a propio riesgo*. Revista CENIPEC, n. 25, p. 115-174. Bogotá: 2006, p. 124. Para García Álvarez, nos casos em que a vítima coloca em perigo o bem jurídico, a coação sofrida impede o reconhecimento de uma autocolocação em perigo excludente da imputação, exigindo que essa coação tenha relevância suficiente para provocar uma situação semelhante à do estado de necessidade; cf. GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora. *La responsabilidad penal de terceros en caso de suicidio, lesiones, y puestas en peligro de la vida y/o la integridad física asumidas voluntariamente por su titular*. 1998. 697 f. Tese (Doutorado). Universidad de Sevilla, Departamento de Derecho Penal y Procesal, Área de Derecho Penal. Sevilla, 1998, p. 278. Para Feijóo Sánchez, o critério de imputação teria que ver com a *racionalidade* da autolesão ou da autocolocação em perigo da vítima, tendo como parâmetro as regras do *estado de necesidad justificante*. Desse modo, a autolesão não poderia ser maior do que a provável lesão dos bens jurídicos: mediante um juízo geral, seria preciso verificar se merece a pena autolesionar-se ou autocolocar-se em perigo, tendo em conta o mal que se trata de evitar. Assim sendo, seria necessário que o criador da situação tivesse diminuído as possibilidades de eleição da vítima – afetação no “domínio sobre a decisão” –, de forma a excluir a sua responsabilidade no fato; cf. FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. *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*, 2. época, n. 5, p. 265-333. 2000, p. 313-317. Mas tal raciocínio coloca um problema quanto à ponderação entre o bem lesado pela conduta autolesiva e o bem que provavelmente seria atingido, dando a entender que a vítima precisaria avaliar qual seria o momento oportuno para salvar-se, mesmo diante da coação. Diante disso, parece mais recomendável verificar se a intensidade da coação foi tal que impediu a liberdade decisória da vítima, violando a sua autonomia.

⁶⁰¹ Suposto fático retirado e adaptado de ROSO CAÑADILLAS, Raquel. *Autoría mediata, imputación objetiva y autopuestas en peligro*. *Derecho Penal y Criminología*, v. 25, n. 75, p. 245-289. 2004, p. 245-246 [trata-se de caso real, julgado pelo TS]. Um caso semelhante aconteceu recentemente no estado de Santa Catarina, sendo noticiado pelo portal de notícias G1: a vítima, uma mulher, pulou do carro em movimento para fugir de uma situação de assédio por parte do motorista. Ela caiu no meio da rua e ali permaneceu sentada por alguns segundos. O motorista seguiu viagem, sem prestar socorro à vítima. Há, inclusive, um vídeo do ocorrido. Trata-se de hipótese em que devem ser seguidas as mesmas regras que aqui propomos, devendo o condutor do veículo responder, considerando verdadeiros os fatos narrados, não só pelo crime contra a dignidade sexual, mas também pelas lesões corporais que a vítima sofreu ao praticar a conduta autolesiva. Cf. a matéria em G1. *Mulher se joga de carro em movimento em SC para fugir de assédio, diz polícia*. Disponível em: <https://glo.bo/3m5f0LQ>. Acesso em: 26 nov. 2020.

que há uma possibilidade real de dano, tendo em conta que a ameaça, no contexto da prática da conduta, poderia desencadear a ação autolesiva de salvamento, ainda mais quando a pessoa ameaçada alertara o coator que agiria dessa maneira.⁶⁰² Afinal, a conduta autolesiva é, segundo Roso Cañadillas, o meio de salvação que a vítima elegeu para proteger-se da agressão do terceiro. O fato gerador da conduta autolesiva consiste na anterior ameaça em desfavor do bem jurídico da vítima, que, alternativas outras lhe escapem, tem de submeter-se a essa situação para evitar o dano que em breve sofreria.⁶⁰³

Além do mais, o autor incrementou o risco de ocorrência do resultado, tendo em conta que ignorou a advertência da vítima e manteve o veículo em movimento, recusando-se em pará-lo, para que ela desembarcasse. Portanto, o autor praticou um comportamento típico, no sentido das lesões corporais da vítima. O acerto da imputação subjetiva, ou seja, se se trata de dolo eventual ou de culpa consciente, demandaria uma análise mais detalhada, a justificar a momentânea omissão a respeito. De mais a mais, como anotou o TS em outra sentença, a qual teve como objeto um suposto fático semelhante, “a conduta da vítima, ao poder razoavelmente prever que seria objeto de um delito contra a liberdade sexual, era ‘legítima’, sendo a única causa reprovável das lesões o comportamento do acusado”⁶⁰⁴. Por fim, o resultado parece ser a concreção específica do risco criado pelo autor, sendo que o comportamento alternativo correto o teria evitado.⁶⁰⁵

⁶⁰² Nesse sentido, cf. ROSO CAÑADILLAS, Raquel. Autoría mediata, imputación objetiva y autopuestas en peligro. *Derecho Penal y Criminología*, v. 25, n. 75, p. 245-289. 2004, p. 284. Gómez Rivero estende a posição de garante ao condutor, considerando que ele criou o estado de perigo (ingerência), cabendo-lhe o dever de evitar consequências mais graves, relacionadas à situação; cf. GÓMEZ RIVERO, Carmen. Víctimas culpables: ¿Victimodogmática, dogmática penal o intuición? *Cuadernos de política criminal*, n. 113, II, Época II, p. 105-158. Setembro de 2014, p. 146.

⁶⁰³ ROSO CAÑADILLAS, Raquel. Autoría mediata, imputación objetiva y autopuestas en peligro. *Derecho Penal y Criminología*, v. 25, n. 75, p. 245-289. 2004, p. 277. Para García Álvarez, a conduta da vítima não pode ser considerada uma autocolocação em perigo, pois a coação exercida pelo condutor retiraria essa característica. Desse modo, ele deveria responder pelo resultado produzido como autor mediato, já que a ameaça criou o estado de necessidade que obrigou o titular do bem jurídico a pô-lo em situação de risco; cf. GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora. *La responsabilidad penal de terceros en caso de suicidio, lesiones, y puestas en peligro de la vida y/o la integridad física asumidas voluntariamente por su titular*. 1998. 697 f. Tese (Doutorado). Universidad de Sevilla, Departamento de Derecho Penal y Procesal, Área de Derecho Penal. Sevilla, 1998, p. 279 [ainda que o exemplo trabalhado pela autora difira daquele que apresentamos no texto].

⁶⁰⁴ CANCIO MELIÁ, Manuel. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas. 1997. 664 f. Tese (Doutorado). Universidad Autónoma de Madrid, Facultad de Derecho. Madrid, 1997, p. 21. Cf., também, GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Imputación objetiva y conducta de la víctima. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 58, fasc. 3, p. 733-806. 2005, p. 736.

⁶⁰⁵ Nesse sentido, cf. ROSO CAÑADILLAS, Raquel. Autoría mediata, imputación objetiva y autopuestas en peligro. *Derecho Penal y Criminología*, v. 25, n. 75, p. 245-289. 2004, p. 284. Excluindo a imputação, ao argumento de que as lesões da vítima “não se encontravam no âmbito de proteção das normas incriminadoras que pretendia violar (seqüestro, roubo, crime contra os costumes etc.)”, cf. JESUS, Damásio de. *Imputación objetiva*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 88.

Centrando a análise no âmbito de responsabilidade preferente da vítima, falta-nos, de imediato, o requisito positivo, caracterizado pela organização conjunta da atividade. O ato comunicativo do caso apresentado limitou-se à solicitação e ao aceite da carona, não havendo a delimitação prévia de uma esfera organizativa, com a atribuição de responsabilidades aos envolvidos. Além disso, o passageiro dificilmente aceitaria a carona, caso tivesse conhecimento que seria coagido, coação esta que parece configurar, ademais, um fator de perigo adicional, a retirar qualquer significado objetivo em comum. A vítima também não compartilhava o controle da situação de perigo com o autor, tanto é que o seu pedido de parada foi negado. Por fim, e não menos importante, a coação parece ter tolhido a liberdade decisória da vítima, de modo a configurar um *déficit* de responsabilidade.⁶⁰⁶

4.4 CONDUTA DA VÍTIMA E IMPUTAÇÃO DO RESULTADO

Nos crimes materiais, a conformação do comportamento típico é insuficiente para encerrar a imputação ao tipo objetivo, ou melhor, para imputar o crime em sua forma consumada. Diante disso, precisamos verificar se o resultado é a concreção específica da conduta perigosa. Nesses casos, o comportamento da vítima pode ter relevância, sobretudo, na relação de realização. Em tais casos, a conduta da vítima deve referir-se à *dimensão do perigo* criado pelo autor,⁶⁰⁷ de modo a circunscrever-se na linha de desdobramento normativo do

⁶⁰⁶ Para Roso Cañadillas, o perigo criado pela vítima ao tentar fugir da lesão não ocorreu de forma livre e voluntária, resultando da pressão exercida pelo autor; cf. ROSO CAÑADILLAS, Raquel. Autoría mediata, imputación objetiva y autopuestas en peligro. *Derecho Penal y Criminología*, v. 25, n. 75, p. 245-289. 2004, p. 285. Por outro lado, Oliveira Neto entende que esses “casos se enquadram no instituto da *ação a próprio risco* quanto à lesão, pois assim como o autor a vítima tinha, em cada situação, plena consciência das consequências danosas do seu ato extremo, ainda que praticado em virtude de desespero. O instituto da autocolocação em risco não pode ser restringido a esse ponto, o que sufocaria a sua *ratio*, sendo incabível responsabilizar terceiro pelo resultado advindo de conduta consciente de outrem, no caso a própria vítima, que sopesou e escolheu qual bem jurídico merecia uma maior proteção de sua parte, tendo, a partir deste momento, controle real sobre o perigo ao fim materializado. Todavia, isso não retira a responsabilidade do autor pelas ameaças e lesões que eventualmente tenha praticado, bem como pela tentativa de cometimento de crime contra o patrimônio. A questão da suposta coação, que é bastante relevante, há de ser esmirilada a par da liberdade concreta de agir do sujeito lesado”; cf. OLIVEIRA NETO, Emetério Silva de. *Vitimodogmática e limitação da responsabilidade penal nas ações arriscadas da vítima*. 2019. 274 f. Tese (Doutorado). Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito. Belo Horizonte, 2019, p. 247-248. Conclusão que não nos parece dogmaticamente correta, pois não se pode falar de uma ação livre nesses contextos, além da vítima não controlar o fator de perigo, já que ela não sabe qual a conduta que efetivamente será praticada pelo autor, caso se mantenha inerte. Se bem vemos, obrigar a vítima a sujeitar-se ao comportamento do autor, para que ela valere se vale ou não a pena praticar o comportamento autolesivo, implicaria renunciar à necessidade de tutela do bem jurídico. Em regra, não compete ao sujeito, nos contextos em que é coagido, a sopesar os riscos e os benefícios de sujeitar-se à coação, ou, noutras palavras, de valorar se o bem ameaçado é mais ou menos relevante do que o bem a ser sacrificado.

⁶⁰⁷ CANCIO MELIÁ, Manuel. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas. 1997. 664 f. Tese (Doutorado). Universidad Autónoma de Madrid, Facultad de Derecho. Madrid, 1997, p. 549. Logo adiante (p. 554-555), o

comportamento típico,⁶⁰⁸ i.e., como consequência exata desse perigo, e não de fatores que ela mesma adicionou. Exemplo: a vítima sofre lesões corporais graves, causadas num acidente de trânsito, provocado pelo agir culposo do autor. Conduzida ao hospital, ela recusa a transfusão sanguínea ou o tratamento médico indicado para a situação, sendo que ambos provavelmente a salvariam. Diante da recusa, ela falece. Como a vítima negou o atendimento, que neutralizaria os efeitos prováveis do perigo, ela adicionou um fator de perigo, ainda que omissivamente,⁶⁰⁹ fator este que não guarda relação com o comportamento típico do autor. Portanto, no plano normativo, o resultado morte não correspondeu ao desdobramento da conduta típica,⁶¹⁰⁻⁶¹¹ razão pela qual o imprudente condutor deve responder, apenas, pelas lesões corporais culposas.

autor enfatiza que “no presente âmbito não se trata de qualificar a conduta da vítima, mas de determinar a concreção do risco inicial do que o autor é responsável” [tradução livre].

⁶⁰⁸ Trata-se de algo parecido com o “modelo de perigo” (*Modellgefahr*). Com efeito, “o *Modellgefahr* vem constituído pelo conjunto de condições que conduzem ou podem conduzir, segundo a experiência, à lesão, desde um ponto de vista *ex ante*. Para a imputação objetiva do resultado bastará que este constitua a realização do *Modellgefahr*, desde uma perspectiva *ex post*” [tradução livre] (BOLEA BARDÓN, Carolina. Interpretación de la imputación objetiva por intervención posterior de terceros. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 47, fasc. 3, p. 375-394. 1994, p. 381, fazendo menção a Jakobs).

⁶⁰⁹ Para Bolea Bardón, “a conduta da vítima não poderá determinar a interrupção da imputação objetiva se entendermos que a sua conduta não supõe a introdução de um novo risco no processo causal [...]. Se o perigo criado com a conduta da vítima substitui totalmente o risco inicial, realizando-se no resultado, o resultado típico não poderá ser imputado ao primeiro agente. Em contrapartida, se o novo risco apenas se projeta parcialmente no resultado, aquele que primeiramente atuou responderá por um resultado, ao qual contribuiram tanto ele como a própria vítima [...]” [tradução livre]; cf. BOLEA BARDÓN, Carolina. Interpretación de la imputación objetiva por intervención posterior de terceros. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 47, fasc. 3, p. 375-394. 1994, p. 381. Tal excerto coloca dúvidas sobre o acerto dogmático dado ao exemplo que propusemos no parágrafo. Afinal, a omissão da vítima na recusa do tratamento não implicou nenhum risco novo no processo causal, não, pelo menos, no sentido naturalístico. Parece-nos que a inclusão do fator de perigo deva ser considerada, no caso de conduta omissiva da vítima, desde um ponto de vista normativo, parâmetro que, por ora, carecerá de um melhor desenvolvimento. Resultados semelhantes a que chegamos, ainda que de perspectiva distinta, p. ex., BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal*. Parte general. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 1999, p. 282; ROXIN, Claus. *Derecho Penal - Parte General: Tomo I. Fundamentos*. La estructura de la teoría del delito. Tradução espanhola de Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 392.

⁶¹⁰ Nesse sentido, cf. CANCIO MELIÁ, Manuel. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas. 1997. 664 f. Tese (Doutorado). Universidad Autónoma de Madrid, Facultad de Derecho. Madrid, 1997, p. 549-550; ANARTE BORRALLA, Enrique. *Causalidad e imputación objetiva en derecho penal*. Huelva: Universidad de Huelva, 2002, p. 256. Outros supostos que impedem a imputação do resultado referem-se, e.g, à falta de cuidado da vítima no que toca à lesão sofrida (p. ex., a vítima arranca as ataduras do curativo ou reabre as feridas em processo de cicatrização) ou à falta de higiene, de modo a provocar uma infecção; exemplos citados por CANCIO MELIÁ, Manuel. *Líneas básicas de la Teoría de la Imputación Objetiva*. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, p. 106.

⁶¹¹ Santoro Filho pretende resolver esses casos por meio do art. 13, § 1º, do CP. Em primeiro lugar, o autor entende, por causa relativamente independente, “aquela que não pertence ao desdobramento causal normal da atividade empreendida, embora guarde nexos meramente físicos” (p. 21). Diante disso, nas hipóteses de intervenção posterior, Santoro Filho considera que, ao tomar para si, conscientemente, o completo domínio dos acontecimentos, retirando, desse modo, qualquer possibilidade de influência da conduta *ex ante* perigosa do autor no ulterior desenvolvimento do processo causal, a vítima dá azo a uma *causa superveniente*, apta, por si só, a produzir o resultado. Portanto, acrescenta o autor, “se a omissão, em nosso direito penal, é normativamente equiparada à causa – material – de um resultado quando apta a impedi-lo, impõe-se considerar o comportamento

Contudo, há situações em que a vítima poderia agir para melhorar o estado do bem jurídico, mas em circunstâncias tão excepcionais que seriam de difícil reconhecimento no contexto fático. Pode acontecer que a medida de prevenção ou salvamento exija uma conduta que depende de conhecimentos especiais para ser ativada. O fornecimento de uma comida venenosa à vítima, cujos efeitos poderiam ser neutralizados com a ingestão de uma simples aspirina, em nada interfere na imputação do resultado, sob uma pretensa alegação da facilidade em evitar as consequências. É-o assim porque não cabe à vítima reconhecer algo tão excepcional, que foge do conhecimento da generalidade das pessoas.⁶¹² Nesse sentido, o *Caso do líquido cáustico* nos revela que, após a simples lavagem com água das partes afetadas do corpo, a vítima evitaria as lesões sofridas. Entretanto, não compete à pessoa atingida pela conduta de outrem conhecer as características e as propriedades do objeto utilizado no cometimento do crime. Como destacou o TS, não é conveniente afastar a imputação, exigindo que a vítima averigue, pela sua intuição ou extrema diligência, a classe do líquido que a atingiu, cuja toxicidade, aliás, sequer poderia ser percebida pelo contato cutâneo.⁶¹³

Além do mais, poderíamos analisar, no setor do desvalor do resultado, os *danos tardios*, que se referem a resultados acontecidos no futuro, mas causalmente vinculados a uma ação pretérita; ou, na expressão de Jakobs, na consequência tardia de um dano permanente, provocado mais cedo.⁶¹⁴ Ilustremos: na direção de veículo automotor, A causa lesões corporais culposas em B; anos depois, B, que ainda não se recuperara completamente, perde o equilíbrio ao tentar subir uma escada e cai, sofrendo novas lesões corporais. É possível

omitido da vítima, em hipótese na qual, por si só, poderia evitar o resultado, como desencadeante de um *novo curso causal*, suficiente a afastar a imputação objetiva em relação ao terceiro”. De mais a mais, “torna-se irrelevante se o comportamento da vítima constituiu um fazer positivo ou um não-fazer; o que importa [...] é saber se o comportamento, no contexto de sua realização, *configurou o fato determinante para a ocorrência do resultado*, seja causando-o materialmente, seja não o evitando, quando possível fazê-lo” [grifo nosso]; cf. SANTORO FILHO, Antonio Carlos. *Teoria da Imputação Objetiva – Apontamentos Críticos à luz do Direito Positivo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 65. A conclusão a que chega Santoro Filho é coerente com o seu desenvolvimento e com o direito positivo brasileiro, o que não invalida – antes parece complementar – o nosso raciocínio, principalmente em considerar a adição de um fator de perigo criado omissivamente pela vítima. Tomando o art. 13, § 1º, como base para manter a imputação, cf. GALVÃO, Fernando. *Imputação objetiva*. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 106.

⁶¹² Nesse sentido, cf. CANCIO MELIÁ, Manuel. *Líneas básicas de la Teoría de la Imputación Objetiva*. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, p. 108.

⁶¹³ CANCIO MELIÁ, Manuel. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas. 1997. 664 f. Tese (Doutorado). Universidad Autónoma de Madrid, Facultad de Derecho. Madrid, 1997, p. 555. Cf., também, JESUS, Damásio de. *Imputação objetiva*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 96, para quem “a autora responde pela lesão grave, uma vez que a vítima não tomou a atitude salvadora por pura ignorância e desconhecimento. A solução seria diferente se ela [a vítima], conscientemente, viesse a recusar a providência salvadora”.

⁶¹⁴ JAKOBS, Günther. *Tratado de Direito Penal: Teoria do Injusto Penal e da Culpabilidade*. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 313.

imputar o segundo resultado a A? Pela teoria da equivalência das condições, a primeira conduta de A foi considerada causa do segundo resultado, pois, suprimindo-a mentalmente, ele não teria ocorrido. No entanto, parece-nos intuitivo que a lesão futura, mesmo que facilitada pela debilidade produzida pela conduta anterior, não deve ser imputada ao agente. Para alguns, o *fim de proteção da norma* não abrangeria o segundo resultado; em nosso exemplo, o fim de proteção da norma de trânsito violada não teria o objetivo de evitar a queda da pessoa de uma escada.⁶¹⁵

Entretanto, não nos parece, nesses casos, que o desvalor objetivo de ação tenha sido preenchido, o que implica a ausência de conduta típica em relação ao resultado tardio. Submetendo o comportamento ao filtro do juízo de adequação, o homem prudente, segundo Luís Greco, “dificilmente preveria que a conduta de, por ex., atropelar alguém, cria a possibilidade de que esta pessoa venha a perder o equilíbrio e a cair alguns anos depois”⁶¹⁶. Mesmo que fosse admitida a idoneidade da conduta, o sujeito não parece ter violado a diligência devida, no sentido do segundo resultado. Pensar de modo contrário implicaria estender de maneira exagerada os deveres de cuidado e, quiçá, atribuir indevidamente a posição de garante ao causador, fazendo do agente um tutor e eterno fiador da integridade corporal da vítima,⁶¹⁷ o que nos parece dogmaticamente inadequado.⁶¹⁸

Também alguns casos de *reação de pânico* podem ser solucionados à luz da imputação do resultado, mais precisamente, pelo critério do fim de proteção da norma. Seria o caso, julgado pelo TS [aqui adaptado], do grupo de três pedestres que caminham no acostamento de uma estrada, quando são surpreendidos pela invasão imprudente de um veículo. Dois deles conseguem salvar-se, mas o terceiro é atingido e morto pelo condutor. Entretanto, um daqueles que não foi atingido tem uma reação de pânico e corre em direção à

⁶¹⁵ Nesse sentido, cf. SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. 4. ed. Curitiba: ICPC, 2005, p. 115, englobando a situação como um “resultado fora do âmbito de proteção do tipo”, além de atribuir ao autor os “danos posteriores relacionados causalmente à ação lesiva do dever de cuidado ou do risco permitido, independente do tempo decorrido”, presentes outros pressupostos, como, p. ex., a morte da vítima de acidente de trânsito, ocorrida depois de longo período de tratamento. Para um panorama de outros autores que procuram solucionar essas hipóteses de danos tardios a partir do fim de proteção da norma, cf. GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 109 et seq. (nota n. 86).

⁶¹⁶ GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 110.

⁶¹⁷ GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 110.

⁶¹⁸ Apesar de aceitar o vínculo de realização, desde que o resultado constitua um daqueles que a norma que proíbe o risco pretende evitar, Percy García Caveró aduz que existem dificuldades práticas para a imputação dos danos tardios, destacando a dificuldade probatória do vínculo entre a conduta perigosa e o dano tardio, os prazos de prescrição dos delitos e, o que considera mais importante, o caráter de *coisa julgada* do primeiro pronunciamento judicial; cf. GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho penal*. Parte general. 3. ed. Lima: Ideas Solución Editorial, 2019, p. 480-481.

estrada, instante em que é atropelado por outro veículo, sofrendo lesões corporais. Situação que nos coloca o seguinte questionamento: é possível imputar as lesões sofridas pelo pedestre que entrou em pânico ao primeiro condutor? O critério do fim de proteção da norma leva-nos a uma resposta negativa, tendo em conta que o resultado, da forma como ocorreu, não é um daqueles que a norma que proíbe a invasão imprudente dos acostamentos pelos condutores pretende evitar. Noutras palavras, a norma busca impedir resultados indesejados em relação às pessoas que se encontram no acostamento e são atropeladas diretamente pelo veículo invasor, e não as lesões provocadas por condutores de outros veículos, em outro ponto da rodovia.⁶¹⁹

4.5 CONDUTA DA VÍTIMA E DOSIMETRIA DA PENA

Além da influência na estrutura de imputação ao tipo objetivo, a conduta da vítima pode repercutir efeitos na *dosimetria da pena*.⁶²⁰ Entre as circunstâncias judiciais, o art. 59 do CP elenca o comportamento da vítima, o qual, embora não justifique o crime, nem isente o réu de pena, pode minorar a censurabilidade do comportamento delituoso.⁶²¹ Trata-se, de acordo com Busato, de “pequena concessão feita pelo legislador em favor de aspectos vitimológicos”⁶²². Portanto, o agente pratica um injusto culpável, no qual a conduta da vítima concorre, de certo modo, para a sua ocorrência. Ei-lo o lugar sistematicamente adequado para situar a *concorrência de culpas*. Tomemos de empréstimo o exemplo e a didática explicação de Joshi Jubert:

Exemplo: Um pedestre atravessa a rua, estando o sinal vermelho. Naquele momento, B passava pelo local, conduzindo um veículo em excesso de velocidade e sem prestar a menor atenção. B atropela A. Ainda que A tivesse atravessado a rua no momento adequado, B tê-lo-ia atropelado, igualmente.

Consequentemente, o comportamento da vítima não interfere na infração à norma, realizada pelo autor. É dizer, a conduta concorrente da vítima não influencia o resultado ocorrido. Este pode ser imputado em sua totalidade à conduta imprudente do autor. Portanto, a autocolocação em perigo, por parte da vítima, não repercute no injusto realizado pelo autor. De todos os modos, é possível levar em consideração a conduta da vítima, no âmbito estrito da dosimetria da pena. Dessa forma, se bem que a concorrência de condutas não daria lugar, em tais casos, à exclusão da imputação

⁶¹⁹ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Fin de protección de la norma e imputación objetiva. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 61, fasc. 1, p. 5-30. 2008, p. 17-18.

⁶²⁰ A conduta da vítima tem, ainda, um papel importante no âmbito das *causas de justificação*, sobretudo na *legítima defesa* (art. 25, CP), já que é o seu atuar que desencadeia a situação justificante. Atuar este que, pelo espaço, não será objeto de análise.

⁶²¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 829.

⁶²² BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 885.

objetiva do resultado ao autor, nem a um injusto de menor gravidade, ela poderia reduzir a pena do autor [tradução livre].⁶²³

Na segunda fase da dosimetria da pena, o legislador previu, como circunstância atenuante, o cometimento do crime sob a *influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima* (art. 65, III, c, CP). Além do mais, a injusta provocação da vítima pode configurar, também, uma minorante, como acontece no *homicídio privilegiado* e nas *lesões corporais* – quando o agente comete o crime sob o *domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima* (art. 121, § 1º; art. 129, § 4º, ambos do CP). Analisemo-los em conjunto.

A primeira diferença entre a atenuante e a minorante consiste no grau de intensidade da violenta emoção. Na minorante, o agente pratica o fato *dominado* pela violenta emoção, isto é, “sob choque emocional próprio de quem é absorvido por um estado de ânimo caracterizado por extrema excitação sensorial e afetiva, que subjuga o sistema nervoso do indivíduo”⁶²⁴, ao contrário da atenuante, que se contenta com a *influência*. A segunda distinção encontra-se na *temporalidade*: a minorante tem como requisito a prática do fato *logo em seguida* a injusta provocação da vítima, lapso dispensado para a aplicação da atenuante.⁶²⁵

O traço em comum reside na *injusta provocação da vítima*. O ato injusto, para a aplicação da atenuante, “embora possa não ser, necessariamente, ato criminoso, é uma atitude não amparada pelo Direito, o que corrobora o tratamento menos severo ao infrator”⁶²⁶. Por outro lado, a provocação injusta, ainda que dispense a antijuridicidade, deve ser “capaz de justificar, segundo o consenso geral, a indignação, a cólera e a repulsa do agente; repulsa que não é defesa, mas desafôgo da ira provocada. Se o ato que constitui a provocação é legítimo, se ao agente cabia sujeitar-se a êle, não há lugar para a diminuinte”⁶²⁷. Por fim, a injusta provocação não se confunde com a *injusta agressão*, que pode justificar o fato pelo reconhecimento da *legítima defesa* (art. 25, CP).

⁶²³ JOSHI JUBERT, Ujala. Concurrencia de culpas y conducción bajo la influencia de bebidas alcoholicas. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 42, fasc. 2, p. 731-748. 1989, p. 741-742 [traduzimos a expressão “medición de la pena” como “dosimetria da pena”].

⁶²⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte geral. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 816.

⁶²⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte geral. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 817.

⁶²⁶ SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Curso de direito penal* [recurso eletrônico]: parte geral. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 420.

⁶²⁷ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*. Parte geral. Tomo 2º. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 125.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O percurso que percorremos até aqui nos permite concatenar as ideias apresentadas ao decorrer da escrita, o que faremos em ordem cronológica, obedecendo à sequência dos capítulos:

Capítulo 2

1. O bem jurídico-penal é o fundamento da imputação ao tipo objetivo e pode ser entendido como o valor digno e necessitado de tutela penal. Em primeiro lugar, ocorre uma valoração positiva, através da qual o legislador, em processo de analogia axiológico-material com a Constituição, e atento ao contexto histórico-cultural no qual está situado, reconhece a dignidade do bem jurídico. Posteriormente, a necessidade da proteção do bem jurídico envolve uma valoração negativa, mediante a identificação das condutas especialmente gravosas que podem lesá-lo ou expô-lo a perigo de lesão, de modo a traduzir um efetivo juízo de desvalor. A terceira valoração, também negativa, é realizada pelo magistrado, ao julgar o caso penal. Incumbe-lhe a tarefa de concretizar o juízo de desvalor e verificar se a conduta e o resultado correspondem aos motivos pelos quais o legislador reputou necessária a proibição.

2. A imputação ao tipo objetivo abrange as categorias do comportamento típico (desvalor objetivo de ação) e da imputação do resultado (desvalor de resultado). O comportamento típico nos fornece os critérios que permitem definir o injusto de conduta, de modo a separar as condutas proibidas das não proibidas. A imputação do resultado tem o objetivo de verificar a existência do liame causal e da relação de realização entre a conduta e o resultado. Além disso, na dimensão axiológica, a imputação do resultado valora o efetivo grau de ofensa da conduta ao bem jurídico.

3. A conformação do comportamento diretamente perigoso, no qual não concorre a conduta da vítima ou de terceiros, demanda avaliar, em primeiro lugar, a idoneidade do comportamento para produzir o resultado. A conduta será adequada ou idônea a produzir o resultado se o observador objetivo, situado no instante da sua prática e dotado dos conhecimentos especiais do autor, verificar que tal conduta gera uma possibilidade real de dano ao bem jurídico (critério da prognose póstuma objetiva).

4. Além do juízo de idoneidade, o magistrado deve analisar se a conduta ultrapassou os limites do perigo autorizado. Nos crimes dolosos, em regra, o juízo de adequação é suficiente para confirmar a perigosidade da conduta. Por outro lado, os crimes culposos exigem um maior rigor de concreção. Para avaliar se a conduta superou o risco normal da respectiva atividade, o juiz pode recorrer às normas jurídicas de segurança e, residualmente, às normas não jurídicas de segurança. A violação às normas de segurança constitui indício da violação ao cuidado devido, e até mesmo a conduta aparentemente correta pode implicar excesso do risco básico. Ademais, é preciso que a conduta incremente o risco de ocorrência do resultado, além da normalidade do perigo que é tolerado. Por fim, nem toda e qualquer situação de perigo está regulada, o que demanda uma ponderação pelo juiz a partir das normas gerais de prudência.

5. Depois de comprovada a tipicidade da conduta, precisamos verificar se o resultado pode ser imputado ao agente. Em primeiro lugar, devemos apurar se a conduta foi causa do resultado, seguindo o processo de eliminação mental hipotético, engendrado a partir da teoria da equivalência das condições. Se a supressão mental da conduta implicar o desaparecimento do resultado, temo-la como causa. Por outro lado, a permanência do resultado indica-nos que ela não colocou uma condição para a sua ocorrência, de modo a excluir a relação de causalidade.

6. A relação de causalidade é necessária, mas não suficiente para imputar o resultado. O próprio legislador limitou o alcance do nexo causal ao inserir considerações valorativas no § 1º do art. 13 do CP, que dispõe acerca da causa superveniente relativamente independente. Desse modo, o resultado ocorrido deve corresponder ao desdobramento natural e normativo da conduta típica, mediante um juízo de perspectiva *ex post*. Pelo critério do fim de proteção da norma, o juiz deve avaliar se o resultado ocorrido corresponde àquilo que *ex ante* justificava a proibição. Além do mais, a imputação pode ser afastada caso se comprove que o comportamento alternativo lícito evitaria, com segurança, o resultado. Se a evitação do resultado pela conduta alternativa correta for apenas provável e deixar dúvidas a respeito da relação de realização, o resultado não pode ser imputado.

Capítulo 3

1. A vítima chegou a ocupar um lugar de destaque no sistema de justiça criminal, em épocas em que não havia uma nítida separação entre as funções de acusar e julgar. Com o processo de neutralização da vítima, o Estado adquiriu o monopólio do poder de punir, impedindo-a de aplicar uma pena ao agressor. As preocupações com o estudo da vítima foram impulsionadas depois da Segunda Guerra Mundial. A vitimologia é o campo de estudos que pretende sistematizar os conhecimentos empíricos relativos à vítima. A vitimodogmática foi pensada, por sua vez, com o objetivo de analisar a relevância da conduta da vítima para a valoração jurídico-penal do comportamento do autor. Entretanto, a vitimodogmática exige demais do caráter subsidiário do Direito Penal, gerando efeitos reversos e implicando, de certa forma, uma desproteção da vítima. Desse modo, as hipóteses de intervenção autorresponsável da vítima na atividade perigosa não dependem da vitimodogmática, encontrando respostas na própria dogmática do Direito Penal.

2. Considerável parte da doutrina e da jurisprudência entende que a compensação de culpas não pode ser aceita em Direito Penal. Por outro lado, tendem a admitir a concorrência de culpas, que ocorreria quando vítima e autor tivessem contribuído causalmente à produção do resultado. No TS, a concorrência de culpas degradaria a culpa do autor, podendo até mesmo eliminá-la. Alguns tribunais brasileiros entendem que a concorrência de culpas configura circunstância judicial favorável, influenciando na dosimetria da pena (art. 59, CP). De mais a mais, a concorrência de culpas, tal como engendrada na jurisprudência do TS, confunde aspectos ontológicos e normativos, além de apresentar critérios bastante vagos e imprecisos, de modo a implicar um *déficit* de acertamento dogmático.

3. A contribuição à autocolocação em perigo ocorre quando o autor facilita ou colabora à autoexposição da vítima ao perigo. Para que a autocolocação em perigo seja válida, a vítima precisaria ter o domínio do fato, a consciência em relação à conduta perigosa e a responsabilidade para decidir autonomamente. Além do mais, a impunidade da contribuição à autocolocação em perigo costuma derivar, no espaço de juridicidade alemão, do argumento *a minori ad minus*: se a participação em suicídio não é punida (o mais), tampouco deve ser punida a participação em autocolocação em perigo (o menos).

4. Por outro lado, nos casos de heterocolocação consentida em perigo, a vítima permite que outrem a coloque nessa posição. Desse modo, o domínio do fato estaria nas mãos do terceiro. A impunidade da heterocolocação consentida em perigo dependeria, segundo Roxin, da possibilidade em equipará-la à contribuição à autocolocação em perigo, de acordo com os seguintes requisitos: 1º) o dano deve ser a consequência do risco corrido, e não de outros erros adicionais; 2º) a vítima deve ter o mesmo grau de responsabilidade pela atuação, em relação àquele que a coloca na situação de perigo; 3º) a vítima deve ter consciência do perigo, na mesma medida daquele que a coloca nessa situação.

5. No entanto, o argumento *a minori ad minus* não pode ser transposto ao direito positivo brasileiro sem maiores reflexões, diante da previsão legal do crime de participação em suicídio em nosso espaço de juridicidade. Além do mais, o recurso às duas categorias, que se distinguiriam pelo domínio do fato ou pelo fator desencadeante do perigo, pode implicar manipulações dogmáticas, de modo a enquadrar supostos fáticos ora numa, ora noutra, conforme o entendimento do juiz.

6. Portanto, as propostas da doutrina da concorrência de culpas, da contribuição à autocolocação em perigo e da heterocolocação em perigo consentida não estão em condições de oferecer uma resposta adequada ao problema da intervenção da vítima nas atividades perigosas. Cenário que nos levou a projetar outra categoria, a imputação ao âmbito de responsabilidade preferente da vítima, que tem como fundamento a autonomia e a autorresponsabilidade.

7. A autonomia consiste na capacidade de autodeterminação que tem o indivíduo para decidir livremente a respeito do modo de organização e de desenvolvimento do próprio âmbito vital. A decisão autônoma não depende da sua adequação moral, mas se foi tomada por um indivíduo competente para adotá-la, de acordo com os critérios estabelecidos pela ordem jurídica. A autorresponsabilidade é correlata à autonomia e radica na ideia de que, à livre organização do âmbito vital, corresponde o ônus das consequências das decisões adotadas e dos atos praticados. Noutras palavras, as pessoas podem voluntariamente expor-se a fatores de perigo, assumindo, doravante, a responsabilidade preferente pelas consequências. Restringir a liberdade em tais casos representaria uma postura paternalista do Estado, seja em relação ao próprio lesado (paternalismo direto), seja em relação ao terceiro interveniente (paternalismo indireto). Entretanto, a autoexposição ao risco depende da capacidade de

compreensão do significado e do alcance da atividade, i.e., da autonomia decisória do sujeito, cuja ausência implica a possibilidade de desaprovar a conduta e imputar o resultado ao terceiro.

Capítulo 4

1. O Direito Penal proíbe condutas, não só pelo seu caráter perigoso, mas também porque elas podem afetar a autonomia e o livre desenvolvimento da personalidade de terceiros. Na medida em que a conduta não interfira negativamente na autonomia ou no livre desenvolvimento da responsabilidade de terceiros, antes abram possibilidades de vida para estes, elas não podem ser proibidas, porque não preenchem o conteúdo de necessidade que motivou a proibição. Somente ações perigosas podem ser proibidas, mas nem todas as ações perigosas estão, efetivamente, proibidas.⁶²⁸ Como a autonomia consiste, para nós, em extensão do bem jurídico individual, apenas as condutas que impliquem uma invasão não autorizada na autonomia e no livre desenvolvimento da personalidade alheia podem estar proibidas. As condutas que fomentam a autonomia de terceiros, em decorrência de uma decisão livre e voluntária, não podem ser consideradas, em regra, proibidas. Eis o porquê de situarmos o âmbito de responsabilidade preferente da vítima como uma especificidade do comportamento típico.

2. A imputação ao âmbito de responsabilidade da vítima consiste na categoria que abrange as hipóteses de organização conjunta de uma atividade perigosa entre o autor e a vítima. Noutras palavras, procura-se analisar qual a importância da conduta autorresponsável da vítima e quais os impactos que essa conduta pode ter na estrutura de imputação. Para a existência e a validade da organização conjunta, os envolvidos devem delimitar, de forma prévia, o alcance da atividade, mediante ato comunicativo que estabeleça as incumbências de cada um (requisito positivo). Dessa forma, não podem ser adicionados fatores de perigo que não foram objeto de acordo; não pode haver desníveis de conhecimento entre o autor e a vítima; o autor não pode despreocupar-se com o desenvolvimento da atividade se estiver na posição de garante; e a vítima não pode apresentar defeitos de reponsabilidade (requisitos negativos).

⁶²⁸ GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 34.

3. O direito positivo brasileiro não impede, num primeiro momento, que duas pessoas capazes e responsáveis pratiquem uma atividade perigosa conjunta. O art. 122 do CP apenas proíbe a participação dolosa em suicídio ou em automutilação dolosa. O tipo não abrange as hipóteses em que a vítima coloca o bem jurídico, conscientemente, em perigo. Eliminar a vida e colocá-la em perigo são condutas com significados distintos. Relembrando García Álvarez, nas condutas de risco, a pessoa não quer morrer, ou seja, não as utiliza como um meio para renunciar à própria vida, pois, se assim fosse, estaríamos diante de um suicídio.⁶²⁹ A organização de atividades perigosas abre possibilidades de vida,⁶³⁰ permitindo ao indivíduo eleger as maneiras que reputar mais adequadas para usufruir o bem jurídico de sua titularidade, o que é garantido pelo direito ao livre desenvolvimento da personalidade.

4. A vítima deve ter a possibilidade de compartilhar o controle dos fatores de perigo com o autor, não sendo necessário o controle direto, bastando que lhe seja possível influenciar, comissiva ou omissivamente, o desenrolar do processo causal. Além do mais, a conduta estouvada deve guardar relação com o perigo criado pelo autor, motivo pelo qual ele não pode incrementar o risco básico que foi aceito ao organizar a atividade. Do mesmo modo, não podem ser adicionados fatores de perigo que não foram objeto de delimitação prévia na organização conjunta. Noutros termos, o dano deve corresponder às consequências diretamente relacionadas ao(s) fator(es) de perigo anuído(s), e não a elementos adicionais, que não foram previamente delimitados.

5. Não podem concorrer desníveis de conhecimento entre o autor e a vítima, bastando que ela tenha conhecimento suficiente para a correta compreensão do significado e do alcance da exposição aos fatores de perigo. Além disso, a consequência deve resultar do fator de perigo conhecido pelo autor e não transmitido à vítima. Em acréscimo, o autor não pode induzir a vítima a erro sobre os pressupostos essenciais da atividade, de modo a privá-la da correta compreensão dos fatores de perigo. Há um dever de esclarecimento acerca dos fatores essenciais dos perigos relacionados à atividade, que possam influenciar a tomada de decisão da vítima.

⁶²⁹ GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora. *La responsabilidad penal de terceros en caso de suicidio, lesiones, y puestas en peligro de la vida y/o la integridad física asumidas voluntariamente por su titular*. 1998. 697 f. Tese (Doutorado). Universidad de Sevilla, Departamento de Derecho Penal y Procesal, Área de Derecho Penal. Sevilla, 1998, p. 90-91.

⁶³⁰ MIR PUIG, Santiago. Sobre el consentimiento en el homicidio imprudente. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, p. 259-267. 1991, p. 259-260, p. 267.

6. Nos casos de transmissão de doenças infecto-contagiosas, a vítima deve saber a condição que acomete a outra pessoa. Em relações sexuais consentidas, que impliquem a transmissão da AIDS, o desconhecimento da vítima sobre a doença portada pelo parceiro fá-lo praticar uma conduta típica, caso omita dolosamente o fator de perigo, em se tratando de relações sexuais desprotegidas. A omissão dolosa, seguida da adoção de medidas de cuidado que não foram adequadas, no entanto, para evitar o contágio, pode acarretar a imputação a título de culpa. A autoexposição voluntária da vítima ao perigo, tendo o conhecimento da doença e do risco da transmissão, resulta o não reconhecimento da conduta típica do autor. As mesmas regras valem, em princípio, nos casos de transmissão da Covid-19.

7. Nos casos de relações verticalizadas, nas quais o autor encontra-se na posição de garante e assume o dever de evitar o resultado, as consequências da atividade perigosa não poderão ser atribuídas, em regra, à esfera de responsabilidade preferente da vítima. Nas relações de emprego, o empregador tem o dever de prevenir e evitar os acidentes de trabalho. O não fornecimento de equipamento adequado e a ausência de informações para a execução do serviço, mesmo em casos de ação arriscada da vítima, implicam reconhecer a tipicidade da conduta do empregador. Por outro lado, nos casos em que o empregador cumpre as normas de prevenção e de segurança do trabalho, não há, em tese, violação ao cuidado devido, não lhe sendo estendida a responsabilidade pelas consequências de uma ação arriscada do empregado.

8. A decisão da vítima em participar de uma atividade perigosa com o autor deve consistir em projeção da sua autonomia. Noutras palavras, ela deve ser responsável. A responsabilidade é avaliada de acordo com as regras do consentimento. Desse modo, ela deve ser capaz de compreender o significado e o alcance dos fatores de perigo e das possíveis consequências da atividade. Por outro lado, não estaremos diante de uma organização conjunta válida nas hipóteses em que a vítima carecer de responsabilidade, motivo pelo qual o terceiro pratica uma conduta típica. A restrição à liberdade geral do terceiro está justificada pela incapacidade da vítima em compreender o significado e o alcance da sua decisão (paternalismo suave).

9. A imputação ao âmbito de responsabilidade da vítima e o consentimento têm como semelhança a exigência da autonomia da pessoa afetada. Distinguem-se, em primeiro lugar pelo grau de adesão à atividade. No consentimento, há um ato de disposição do bem jurídico, por meio do qual o sujeito adere ao resultado. Na imputação ao âmbito de responsabilidade

preferente da vítima, o resultado não é desejado. Desse modo, o sujeito assente, apenas, à situação de perigo característica da atividade. O segundo ponto distintivo reside no controle da atividade. No consentimento, o controle pertence àquele que a executa, diferentemente da imputação à vítima, em que o controle dos fatores de perigo deve ser compartilhado entre os intervenientes. Entretanto, ambos os casos exigem a congruência entre o objeto de adesão e as consequências relacionadas ao desenvolvimento da atividade. É dizer, no consentimento, o resultado deve corresponder ao que foi livremente consentido, e, na imputação à vítima, não podem ser adicionados fatores de perigo diferentes daqueles que foram objeto de delimitação ao organizar a atividade.

10. A autonomia consiste em extensão do bem jurídico individual, vinculando-o ao exercício do direito geral de liberdade. Nesse sentido, todos os bens jurídicos individuais são disponíveis. Entretanto, a lei pode estabelecer limites objetivos à liberdade de disposição do bem jurídico. A interpretação teleológica do art. 122 do CP nos revela que a restrição da liberdade em renunciar à vida mediante a participação de terceiros implica a proibição da execução direta da morte de alguém. Nessa lógica, o consentimento à eliminação da vida é juridicamente inválido, configurando um injusto punível. Por outro lado, a lei não proíbe a autoexposição ao perigo, conduta que não implica a renúncia ao bem jurídico.

11. A idade mínima para validar a organização conjunta da atividade perigosa com outrem é, em regra, de quatorze anos. Além disso, a pessoa não pode sofrer de doença mental ou desenvolvimento incompleto ou retardado, nem ter aderido à atividade em situação de embriaguez, seja ela voluntária ou acidental, ou em casos de vontade viciada, decorrente, p. ex., de coação ou de estado de perigo. Entretanto, é preciso avaliar, em todos os casos, a capacidade fática da vítima em compreender o significado e o alcance da atividade. A comprovação da incapacidade não permite imputar as consequências à sua esfera de responsabilidade preferente.

12. Nos contextos de organização independente da atividade, a intervenção da vítima no processo causal não ocorre em confluência de vontades com a conduta do autor. Nesses casos, o comportamento da vítima pode nos auxiliar a delimitar o perigo autorizado. As ações arriscadas de salvamento não conformam, em tese, uma conduta típica do causante do primeiro crime, em relação às lesões corporais ou à morte do salvador. Nos casos de condutas autolesivas adotadas para salvar-se de um perigo atual, o autor cria, em regra, uma conduta

típica de lesões corporais ou de morte em relação à pessoa que autocoloca os bens em perigo, sendo possível a posterior imputação do resultado.

13. No setor da imputação do resultado, a conduta da vítima pode originar uma nova série causal, apta, por si só, a produzir o resultado. Desse modo, comprovando-se que o comportamento da vítima constituiu causa superveniente relativamente independente, que, por si só, produziu o resultado, rompe-se a relação de realização, impedindo imputar o resultado ao autor (art. 13, § 1º, CP). Os danos tardios, decorrentes de um comportamento pretérito, mas verificados somente depois de um longo lapso, não são, em princípio, imputáveis ao causante.

14. No caso de concorrência de culpas, a conduta da vítima poderá ser avaliada pelo magistrado como circunstância judicial favorável (art. 59, CP). Na segunda fase da dosimetria da pena, a conduta da vítima poderá constituir circunstância atenuante, em se tratando de crime praticado sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima (art. 65, III, *c*, CP). Na terceira fase da dosimetria da pena, a conduta da vítima poderá constituir causa especial de diminuição da pena, em se tratando de crime praticado sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima (art. 121, § 1º; art. 129, § 4º, ambos do CP).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. A manera de presentación: nociones preliminares. P. 13-47. In: ROXIN, Claus. *La imputación objetiva en el derecho penal*. Traducción e edición de Manuela A. Abanto Vásquez. Lima: Idemsa, 1997.
- AGUIAR, Walter de Lacerda. A autocolocação da vítima em perigo. *Revista olhar criminológico* [Associação Brasileira de Criminologia], ano 4, vol. 1, p. 104-110. Quixadá. 2020.
- ALBERDI, Francisco Orts. *Delitos de comisión por omisión*. Buenos Aires: Ghersi, 1978.
- ALBRECHT, Diego Alan Schöfer. *Crimes de perigo concreto: critérios de acertamento e fundamentos materiais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.
- ALBUQUERQUE, Raylla; GARRAFA, Volnei. Autonomia e indivíduos sem a capacidade para consentir: o caso dos menores de idade. *Revista Bioética*, v. 24, n. 3, p. 452-458. 2016. Disponível em: <https://bit.ly/3pqt7N9>. Acesso em: 9 nov. 2020.
- ALCÁCER GUIRAO, Rafael. El juicio de adecuación de la conducta. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 49, fasc. 3, p. 473-508. 1996.
- ALCHOURRÓN, Carlos E. Los argumentos jurídicos *a fortiori* y *a pari*. In: ALCHOURRÓN, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio. *Análisis lógico y Derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- ALEMANY, Macario. El paternalismo médico. P. 745-788. In: GASCÓN ABELLÁN, Marina; GONZÁLEZ CARRASCO, M^a del Carmen; MARTÍNEZ, Josefa Cantero (coords.). *Derecho sanitario y bioética*. Cuestiones actuales. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.
- ALFLEN, Pablo Rodrigo. Delito de induzimento, instigação ou auxílio à automutilação: o alcance do tipo fundamental e sua delimitação para com a forma qualificada pelo resultado lesões graves e gravíssimas. *Revista de Estudos Criminais*, n. 77, p. 109-128. Abril/Junho de 2020.
- ANARTE BORRALLO, Enrique. *Causalidad e imputación objetiva en derecho penal*. Huelva: Universidad de Huelva, 2002.
- ANGELI, Ivan Wagner. *Ofendido e risco: autocolocação em risco e heterocolocação em risco consentida*. 2018. 320 f. Tese (Doutorado). Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018. Disponível em: <https://bit.ly/2XxgvaV>. Acesso em: 11 jan. 2020.
- ANITUA, Gabriel Ignacio. *História dos pensamentos criminológicos*. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2008.
- ANJOS, Márcio Fabri dos. A vulnerabilidade como parceira da autonomia. *Revista Brasileira de Bioética*, v. 2, n. 2, p. 173-186. 2006. Disponível em: <https://bit.ly/37REJ5G>. Acesso em: 14 set. 2020.
- ASSIS, Machado de. *Memórias póstumas de Brás Cubas*. São Paulo: Martin Claret, 2012.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; VASCONCELLOS, Fernanda Bestetti de. Pandemia, encarceramento e democracia. P. 136-152. In: GIACOMOLLI, Nereu José (org.). *Ciências criminais e Covid-19* [livro eletrônico]. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal*. Parte general. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 1999.

_____. *Manual de Derecho Penal*. Parte General. Bogotá: Editorial Temis, 1996.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. Disponibilidad de la propia vida. P. 1130-1144. In: *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*. 2005. Disponível em: <https://bit.ly/38CTRDq>. Acesso em: 22 ago. 2020.

BARATTA, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do Direito Penal. Lineamentos de uma teoria do bem jurídico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 5, p. 5-24. São Paulo. Janeiro/Março de 1994.

BARROS, Flaviane de Magalhães. A vítima de crimes e seus direitos fundamentais: seu reconhecimento como sujeito de direito e sujeito do processo. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, n. 13, p. 309-334. Vitória: Janeiro/Junho de 2013.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BECCARIA, Cesare. *Dei Delitti e Delle Pene*. Veneza: 1781.

BELING, Ernst von. *Esquema de derecho penal*. Tradução para o espanhol de Sebastián Soler. Buenos Aires: El Foro, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

_____. *Tratado de direito penal: parte especial 4*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emmanuel Kant*. Tradução de Alfredo Fait. 2. ed. São Paulo: Mandarim, 2000.

_____. *Teoria da norma jurídica*. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru: EDIPRO, 2001.

BOCKELMANN, Paul; VOLK, Klaus. *Direito penal: parte geral*. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

BOLEA BARDÓN, Carolina. Interpretación de la imputación objetiva por intervención posterior de terceros. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 47, fasc. 3, p. 375-394. 1994.

BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

BRENNAN, Richard P. *Gigantes da física: uma história da física moderna através de oito biografias*. Traduzido por Maria Luisa X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

BRITO, Alexis Couto de. Concepto y función dinámica de la teoría del bien jurídico-penal. *Revista Penal México*, n. 6, p. 47-60. México. Março/Agosto de 2014.

_____. *Imputação objetiva: crimes de perigo e direito penal brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015.

BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*. Parte geral. Tomo I. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. *Direito Penal*. Parte geral. Tomo 2º. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

BURGEL, Letícia. *O risco permitido em direito penal*. 2017. 128 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2017.

BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. La imputación objetiva. In: *Teorías actuales en el Derecho Penal*. Buenos Aires: Ad Hoc, 1998.

_____. *Manual de derecho penal*. Parte General. 3. ed. Barcelona: Ariel, 1989.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Lecciones de derecho penal*. Vol. II. Madrid: Trotta, 1999.

CADOPPI, Alberto. Paternalismo e diritto penale: cenni introduttivi. P. 223-237. In: *Criminalia: Annuario di scienze penalistiche 2011*. Pisa: Edizioni TDS, 2012.

CADOPPI, Alberto; VENEZIANI, Paolo. *Elementi di diritto penale*. Parte Generale. 2. ed. Padova: CEDAM, 2004.

CAMARGO, Antônio Luís Chaves. Aids e direito penal: aspectos gerais. *Revista USP (Dossiê Aids)*, n. 33, p. 57-65. São Paulo. 1997.

CANCIO MELIÁ, Manuel. *Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal*. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas. 1997. 664 f. Tese (Doutorado). Universidad Autónoma de Madrid, Facultad de Derecho. Madrid, 1997.

_____. La exclusión de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima (“imputación a la víctima). P. 75-140. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; FERRANTE, Marcelo; SANCINETTI, Marcelo A. *Estudios sobre la teoría de la imputación objetiva*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1998.

_____. *Líneas básicas de la Teoría de la Imputación Objetiva*. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo.

_____. Reflexiones sobre la “vitimodogmática” en la teoría del delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 25, p. 23-57. São Paulo: Janeiro/Março de 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPEZ, Fernando. *Consentimento do ofendido e violência desportiva: reflexos à luz da teoria da imputação objetiva*. São Paulo: Saraiva, 2003.

CAPEZ, Fernando; PRADO, Stela. *Código penal comentado*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CASTELLANOS, Fernando. *Lineamientos elementales de Derecho penal*. México: Editorial Porrúa, 1977.

CEREZO MIR, José. *Curso de derecho penal español*. Parte General II. Teoría jurídica del delito. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1997.

CHAUÍ, Marilena. *Convite à Filosofia*. São Paulo: Ática, 2002.

CONTRERAS, Lautaro. Reglas extrajurídicas y creaciones de riesgos toleradas o desaprobadas en los delitos culposos de homicidio y lesiones. *Política criminal*, v. 13, n. 25, p. 387-444. Julho de 2018. Disponível em: <https://bit.ly/3aVqjmW>. Acesso em: 8 dez. 2020.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. Eficacia de la imputación “objetiva”. Su aplicación a la solución de casos tradicionales y actuales. *THEMIS: Revista de Derecho*, nº 68, p. 13-32. Lima. 2015.

_____. *Injusto e imputación objetiva en el delito imprudente*. Tomo II. (Tese). Barcelona: [N.I.], 1988.

COSSIO, Carlos. Los valores jurídicos. *Anuario de filosofía del derecho*, n. 4, p. 27-92. 1956.

COSTA, Álvaro Mayrink da. *Direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

COSTA, Lucas Gabriel Santos. *A conduta típica e o comportamento da vítima no Direito Penal*. A intervenção da vítima no fato perigoso. 2019. Tese - Doutorado - Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2019.

_____. *O Comportamento do Titular do Bem Jurídico como Critério de Imputação Objetiva do Risco Proibido nas Relações de Trânsito*. 2016. Dissertação - Mestrado - Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2016.

COSTA ANDRADE, Manuel da. *Consentimento e acordo em direito penal*. Contributo para a fundamentação de um paradigma dualista. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

COSTA JUNIOR, Heitor. *Teoria dos delitos culposos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1988.

COSTA JR., Paulo José da. *Nexo causal*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

CUERDA RIEZU, Antonio. El principio constitucional de responsabilidad personal por el hecho propio. Manifestaciones cuantitativas. *Revista boliviana de derecho*, n. 9, p. 204-239. Janeiro de 2010.

CUESTA AGUADO, Paz Mercedes de la. La teoría de la imputación objetiva en la teoría del injusto en España. P. 49-87. In: ROXIN, Claus. *La imputación objetiva en el derecho penal*. Traducción e edición de Manuela A. Abanto Vásquez. Lima: Idemsa, 1997.

_____. *Tipicidad e imputación objetiva*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995.

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.

CURADO NEVES, João. *Comportamento lícito alternativo e concurso de riscos*. Contributo para uma teoria da imputação objetiva em Direito Penal. Lisboa: AAFDL, 2019.

CURATOLA, Pasquale *Del nesso oggettivo di causalità nel diritto penale*. Contributi applicativi della teoria della condizione pericolosa. Milano: Giuffré, 1955.

D'AVILA, Fabio Roberto. A realização do tipo como pedra angular da teoria do crime. Elementos para o abandono do conceito pré-típico de ação e de suas funções. *Revista de Estudos Criminais*, n. 54, p. 135-163. São Paulo. Julho/Setembro de 2014.

_____. Aproximações à teoria da exclusiva proteção de bens jurídicos no direito penal contemporâneo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 80, p. 7-34. São Paulo. Setembro/Octubre de 2009.

_____. COVID-19, Autorresponsabilidade e imputação objetiva. Notas introdutórias. In: GIACOMOLLI, Nereu José (org.). *Ciências criminais e Covid-19* [livro eletrônico]. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

_____. *Crime culposos e a teoria da imputação objetiva*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *Ofensividade e crimes omissivos próprios*. (Contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico). Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

_____. *Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. O ilícito penal nos crimes ambientais. Algumas reflexões sobre a ofensa a bens jurídicos e os crimes de perigo abstrato no âmbito do direito penal ambiental. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 67, p. 29-58. São Paulo: Julho/Agosto de 2007.

_____. Tipo, ilícito e valor. Notas conceituais e sistemáticas. P. 344-377. In: D'ÁVILA, Fábio Roberto; SANTOS, Daniel Leonhardt dos. *Direito Penal e política criminal*. Porto Alegre: Edipucrs, 2016.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019.

DI GIOVINE, Ombretta. *Il contributo della vittima nel delitto colposo*. Torino: Giappichelli, 2003.

DIAS PESSOA, Luíza Nívea. Análise sobre a constitucionalidade do Artigo 28 da Lei n. 11.343/06 à luz da teoria do bem jurídico. In: D'ÁVILA, Fábio Roberto et al. *Direito Penal e Constituição: diálogos entre Brasil e Portugal*. Porto Alegre: Boutique Jurídica, 2018.

DÍAZ ARANDA, Enrique. Imputación normativa del resultado a la conducta. P. 47-108. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; DÍAZ ARANDA, Enrique. *La imputación normativa del resultado a la conducta*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2007.

DONINI, Massimo. *Imputazione oggettiva dell'evento*. “Nesso de rischio” e responsabilità per fatto proprio. Torino: Giappichelli, 2006.

DOSTOIÉVSKI, Fiódor. *Crime e castigo*. Traduzido por Ivan Petrovitch e Irina Wisnik Ribeiro. São Paulo: Martin Claret, 2004.

DUARTE, Diogo Duarte Rodrigues da Silva. *A punibilidade da transmissão do vírus HIV/SIDA*. 2015. 114 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Lusíada de Lisboa, Lisboa, 2015.

DUSSICH, John P. J. The Evolution of International Victimology and its Current Status in the World Today. *Revista de Victimología/Journal of Victimology*, n. 1, p. 37-81. Barcelona: 2015.

DUTRA, Bruna Martins Amorim. Os fundamentos do direito penal e sua relação com a racionalidade legislativa. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 96, p. 75-96. São Paulo. Maio/Junho de 2012.

DWORKIN, Ronald. *El dominio de la vida*. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual. Traducción de Ricardo Caracciolo e Victor Ferreres. Barcelona: Editorial Ariel, 1994.

EINSTEIN. *Vida e pensamentos*. São Paulo: Martin Claret, 2002.

ESER, Albin. Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 49, fasc. 3, p. 1021-1046. 1996.

ESTELLITA, Heloisa. Paternalismo, moralismo e direito penal: alguns crimes suspeitos em nosso direito positivo. *Revista Brasileira de Filosofia*, vol. LVI, fasc. 227, p. 333-341. Julho/Setembro de 2007.

_____. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão: estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e*

encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

FABRETTI, Humberto Barrionuevo; SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Direito penal: parte geral [recurso digital]*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

FALCINELLI, Daniela. Il consenso dell'avente diritto nei percorsi del diritto penale "umano". *Diritto Penale Contemporaneo*, n. 3-4, p. 289-313. 2014. Disponível em: <https://bit.ly/3nUV1QN>. Acesso em: 31 out. 2020.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil: parte geral e LINDB*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. 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*, 2. época, n. 5, p. 265-333. 2000.

_____. El actual debate alrededor de la teoría del bien jurídico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 100, p. 89-139. São Paulo. Janeiro/Fevereiro de 2013.

_____. El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el derecho penal. Fundamento y consecuencias dogmáticas. *Derecho Penal y Criminología*, v. 21, n. 69, p. 37-76. 2000.

_____. *Teoria da imputação objetiva: estudo crítico e valorativo sobre os fundamentos dogmáticos e sobre a evolução da teoria da imputação objetiva*. Tradução de Nereu José Giacomolli. Barueri: Manole, 2003.

FEINBERG, Joel. *Harm to self. The moral limits of the Criminal Law*. New York: Oxford University Press, 1986.

FERNÁNDEZ CABRERA, Marta. A vueltas con la función político criminal del bien jurídico. *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, vol. 19, n. 1, p. 173-202. Madrid. 2016.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal: parte geral*. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FIGLIORE, Carlo. *Diritto Penale, Parte Generale*, I. Torino: UTET, 2000.

_____. Il principio di offensività. P. 61-72. In: ANGIONI, Francesco et al. (Orgs). *Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali*. Milano: Giuffrè, 1996.

FONSECA, Ana Clara Montenegro. *Conduta da vítima de crime na dogmática penal: análise crítica sobre a posição da vítima na aferição da responsabilidade penal do autor à luz da vitimodogmática e da imputação à vítima*. 2009. 162 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2009.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. Provocação ou auxílio ao suicídio. *Revista de Direito Penal*, ns. 11-12, p. 35-47. Rio de Janeiro. Julho/Dezembro de 1973.

FREITAS, Marisa Helena D'Arbo de. Proteção legal das vítimas de crimes no direito brasileiro. In: FREITAS, Marisa Helena D'Arbo de; GALVÃO JÚNIOR, Roberto Faleiros (Orgs.). *Estudos contemporâneos de vitimologia*. São Paulo: UNESP, 2011. P. 9-25.

FRISCH, Wolfgang. *Comportamiento típico e imputación del resultado*. Traducción de Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 2004.

_____. La imputación objetiva: estado de la cuestión. In: ROXIN et al. *Sobre el estado de la teoría del delito*. Madrid: Civitas, 2000.

_____. *Tipo penal e imputación objetiva*. Traducción de Manuel Cancio Meliá, Beatriz de la Gándara Vallejo, Manuel Jaén Vallejo e Yesid Reyes Alvarado. Madrid: Editorial Colex, 1995.

FRISTER, Helmut. La imputación objetiva. Traducción de Marcelo Sancinetti. In: SANCINETTI, Marcelo A. *Causalidad, riesgo e imputación*. 1. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2009.

GABBAY, Raquel Bechimol. *Transmissão sexual do VIH e sua problemática para o direito criminal brasileiro e português: análise da questão à luz da teoria da imputação objetiva*. 126 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2015.

GALINDO, Jaquelinne Mickaelly. Tipicidade objetiva e nexos de causalidade: a impotência da relação causal como fundamento de atribuição típica. In: CORDEIRO JÚNIOR, Adalberto de Oliveira (org.). *Temas atuais de direito penal e processual penal*. P. 87-103. Recife: FB da Silva Livros, 2018.

GALVÃO, Fernando. *Imputação objetiva*. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GARCIA, Iberê Anselmo. O risco permitido como critério de imputação do erro médico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 59, p. 37-89. São Paulo. Março/Abril de 2006.

GARCÍA ÁLVAREZ, Pastora. *La responsabilidad penal de terceros en caso de suicidio, lesiones, y puestas en peligro de la vida y/o la integridad física asumidas voluntariamente por su titular*. 1998. 697 f. Tese (Doutorado). Universidad de Sevilla, Departamento de Derecho Penal y Procesal, Área de Derecho Penal. Sevilla, 1998.

GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho penal*. Parte general. 3. ed. Lima: Ideas Solución Editorial, 2019.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Fin de protección de la norma e imputación objetiva. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 61, fasc. 1, p. 5-30. 2008.

_____. *Imputação objetiva no Direito penal*. Traduzido por Pablo Rodrigo Alflen. Porto Alegre: CDS Editora, 2019.

_____. Imputación objetiva y conducta de la víctima. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 58, fasc. 3, p. 733-806. 2005.

_____. Imputación objetiva, participación en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n. Extra 2, p. 75-100. 2004.

_____. La causalidad en Derecho penal. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 15, fasc. 3, p. 543-580. 1962.

GÓMEZ RIVERO, Carmen. Víctimas culpables: ¿Victimodogmática, dogmática penal o intuición? *Cuadernos de política criminal*, n. 113, II, Época II, p. 105-158. Setembro de 2014.

GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. *A autocolocação da vítima em risco*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

GRECO, Luís. Imputação objetiva: uma introdução. In: ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. Introdução à dogmática funcionalista do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 32, p. 120-163. São Paulo. Outubro/Dezembro de 2000.

_____. “Princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstrato – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 49, p. 89-147. São Paulo. Julho/Agosto de 2004.

_____. Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto (§ 173 *Strafgesetzbuch*). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 82, p. 165-186. São Paulo. Janeiro/Fevereiro de 2010.

_____. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

GRECO, Luís; KASECKER, Izabele. Autocolocação em perigo e conhecimentos superiores: reflexões a partir de um recente caso da jurisprudência alemã. P. 131-141. In: PRADO, Alessandra Rapacci Mascarenhas; MELLO, Sebastian de Albuquerque; COELHO, Yuri Carneiro. *Novas perspectivas das ciências criminais: homenagem à Professora Maria Auxiliadora Minahim*. Salvador: JusPodivm, 2018.

HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do Direito Penal*. Tradução de Pablo Rodrigues Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2005.

HAWKING, Stephen. *Uma breve história do tempo*. Tradução de Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2015.

HIRSCH, Andrew von. Paternalismo direto: autolesões devem ser punidas penalmente? Tradução de Helena Regina Lobo da Costa. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 67, p. 11-28. São Paulo. Julho/Agosto de 2007.

HÖFFE, Otfried. *Immanuel Kant*. Tradução de Christian Viktor Hamm e Valerio Rohden. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, vol. I, tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no Direito Penal*. 5. ed. Tradução de André Luís Callegari. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2014.

_____. *Fundamentos do Direito Penal*. Tradução André Luís Callegari. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012.

_____. O que protege o direito penal: os bens jurídicos ou a vigência da norma? Tradução André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli e Lúcia Kalil. In: CALLEGARI, André Luís et al. *Direito penal e funcionalismo*. Coordenação: André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. Representación del autor e imputación objetiva. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 44, fasc. 2, p. 493-514. 1991.

_____. *Tratado de Direito Penal: Teoria do Injusto Penal e da Culpabilidade*. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal*. 5. ed. Tradução para o espanhol de Miguel Olmedo Cardenete. Granada: 2002.

JESUS, Damásio de. *Direito penal*, volume 1: parte geral. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Imputação objetiva*. São Paulo: Saraiva, 2000.

JOSHI JUBERT, Ujala. Concurrencia de culpas y conducción bajo la influencia de bebidas alcoholicas. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 42, fasc. 2, p. 731-748. 1989.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. *Direito penal*. 13. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. Tradução de Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2003.

_____. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Traducción de José Mardomingo. Barcelona: Editorial Ariel, 1999.

KAUFMANN, Armin. ¿“Atribución objetiva” en el delito doloso? *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 38, fasc. 3, p. 807-827. 1985.

_____. *Teoria da norma jurídica*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.

KINDHÄUSER, Urs. Acerca de la fundamentación de las exigencias de cuidado. *Revista de estudios de la justicia*, n. 22, p. 15-29. 2015.

_____. Incremento del riesgo y disminución del riesgo. Traducción de Marcelo A. Sancinetti. In: SANCINETTI, Marcelo A. *Causalidad, riesgo e imputación*. 1. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2009.

KUHN, Thomas. Las nociones de causalidad en el desarrollo de la física. In: BUNGE, Mário et al. *Las teorías de la causalidad*. Salamanca: Gráficas Ortega, 1977.

KURI, José Antonio. *Imputación a la víctima en delitos de resultado en México*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México (Instituto de Investigaciones Jurídicas), 2013.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LARRAURI, Elena. Introducción a la imputación objetiva. *Nuevo Foro Penal*, n. 46, p. 425-439. Medellín. 1989. Disponible em: <https://bit.ly/3hoZuZG>. Acceso em: 24 nov. 2020.

_____. Victimología: ¿Quiénes son las víctimas? ¿Cuáles sus derechos? ¿Cuáles sus necesidades? *Jueces para la democracia*, n. 15, p. 21-31. 1992.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. La imputación penal del accidente del trabajo. In: *Tutela penal en la seguridad en el trabajo*. P. 41-64. Bilbao: Publicaciones de la Universidad de Deusto, 2006.

LEGAZ Y LACAMBRA, Luis. Ser y deber ser en las concepciones del valor y de la validez. *Anuario de filosofía del derecho*, n. 13, p. 325-343. 1967-1968.

LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal alemão*, Tomo I. Tradução de José Hygino Duarte Pereira. Ed. fac-sim. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2006.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LÓPEZ DÍAZ, Claudia. Acciones a propio riesgo. *Revista CENIPEC*, n. 25, p. 115-174. Bogotá: 2006.

_____. La Teoría de la Imputación Objetiva. P. 123-171. In: GONZÁLEZ, Mireya Bolaños. *Imputación Objetiva y Dogmática Penal*. Mérida (Venezuela): Universidad de Los Andes, 2005.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Curso de Derecho Penal*. Parte General I. Madrid: Editorial Universitas, 1996.

_____. Principio de alteridad o de identidad vs. principio de autorresponsabilidad. Participación en autopuesta en peligro, heteropuesta en peligro consentida y equivalencia: el criterio del control del riesgo. *Nuevo Foro Penal*, v. 6, n. 74, p. 58-80. Medellín. Janeiro/Julho de 2010. Disponible em: <https://bit.ly/38IEg4X>. Acceso em: 8 jul. 2020.

MAIER, Julio B. J. La víctima y el sistema penal. P. 183-249. In: MAIER, Julio B. J. [compilador]. *De los delitos y de las víctimas*. Buenos Aires: Ad Hoc, 1992.

MAIHOFER, Werner. *Estado de Derecho y dignidad humana*. Traducción de José Luis Guzmán Dalbora. Buenos Aires: Julio César Faira, 2008.

MAIWALD, Manfred. *De la capacidad de rendimiento del concepto de “riesgo permitido” para la sistemática del Derecho Penal*. Tradução para o espanhol de Marcelo Sancinetti. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996.

MALAMUD GOTI, Jaime E. *La estructura penal de la culpa*. Buenos Aires: Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1976.

MANN, Thomas. *A montanha mágica*. Tradução de Herbert Caro. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1980.

MASI, Carlo Velho. Breves apontamentos sobre uma política criminal de (re)valorização da vítima. *Revista Jurídica*, ano 62, n. 438, p. 95-103. Abril de 2014.

MASSON, Cleber. *Código penal comentado*. 3. ed. São Paulo: Método, 2015.

_____. *Direito Penal: parte geral*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

MAÑALICH, Juan Pablo. El derecho penal de la víctima. *Derecho y humanidades*, n. 10, p. 253-283. 2004. Disponível em: <https://bit.ly/34PMzLl>. Acesso em: 10 nov. 2020.

MANTOVANI, Ferrando. *Diritto Penale*. Parte generale. 9. ed. Padova: Cedam, 2015.

MARÁVER GOMEZ, Mario. *El principio de confianza en Derecho*. Un estudio sobre la aplicación del principio de autorresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva. 2007. 481 f. Tese (Doutorado). Universidad Autónoma de Madrid, Facultad de Derecho. Madrid, 2007.

MARCONDES, Danilo. *Iniciação à filosofia: dos pré-socráticos a Wittgenstein*. 8. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

MARINHO, Renato Silvestre. *Princípio da autorresponsabilidade no Direito Penal*. 2013. 133 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Porto São Paulo, 2013.

MARTINELLI, João Paulo Orsini. *Paternalismo jurídico-penal*. 2010. 297 f. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010.

MARTINELLI, João Paulo Orsini; SCHMITT DE BEM, Leonardo. *Lições fundamentais de direito penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MARTINEZ ESCAMILLA, Margarita. *La imputación objetiva del resultado*. Madrid: Edersa, 1992.

MARTINS, Fernanda Gonçalves Galhego. O princípio da confiança como instrumento delimitador da autoria nos crimes negligentes perpetrados pelos profissionais de saúde. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 97, p. 69-86. São Paulo. Julho/Agosto de 2012.

MASCARENHAS JR., Walter Arnaud. *Aspectos gerais do risco na imputação objetiva*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008.

MAURACH, Reinhart. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo I. Traducción de Juan Cordoba Roda. Barcelona: Ediciones Ariel, 1962.

_____. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo II. Traducción de Juan Cordoba Roda. Barcelona: Ediciones Ariel, 1962.

MAYNEZ, Eduardo García. *Introducción al estudio del derecho*. México: Editorial Porrúa, 2002.

MELLO, Amanda Palitot Villar de. ¿Es posible hablar de una autopuesta en peligro en los casos de transmisión del virus del SIDA por medio de relaciones sexuales? P. 199-215. In: BITENCOURT, Cezar Roberto (coordinador). *Direito penal no terceiro milênio: estudos em homenagem ao Prof. Francisco Muñoz Conde*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MESTIERI, João. *Manual de direito penal*, volume I. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MEZGER, Edmund. *Derecho Penal: parte general*. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1958.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. *Autonomia e frustração da tutela penal*. São Paulo: Saraiva, 2015.

MINVIELLE, Beatriz Scapusio; LEMBO, Lina Fernández. Concurrencia de culpas o concurrencia de riesgos. *Revista de la Facultad de Derecho*, n. 15, p. 77-92. 2015. Disponible em: <https://bit.ly/37R4hJx>. Acceso: 14 set. 2020.

MIR PUIG, Santiago. Antijuricidad objetiva y antinormatividad en Derecho Penal. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 47, fasc. 1, p. 6-28. 1994.

_____. *Derecho penal: parte general*. 9. ed. Barcelona: Editorial Reppertor, 2011.

_____. *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*. Barcelona: Editorial Ariel, 1994.

_____. Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho penal. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 5. 2003. Disponible em: <https://bit.ly/3hnu7Pe>. Acceso em: 1 jul. 2020.

_____. Sobre el consentimiento en el homicidio imprudente. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, p. 259-267. 1991, p. 259-260.

_____. Valoraciones, normas y antijuridicidad penal. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 6, p. artigo 06:02. 2004. Disponível em: <https://bit.ly/3rBZp9F>. Acesso em: 30 mar. 2020.

MOLINA, Antonio García-Pablos de. *Tratado de criminología*. 3. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

MONGILLO, Vincenzo. Salute e sicurezza nei luoghi di lavoro in tempi di pandemia. Profili di responsabilità individuale e dell'ente per contagio da coronavirus. *Diritto Penale Contemporaneo*, n. 2, p. 16-62. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3hq2eGs>. Acesso em: 2 nov. 2020.

MONTT, Mario Garrido. *Derecho penal*. Parte General. Tomo II. 3. ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2003.

MOURULLO, Gonzales Rodriguez. *Derecho penal: parte general*. Madrid: Civitas, [NI].

MUÑOZ CONDE, Francisco. Provocación al suicidio mediante engaño: un caso límite entre autoría mediata en asesinato e inducción y ayuda al suicidio. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 40, fasc. 2, p. 301-318. 1987.

MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal*. Parte General. 8. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

NADER, Paulo. *Filosofia do Direito*. 22. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NINO, Carlos Santiago. *Ética y derechos humanos*. Un ensayo de fundamentación. 2. ed. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1989.

NORONHA, Edgard Magalhães. *Do crime culposos*. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 1974.

OLIVEIRA NETO, Emetério Silva de. *Vitimodogmática e limitação da responsabilidade penal nas ações arriscadas da vítima*. 2019. 274 f. Tese (Doutorado). Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito. Belo Horizonte, 2019.

ORTS BERENGUER, Enrique; GONZÁLEZ CUSSAC, José L. *Compendio de Derecho Penal: Parte General*. 7. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.

PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. *Manual de direito penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2015.

PAGLIARO, Antonio. Imputazione obiettiva dell'evento. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, ano XXXV, fasc. 3, p. 770-813. Milano: Julho/Setembro de 1992.

PAIVA, Wallton Souza. *Vitimização, processo e reparação: reflexões sobre a participação da vítima na prevenção de delitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, v. I. 30. ed. Atualizado por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. Causalidad y determinación: el problema del presupuesto ontológico en ámbitos estadísticos o probabilísticos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 60, p. 36-77. São Paulo. Maio/Junho de 2006.

_____. El tipo culposo – Preterintencionalidad. P. 321-368. In: LASCANO, Carlos Julio et al. *Derecho Penal*. Parte General. Libro de Estudio. Córdoba: Advocatus, 2005.

PÉREZ DEL VALLE, Carlos. La causalidad, ¿una solución procesal para un problema dogmático? *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 49, fasc. 3, p. 979-1004. 1996.

PERIN, Andrea. La contribución de la víctima y la imputación objetiva del resultado en la teoría del delito imprudente. Un estudio comparado en materia de prevención de riesgos laborales. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 18. 2016. Disponível em: <https://bit.ly/2KV8GJb>. Acesso em: 1 jul. 2020.

PERRIN, Jean-François. La autonomía de la voluntad y el pluralismo jurídico en nuestros días. *Sociologias*, ano 7, n. 12, p. 162-178. Porto Alegre. Janeiro/Junho de 2005. Disponível em: <https://bit.ly/38QJfRh>. Acesso em: 7 set. 2020.

PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*, vol. 2. Parte Especial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

_____. Nexo de causalidade e imputação objetiva. *Direito e cidadania*, Ano V, n. 15, p. 23-44. 2002. Disponível em: <https://bit.ly/3hmq2uw>. Acesso em: 22 ago. 2020.

_____. *O consentimento do ofendido na teoria do delito*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

PONZCEK, Roberto Leon. A ideia de causalidade na física clássica. *Caderno Brasileiro de Ensino de Física*, vol. 20, n. 1, p. 63-85. Florianópolis. Janeiro de 2003.

PORCIÚNCULA, José Carlos. *Lo “objetivo” y lo “subjetivo” en el tipo penal*. Barcelona: Atelier, 2014.

PRADO, Luiz Régis; CARVALHO, Érika Mendes de. *Teorias da imputação objetiva do resultado: uma aproximação crítica a seus fundamentos*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

PRAZAK, Maurício A. *Imputação objetiva e sua aplicação no direito penal brasileiro*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2009.

PRIGOGINE, Ilya. *O fim das certezas: tempo, caos e as leis da natureza*. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1996.

PUPPE, Ingeborg. Causalidad. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 45, fasc. 2, p. 681-694. 1992.

QUEIROZ, Paulo. *Curso de direito penal*. Parte geral. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

RAMACCI, Fabrizio; GUERRINI, Roberto. *Corso di diritto penale*. Torino: Giappichelli, 2015.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Fundamentos de direito penal* [recurso digital]. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

REYES ALVARADO, Yesid. *Imputación objetiva*. Bogotá: Editorial Temis, 2005.

RIEGER, Renata Jardim da Cunha; PINHEIRO, Rafael Camparra. Tipo penal objetivo. Sociedade comunicacional. Teoria da imputação objetiva. Risco permitido. Proibição de regresso. Imputação ao âmbito de responsabilidade da vítima. Resultado normativamente imputável ao sujeito. Elementos subjetivos do tipo. (Habeas Corpus nº 46.525, do Superior Tribunal de Justiça). *Revista de estudos criminais*, nº 31, p. 195-211. Porto Alegre. Outubro/Dezembro de 2008.

RIGHI, Esteban. *Derecho penal: parte general*. 1. ed. Buenos Aires: Lexis Nexis Argentina, 2008.

_____. Dogmática y política criminal de la víctima. *In: Teorías actuales en el Derecho Penal*. Buenos Aires: Ad Hoc, 1998.

RIGOPOULOU, Maria. Traços paternalistas no direito penal da atualidade. Tradução de Marina Pinhão Coelho. *Revista Brasileira de Filosofia*, vol. LVI, fasc. 227, p. 343-358. Julho/Setembro de 2007.

RODRÍGUEZ, Camilo Iván Machado. El consentimiento en materia penal. *Revista Derecho Penal y Criminología*, v. 33, n. 95, p. 29-49. Julho/Dezembro de 2012.

_____. La incidencia del comportamiento de la víctima en la responsabilidad penal del autor (hacia una teoría unívoca). *Revista Derecho Penal y Criminología*, v. 31, n. 90, p. 89-114. Janeiro/Junho de 2010.

ROSO CAÑADILLAS, Raquel. Autoría mediata, imputación objetiva y autopuestas en peligro. *Derecho Penal y Criminología*, v. 25, n. 75, p. 245-289. 2004.

ROXIN, Claus. Dependencia e independencia del Derecho penal con respecto a la política, la filosofía, la moral y la religión. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 59, fasc. 1, p. 5-24. 2006.

_____. *Derecho Penal - Parte General: Tomo I. Fundamentos*. La estructura de la teoría del delito. Tradução espanhola de Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.

_____. El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen. Tradução de Manuel Cancio Meliá. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 15-01. Fevereiro de 2013.

_____. *Estudos de direito penal*. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. Ingerencia e imputación objetiva. *Revista Penal*, n. 19, p. 152-161. Huelva. 2007. Disponível em: <https://bit.ly/37TH3cH>. Acesso em: 6 ago. 2020.

_____. La heteropuesta en peligro consentida: ¿una discusión sin final? Traducción de Beatriz Escudero García-Calderón. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 71, fasc. 1, p. 53-73. 2018.

_____. La polémica en torno a la heteropuesta en peligro consentida. Traduzido por Enrique Peñaranda Ramos. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n. 1. Barcelona. Janeiro de 2013.

RUDOLPHI, Hans-Joachim. *Causalidad e imputación objetiva*. Traducción de Claudia López Diaz. Universidad Externado de Colombia: Bogotá, 1998.

_____. El fin del Derecho penal del Estado y las formas de imputación jurídico-penal. P. 81-93. In: SCHÜNEMANN, Bernd. *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*. Tradução para o espanhol de Jesus María Silva Sánchez. Madrid: Editorial Tecnos, 1991.

RUEDA MARTÍN, María Ángeles. La concreción del deber objetivo de cuidado en el desarrollo de la actividad médico-quirúrgica curativa. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n. 4. Barcelona. Outubro de 2009.

RUIVO, Marcelo Almeida. Tratamentos médicos e conflito de deveres de salvamento. In: GIACOMOLLI, Nereu José (org.). *Ciências criminais e Covid-19* [livro eletrônico]. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

RUSSELL, Bertrand. *História da filosofia ocidental*. Livro terceiro. Tradução de Brenno Silveira. São Paulo: Companhia Editorial Nacional, 1968.

SANCINETTI, Marcelo A. Observaciones sobre la teoría de la imputación objetiva. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; FERRANTE, Marcelo; SANCINETTI, Marcelo A. *Estudios sobre la teoría de la imputación objetiva*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1998.

SANTORO FILHO, Antonio Carlos. *Teoria da Imputação Objetiva – Apontamentos Críticos à luz do Direito Positivo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um discurso sobre as ciências*. 7. ed. Porto: Edições Afrontamento, 1995.

SANTOS, Cleopas Isaías; NETO, João Beccon de Almeida; SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. Capacidade etária mínima para consentir no direito penal médico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 88, p. 19-42. São Paulo. Janeiro/Fevereiro de 2011.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. 4. ed. Curitiba: ICPC, 2005.

_____. *Direito penal: parte geral*. 6. ed. Curitiba: ICPC, 2014.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. Aspectos jurídico-penais da transmissão da AIDS. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 37, p. 209-234. São Paulo. Janeiro/Março de 2002.

SCHÜNEMANN, Bernd. Consideraciones sobre la imputación objetiva. P. 219-248. In: *Teorías actuales en el Derecho Penal*. Buenos Aires: Ad Hoc, 1998.

_____. O direito penal é a *ultima ratio* da proteção de bens jurídicos! – Sobre os limites invioláveis do direito penal em um Estado de Direito liberal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 53, p. 9-37. São Paulo. Março/Abril de 2005.

SEN, Amartya. *Desarrollo y libertad*. Traducción de Esther Rabasco y Luis Toharia. Barcelona: Editorial Planeta, 2000.

SILVA, Marcelo Rodrigues da. Fundamentos constitucionais da exclusão da tipicidade penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 45, p. 159-201. São Paulo. Outubro/Dezembro de 2003.

SILVA JÚNIOR, Délio Lins e. *Imputação objetiva e a conduta da vítima*. Curitiba: Juruá, 2010.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Causación de la propia muerte y responsabilidad penal de terceros. Comentarios a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 50, fasc. 2, p. 451-478. 1987.

_____. *Fundamentos del derecho penal de la empresa* [con la colaboración de Raquel Montaner Fernández e Lorena Varela]. 2. ed. Montevideo: B de F, 2016.

_____. La consideración del comportamiento de la víctima en la teoría jurídica del delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 34, p. 163-194. São Paulo. Abril/Junho de 2001.

_____. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001.

SILVESTRONI, Mariano H. *Teoría constitucional del delito*. 1. ed. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004.

SIQUEIRA, Flávia. *Autonomia, consentimento e direito penal da medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

SIQUEIRA, Galdino. *Direito penal brasileiro*. Brasília: Conselho Editorial do Senado Federal, 2003.

SILVA DIAS, Augusto. Responsabilidade criminal por transmissão irresponsável do vírus da Sida: um olhar sobre o Código Penal português e o novo Código Penal de Cabo Verde. *Direito e cidadania*, Ano VI, n. 20-21, p. 9-38. 2004. Disponível em: <https://bit.ly/3nYUz4m>. Acesso em: 30 nov. 2020.

SOLA RECHE, Esteban. La peligrosidad de la conducta como fundamento de lo injusto penal. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 47, fasc. 2, p. 167-186. 1994.

SOLER, Sebastián. *Derecho penal argentino*. Tomo II. Actualizado por Guillermo J. Fierro. Buenos Aires: Tipografica Editora Argentina, 1992.

SOUSA, Susana Aires de. A transmissão do vírus da SIDA constitui uma conduta criminalmente relevante? (Considerações sobre a tipicidade criminal). *In: A infecção VIH e o Direito*. Santarém: Normagrafe Lda., 2010.

SOUSA MENDES, Paulo de. Crítica à idéia de “diminuição do risco” de Roxin. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 14, p. 102-118. São Paulo. Abril/Junho de 1996.

_____. Relevância negativa da causa virtual em sede de imputação objetiva. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 74, p. 133-169. São Paulo. Setembro/Outubro de 2008.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Curso de direito penal* [recurso eletrônico]: parte geral. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

SOUZA, Luylla Cavalcante de. O nexó de aumento do risco na teoria da imputação objetiva. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 66, p. 77-117. São Paulo. Maio/Junho de 2007.

SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. *Bem jurídico-penal e engenharia genética humana: contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais (sic)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

STRATENWERTH, Günther. *Derecho Penal*. Parte General. El hecho punible. Traducción de Manuel Cancio Meliá e Marcelo A. Sancinetti. Buenos Aires: Hammurabi, 2005.

_____. Heteropuesta en peligro consentida en conductas imprudentes. Traduzido por Albert Estrada i Cuadras. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n. 1. Barcelona. Janeiro de 2013. Disponível em: <https://bit.ly/3nVUI8C>. Acesso em: 23 jul. 2020.

STRUENSEE, Eberhard. Acerca de la legitimación de la “imputación objetiva” como categoria complementaria del tipo objetivo. Traducción de Fabricio Guariglia. P. 251-272. *In: MAIER, Julio B. J.; BINDER, Alberto M. (orgs.). El derecho penal hoy: homenaje al profesor David Baigú*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1995.

STUART MILL, John. *Sobre a liberdade*. 2. ed. Tradução de Alberto da Rocha Barros. Petrópolis: Vozes, 1991.

TAVARES, Juarez. *As controvérsias em torno dos crimes omissivos*. Rio de Janeiro: Instituto Latino-Americano de Cooperação Penal, 1996.

_____. *Teoria do crime culposo*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

TOLEDO Y UBIETO, Emilio Octavio de. Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 43, fasc. 1, p. 5-28. 1990.

TORÍO LÓPEZ, Ángel. Cursos causales no verificables en Derecho penal. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 36, fasc. 2, p. 221-238. 1983.

_____. Fin de protección y ámbito de prohibición de la norma. *Estudios penales y criminológicos*, n. 10, p. 381-401. 1985-1986.

_____. Instigación y auxilio al suicidio, homicidio consentido y eutanasia como problemas legislativos. *Estudios penales y criminológicos*, n. 4, p. 169-202. 1979-1980.

_____. Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, tomo 39, fasc. 1, p. 33-48. 1986.

TORO MUÑOZ, Jorge. ¿Autorresponsabilidad de la víctima? Crítica a la teoría penal de Günther Jakobs sobre el efecto de <<invisibilidad del otro>> en la imputación del propio riesgo. *Anuario de filosofía jurídica y social*, n. 30, p. 285-310. Sociedad chilena de filosofía jurídica y social. Valparaíso. 2012.

VÁZQUEZ, Rodolfo. Autonomia e responsabilidade individual. In: CASADO, María (org.). *Sobre a dignidade e os princípios: análise da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos da UNESCO*. Tradução de Janaína de Azevedo Baladão. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2013.

VÁZQUEZ ROSSI, Jorge Eduardo. *Derecho procesal penal*. Tomo I. Conceptos generales. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 1995.

VENTUROLI, Marco. *La vittima nel sistema penale*. Dall'oblio al protagonismo? Napoli: Jovene, 2015.

VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo*. São Paulo: Max Limonad, 1997.

VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho Penal*. Parte General. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2006.

WELZEL, Hans. *Derecho penal: parte general*. Tradução para o espanhol de Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956.

_____. *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*. 4. ed. Tradução de Luiz Régis Prado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

WESSELS, Johannes. *Direito penal*. Parte Geral (aspectos fundamentais). Tradução de Juarez Tavares. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1976.

WOHLERS, Wolfgang. Teoria do bem jurídico e estrutura do delito. Traduzido por Alaor Leite. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 90, p. 97-105. São Paulo. Maio/Junho de 2011.

WOLTER, Jürgen. Imputación objetiva y personal a título de injusto. A la vez, una contribución al estudio de la *aberratio ictus*. P. 108-133. In: SCHÜNEMANN, Bernd. *El*

sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales. Tradução para o espanhol de Jesus María Silva Sánchez. Madrid: Editorial Tecnos, 1991.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de derecho penal: Parte General, III*. Buenos Aires: Ediar, 1996.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandro. *Derecho penal: parte general*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar Sociedad Anónima Editora, 2002.

ZAPATA, Sebastián Felipe Sánchez. Actuación de la víctima e imputación objetiva: Comentario a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia 36.842 del (27) de noviembre de 2013. *Nuevo Foro Penal*, n. 82, p. 197-209. Medellín. Janeiro/Julho de 2014. Disponível em: <https://bit.ly/3pvclfG>. Acesso em: 4 jul. 2020.

REFERÊNCIAS LEGISLATIVAS, NORMATIVAS, JORNALÍSTICAS E JURISPRUDENCIAIS

ALEMANHA. *Código Penal (Strafgesetzbuch)*. Traduzido para o espanhol por Claudia López Díaz. Disponível em: <https://bit.ly/38Dftj2>. Acesso em: 28 dez. 2020.

ASSOCIAÇÃO Brasileira de Normas Técnicas. *NBR n° 6.494 – Segurança nos andaimes*. Disponível em: <https://bit.ly/3mSA083>. Acesso em: 28 dez. 2020.

_____. *Normalização*. Disponível em: <https://bit.ly/38HhieD>. Acesso em: 16 mar. 2020.

BRASIL. *Decreto n° 5.063*, de 3 de maio de 2004. Disponível em: <https://bit.ly/3mWpTiA>. Acesso em: 28 dez. 2020.

_____. *Decreto n° 9.745*, de 8 de abril de 2019. Disponível em: <https://bit.ly/38HCTU9>. Acesso em: 28 dez. 2020.

_____. *Decreto n° 20.931*, de 11 de janeiro de 1932. Disponível em: <https://bit.ly/3aNpNrf>. Acesso em: 28 dez. 2020.

_____. *Decreto-Lei n° 2.848 – Código Penal*, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <https://bit.ly/3aPD2Yu>. Acesso em: 28 dez. 2020.

_____. *Decreto-Lei n° 3.689 – Código de Processo Penal*, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <https://bit.ly/3nVGQv0>. Acesso em: 28 dez. 2020.

_____. *Decreto-Lei n° 5.452 – Consolidação das Leis do Trabalho*, de 1° de maio de 1943. Disponível em: <https://bit.ly/3aPwjxx>. Acesso em 28 dez. 2020.

_____. Estado de Santa Catarina. *Lei n° 13.621*, de 15 de dezembro de 2005. Disponível em: <https://bit.ly/2W9HMjj>. Acesso em: 9 dez. 2020.

_____. *Lei n° 8.069 – Estatuto da Criança e do Adolescente*, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <https://bit.ly/3rC46Ag>. Acesso em: 28 dez. 2020.

_____. *Lei n° 8.212*, de 24 de julho de 1991. Disponível em: <https://bit.ly/3rAMjtd>. Acesso em: 28 dez. 2020.

_____. *Lei n° 8.213*, de 24 de julho de 1991. Disponível em: <https://bit.ly/3mVEaMG>. Acesso em: 28 dez. 2020.

_____. *Lei n° 9.099 – Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais*, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: <https://bit.ly/2KKrPO6>. Acesso em: 28 dez. 2020.

_____. *Lei n° 9.263*, de 12 de janeiro de 1996. Disponível em: <https://bit.ly/34PD4vG>. Acesso em: 28 dez. 2020.

_____. *Lei n° 9.434*, de 4 de fevereiro de 1997. Disponível em: <https://bit.ly/3aPzBRM>. Acesso em: 28 dez. 2020.

_____. *Lei nº 9.503* – Código de Trânsito Brasileiro, de 23 de setembro de 1997. Disponível em: <https://bit.ly/34OtIjV>. Acesso em: 28 dez. 2020.

_____. *Lei nº 10.406* – Código Civil, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <https://bit.ly/3nTNbXK>. Acesso em: 28 dez. 2020.

_____. *Lei nº 11.343*, de 23 de agosto de 2006. Disponível em: <https://bit.ly/3aLOap9>. Acesso em: 28 dez. 2020.

_____. *Lei nº 11.771*, de 17 de setembro de 2008. Disponível em: <https://bit.ly/3mSoVEg>. Acesso em: 9 dez. 2020.

_____. Ministério da Economia. Secretaria Especial de Previdência e Trabalho. Secretaria de Trabalho. Subsecretaria de Inspeção do Trabalho. *Ofício Circular SEI nº 1329/2020/ME*. Disponível em: <https://bit.ly/3pvVuJS>. Acesso em: 2 nov. 2020.

_____. Ministério da Economia. Ministério da Saúde. *Portaria Conjunta nº 20*, de 18 de junho de 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3rxEtAP>. Acesso em: 2 nov. 2020.

_____. Município de Jaciara – Mato Grosso. *Lei nº 1.784*, de 23 de novembro de 2017. Disponível em: <https://bit.ly/2Iui4T9>. Acesso em: 9 dez. 2020.

_____. Secretaria de Inspeção do Trabalho. *Norma Regulamentadora nº 6* – Equipamento de proteção individual. Disponível em: <https://bit.ly/2JpaREq>. Acesso em: 28 dez. 2020.

_____. Secretaria de Inspeção do Trabalho. *Norma Regulamentadora nº 34* – Condições e meio ambiente de trabalho na indústria da construção, reparação e desmonte naval. Disponível em: <https://bit.ly/3ruWqQB>. Acesso em: 28 dez. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 951.249/PR*. Sexta Turma. Relator: Min. Rogério Schietti Cruz. Julgado em: 19/10/2017. Publicado em: 27/10/2017. Disponível em: <https://bit.ly/37QNZHj>. Acesso em: 9 out. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus nº 9.378/RS*. Sexta Turma. Relator: Min. Hamilton Carvalhido. Julgado em: 18 out. 1999. Publicado em: 23 out. 2000. Disponível em: <https://bit.ly/2WQyjNX>. Acesso em: 9 jul. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus nº 46.525/MT*. Quinta Turma. Relator: Min. Arnaldo Esteves Lima. Julgado em: 21/03/2006. Publicado em: 10/04/2006.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus nº 160.982/DF*. Quinta Turma. Relatora: Min. Laurita Vaz. Julgado em: 17/05/2012. Publicado em: 28/05/2012. Disponível em: <https://bit.ly/3hssM9N>. Acesso em: 19 out. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus nº 193.759/RJ*. Quinta Turma. Relator: Min. Gurgel de Faria. Julgado em: 18/08/2015. Publicado em: 01/09/2015. Disponível em: <https://bit.ly/38KH5m8>. Acesso em: 9 out. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus nº 445.096/SP*. Quinta Turma. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Julgado em: 15/05/2018. Publicado em: 24/05/2018. Disponível em: <https://bit.ly/2KVwxbH>. Acesso em: 9 out. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 498.839/SP*. Quinta Turma. Relator: Min. Felix Fischer. Julgado em: 05/08/2003. Publicado em: 01/09/2003.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus nº 98.712/SP*. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgado em: 5 out. 2010. Publicado em: 17 dez. 2010. Disponível em: <https://bit.ly/3mTZceB>. Acesso em: 9 jul. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário com Agravo nº 1.209.443/RS*. Relator: Min. Edson Fachin. Julgado em: 26/03/2020. Publicado em: 31/03/2020. Disponível em: <https://bit.ly/34Nx46s>. Acesso em: 9 out. 2020.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Apelação Criminal nº 1.0024.13.102061-2/001*. Primeira Câmara Criminal. Relatora: Des. Kárin Emmerich. Julgado em: 21/11/2017. Publicado em: 29/11/2017.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Apelação Criminal nº 1.0287.07.029187-0/001*. Quinta Câmara Criminal. Relator: Des. Pedro Vergara. Julgado em: 17/11/2009. Publicado em: 30/11/2009.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Apelação Criminal nº 1.0431.10.000189-7/001*. Segunda Câmara Criminal. Relator: Des. Renato Martins Jacob. Julgamento em: 20/03/2014. Publicação em: 31/03/2014. Disponível em: <https://bit.ly/2LSrhpH>. Acesso em: 21 dez. 2020.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Apelação Criminal nº 1.0460.14.001498-2/001*. Sétima Câmara Criminal. Relator: Des. Marcílio Eustáquio Santos. Julgado em: 27/09/2017. Publicado em: 06/10/2017.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Apelação Criminal nº 2.0000.00.364972-1/000*. Segunda Câmara Criminal. Relator: Des. Antônio Armando dos Anjos. Julgado em: 06/08/2002. Publicado em: 17/08/2002. Disponível em: <https://bit.ly/3jDEJsS>. Acesso em: 28 out. 2020.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Apelação Criminal nº 307.366-7*. Segunda Câmara Criminal. Relator: Des. Erony da Silva. Julgado em: 29/08/2000. Publicado em: 16/09/2000. Disponível em: <https://bit.ly/3rsU70a>. Acesso em: 17 nov. 2020.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Recurso em Sentido Estrito nº 1.0686.12.007595-3/001*. Quinta Câmara Criminal. Relator: Des. Pedro Vergara. Julgado em: 18/02/2020. Publicado em: 27/02/2020.

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. *Apelação Criminal nº 2012.056626-8*. Segunda Câmara Criminal. Relatora: Des. Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer. Julgado em: 20/08/2013.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Ação Penal nº 0006253-64.2008.8.26.0150*. Vara Única – Foro de Cosmópolis. Magistrada: Maria Thereza Nogueira Pinto. Julgado em: 30 out. 2013. Disponível em: <https://bit.ly/322Tyjs>. Acesso em: 9 jul. 2020.

_____. Tribunal de Justiça do Ceará. *Ação penal nº 0147530-07.2016.8.06.0001*. Comarca de Fortaleza. 1ª Vara do Júri. Magistrada: Danielle Pontes de Arruda Pinheiro. Julgado em: 6 nov. 2018. Disponível em: <https://bit.ly/2HI7aca>. Acesso em: 28 out. 2020.

_____. Tribunal de Justiça do Ceará. *Recurso em Sentido Estrito nº 0147530-07.2016.8.06.0001*. 3ª Câmara Criminal. Relatora: Des. Marlúcia de Araújo Bezerra. Julgado em: 16/06/2020. Publicado em: 16/06/2020. Disponível em: <https://bit.ly/2WTtAuS>. Acesso em: 28 out. 2020.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. *Apelação Criminal nº 0026263-84.2006.8.07.0003*. 2ª Turma Criminal. Relator: Des. Arnaldo Camanho de Assis. Julgado em: 08/10/2009. Publicado em: 13/01/2010. Disponível em: <https://bit.ly/2T6GPGD>. Acesso em: 19 out. 2020.

_____. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. *Apelação Criminal nº 0019667-76.2011.8.12.0001*. 2ª Câmara Criminal. Relator: Des. Carlos Eduardo Contar. Julgado em: 18/08/2016. Publicado em: 10/08/2016. Disponível em: <https://bit.ly/3hJr4QC>. Acesso em: 30 ago. 2020.

_____. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. *Embargos Infringentes e de Nulidade nº 0019667-76.2011.8.12.0001-50000*. 1ª Seção Criminal. Relator: Des. Dorival Moreira dos Santos. Julgado em: 21/03/2018. Publicado em: 26/03/2018. Disponível em: <https://bit.ly/37ULdB6>. Acesso em: 30 ago. 2020.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Apelação Criminal nº 0000689-11.2006.8.19.0008*. Segunda Câmara Criminal. Relator: Des. José Augusto de Araújo Neto. Julgamento em: 19/02/2008. Publicação em: 16/06//2008. Disponível em: <https://bit.ly/3h0vxPq>. Acesso em: 18 dez. 2020.

_____. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. *Apelação Criminal nº 0073125-18.2008.8.19.0001*. Oitava Câmara Criminal. Relator: Des. Gilmar Augusto Teixeira. Julgado em: 18/06/2009. Publicado em: 07/07/2009.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível nº 70070164025*. 11ª Câmara Cível. Relator: Des. Luiz Roberto Imperatore de Assis Brasil. Julgado em: 07/12/2016. Publicado em: 15/12/2016.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Criminal nº 70056581796*. Segunda Câmara Criminal. Relator: Des. José Ricardo Coutinho da Silva. Julgado em: 18/08/2016. Publicado em: 15/09/2016.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Criminal nº 70062477617*. Terceira Câmara Criminal. Relator: Des. Sandro Luz Portal. Julgado em: 05/04/2017. Publicado em: 12/04/2017.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Criminal nº 70070159777*. Primeira Câmara Criminal. Relator: Des. Sylvio Baptista Neto. Redator: Jayme Weingartner Neto. Julgado em: 19/10/2016. Publicado em: 30/11/2016.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Criminal nº 70073316788*. Primeira Câmara Criminal. Relator: Des. Jayme Weingartner Neto. Julgado em: 25/04/2018. Publicado em: 18/05/2018.

COLÔMBIA. Corte Suprema de Justicia. *Recurso de Casación nº 36.842*. Ponente: María del Rosario González Muñoz. Julgado em: 27/11/2013. Disponível em: <https://bit.ly/3ryzksb>. Acesso em: 4 jul. 2020.

CONSELHO Federal de Medicina. *Código de Ética Médica: Resolução CFM nº 2.217*, de 27 de setembro de 2018, modificada pelas Resoluções CFM nº 2.222/2018 e 2.226/2019. Brasília, 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3nUCGDv>. Acesso em: 31 ago. 2020.

_____. *Resolução nº 2.265*, de 20 de setembro de 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3ptz9wn>. Acesso em: 28 dez. 2020.

CONSELHO Nacional de Saúde. *Resolução nº 466*, de 12 de dezembro de 2012. Disponível em: <https://bit.ly/2KxiGsr>. Acesso em: 26 out. 2020.

EPOCH TIMES. *Aos 11 anos ele se formou em Letras, agora planeja doutorado em Física e demonstrar que Deus existe*. Disponível em: <https://bit.ly/3n3LcPs>. Acesso em: 20 jun. 2020.

ESPANHA. *Ley Orgánica 10 – Código Penal*, de 23 de novembro de 1995. Disponível em: <https://bit.ly/3aPg5EE>. Acesso em: 28 dez. 2020.

_____. Tribunal Supremo. *Recurso de Casación nº 4.885/1990*. Sala de lo penal. Julgado em: 25/02/1991. Disponível em: <https://bit.ly/3rziTMh>. Acesso em: 6 abr. 2020.

_____. Tribunal Supremo. *Recurso de Casación nº 64/1989*. Sala de lo penal. Julgado em: 29/02/1992. Disponível em: <https://bit.ly/3pvdvI2>. Acesso em: 6 abr. 2020.

_____. Tribunal Supremo. *Recurso de Casación nº 641/1988*. Sala de lo penal. Julgado em: 08/02/1991. Disponível em: <https://bit.ly/38Bq7qo>. Acesso em: 7 abr. 2020.

_____. Tribunal Supremo. *Recurso de Casación nº 5.052/1993*. Sala de lo penal. Julgado em: 20/02/1993. Disponível em: <https://bit.ly/3pr0pvB>. Acesso em: 8 jun. 2020.

_____. Tribunal Supremo. *Sentencia del Tribunal Supremo nº 1103/1984*. Sala de lo penal. Julgado em: 04/07/1984. Disponível em: <https://bit.ly/2L0L9qe>. Acesso em: 6 abr. 2020.

G1. *Mãe sofre infarto e morre ao saber do falecimento do filho no Ceará*. Disponível em: <https://glo.bo/2L1JBMN>. Acesso em: 2 dez. 2020.

_____. *Mulher se joga de carro em movimento em SC para fugir de assédio, diz polícia*. Disponível em: <https://glo.bo/3m5f0LQ>. Acesso em: 26 nov. 2020.

ITÁLIA. *Codice Penale*. Disponível em: <https://bit.ly/38FbOBg>. Acesso em: 22 out. 2020.

ORGANIZAÇÃO das Nações Unidas. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: <https://bit.ly/2WOYQeq>. Acesso em: 24 mai. 2020.

PERU. *Código Penal*. Disponível em: <https://bit.ly/34S4OQh>. Acesso em: 2 jul. 2020.

PORTUGAL. *Código Penal*. Decreto-Lei n.º 48/95 - Diário da República n.º 63/1995, Série I-A de 1995-03-15. Disponível em: <https://bit.ly/37UinAD>. Acesso em: 4 set. 2020.

VARELLA, Mariana. Covid-19: *Assintomáticos podem transmitir a doença?* Disponível em: <https://bit.ly/34WiDgO>. Acesso em: 20 out. 2020.



Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul
Pró-Reitoria de Graduação
Av. Ipiranga, 6681 - Prédio 1 - 3º. andar
Porto Alegre - RS - Brasil
Fone: (51) 3320-3500 - Fax: (51) 3339-1564
E-mail: prograd@pucrs.br
Site: www.pucrs.br